

# Urteil vom 04. Dezember 2014, IV R 53/11

## Keine Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG auf Index-Partizipationszertifikate - Definition des "Termingeschäfts"

BFH IV. Senat

EStG § 15 Abs 4 S 3, EStG § 6 Abs 1 Nr 2, EStG § 6 Abs 1 Nr 4, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 4, EStG § 15 Abs 4 S 3, EStG § 6 Abs 1 Nr 2, EStG § 6 Abs 1 Nr 4, KredWG § 1 Abs 11 S 4 Nr 1, KredWG § 1 Abs 11 S 3 Nr 1, WpHG § 2 Abs 2 Nr 1

vorgehend FG Köln, 02. August 2011, Az: 7 K 4682/07

## Leitsätze

Der Begriff des "Termingeschäfts" in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG umfasst Index-Partizipationszertifikate nicht .

## Tatbestand

I.

- 1** Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine GmbH & Co. KG, die im Wesentlichen Präzisionsinstrumente herstellt und weltweit vertreibt. Am Vermögen der Klägerin ist A beteiligt. Komplementärin ist die A-GmbH.
- 2** Die Klägerin hielt seit Jahren in erheblichem Umfang Kapitalanlagen in ihrem Betriebsvermögen. Dabei handelte es sich grundsätzlich um Kassageschäfte. Im Jahr 2000 erwarb sie u.a. sog. "Index-Partizipationszertifikate", nämlich die Zertifikate "NEMAX 50 Direkt 2005" und "DAX Direkt 2005". Diese wurden am 20. Dezember 2000 zu einem Kaufpreis von (umgerechnet) 425.349 € (NEMAX 50 Direkt 2005) bzw. von 504.768 € (DAX Direkt 2005) mit Kapital der Klägerin über deren betriebliche Konten erworben, in der laufenden Buchführung erfasst und als Umlaufvermögen aktiviert.
- 3** Nach den Emissionsbedingungen des "NEMAX 50 Direkt 2005" gewährt der Emittent, die Deutsche Bank AG, jedem Inhaber eines Index-Partizipationszertifikats das Recht, von ihr nach Maßgabe der Zertifikationsbedingungen am Feststellungstag die Zahlung eines in Euro ausgedrückten Rückzahlungsbetrags zu verlangen, der aus dem Wert des Index am Feststellungstag ermittelt wird. Dabei entspricht ein Indexpunkt (oder ein Bruchteil davon) 0,001 € (bzw. dem entsprechenden Bruchteil davon). Als entsprechender Index wird der Neue Markt Blue Chip Index (NEMAX 50, sog. Performance-Index) ausgewiesen. Das Zertifikat wurde an der Frankfurter Wertpapierbörse und an der Stuttgarter Wertpapierbörse frei gehandelt. In den Emissionsbedingungen heißt es nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) weiter: "Die Zertifikate verbriefen ein Recht auf Zahlung eines Rückzahlungsbetrages, dessen Höhe vom Wert des zugrunde gelegten Index am Fälligkeitstag abhängt. Während der Laufzeit der Zertifikate finden keine Ausschüttungen statt. ... ."
- 4** Die Emissionsbedingungen für den "DAX Direkt 2005" entsprechen im Wesentlichen den o.g. Bedingungen des "NEMAX 50 Direkt 2005". Dieses Wertpapier bezieht sich allerdings auf den DAX Index und wurde nur an der Frankfurter Börse gehandelt.
- 5** Bis zum 31. Dezember 2002 nahm die Klägerin auf die Zertifikate "NEMAX 50 Direkt 2005" Teilwertabschreibungen in Höhe von 374.349 € vor, während zum 31. Dezember 2003 eine Zuschreibung in Höhe von 31.500 € erfolgte. Auf die Zertifikate "DAX Direkt 2005" erfolgte zum 31. Dezember 2001 eine Teilwertabschreibung in Höhe von 92.688 €. Am 1. März 2002 wurden die "DAX Direkt 2005"-Papiere in das Privatvermögen entnommen, wobei aufgrund eines weiteren Kursverfalls ein Entnahmeverlust in Höhe von 29.360 € realisiert wurde. Die Teilwertabschreibungen und den Entnahmeverlust ermittelte die Klägerin nach dem zum jeweiligen Bilanzstichtag bzw. zum Entnahmezeitpunkt geltenden Börsenkurs der gehandelten Zertifikate. Die Abschreibungen auf die Index-Zertifikate resultierten dabei im Wesentlichen aus den Börsenkursentwicklungen der Jahre 2001 und 2002 (Streitjahre). Nach den Feststellungen des FG herrscht zwischen den Beteiligten Einigkeit darüber, dass die von der Klägerin auf der Grundlage der Börsenkurse am Bilanzstichtag vorgenommenen Abschreibungen nach dem zum Zeitpunkt der Bilanzerstellung

jeweils geltenden Aktien- bzw. Indexkurs der Höhe nach zutreffend waren und die Voraussetzungen einer voraussichtlich dauernden Wertminderung vorlagen; ebenfalls sind die Beteiligten darin einig, dass die Klägerin auch den Entnahmeverlust zutreffend nach dem Kurswert zum Zeitpunkt der Entnahme angesetzt hat.

- 6** Im Rahmen einer Betriebsprüfung für die Jahre 1999 bis 2003 gelangte der Betriebsprüfer u.a. zu der Auffassung, dass die Verluste aus den Teilwertabschreibungen und der Entnahme den Gewinn nach § 15 Abs. 4 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes in der in den Streitjahren geltenden Fassung (EStG) nicht mindern dürften. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG regelt, dass Zertifikate, die Aktien vertreten, als Termingeschäfte gelten. Dazu zählten auch Partizipationszertifikate. Nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG dürften Verluste aus Termingeschäften weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Der Begriff des Termingeschäfts sei insoweit ähnlich zu verstehen wie der des Termingeschäfts in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG. Folglich gelte die in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG enthaltene Fiktion ("Zertifikate gelten als Termingeschäfte") auch für den Bereich des § 15 Abs. 4 EStG. Auf Basis dieser Auffassung dürften die nachfolgenden Aufwendungen die Einkünfte aus Gewerbebetrieb nicht mindern:

<b>7</b>	<b>2000 (DM)</b>	<b>2001 (€)</b>	<b>2002 (€)</b>	<b>2003 (€)</b>
Teilwertabschreibung "NEMAX 50 direkt 2005"	4.595,12	255.000,00	117.000,00	
Teilwertabschreibung "DAX Direkt 2005"		92.687,97		
Entnahmeverlust "NEMAX 50 direkt 2005"			29.360,00	./ 31.500,00
Summe Korrekturen außerhalb der Bilanz	4.595,12	47.687,97	146.360,00	./ 31.500,00

- 8** Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt --FA--) folgte dem und erließ am 23. Dezember 2005 gemäß § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung geänderte Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für die Jahre 2000, 2002 und 2003. Für 2001 erging ein entsprechender Änderungsbescheid am 2. Januar 2006.
- 9** Nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhob die Klägerin gegen die Änderungsbescheide in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 5. November 2007 Klage, u.a. für die Streitjahre. Während des Klageverfahrens ergingen zu diesen Bescheiden --ohne Kenntnis des FG-- weitere Änderungsbescheide vom 29. April 2009 (für beide Streitjahre) bzw. vom 20. Juli 2009 (für 2001).
- 10** Mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2012, 49 veröffentlichten Urteil gab das FG der Klage statt, da das FA bei der Ermittlung der Einkünfte der Klägerin aus Gewerbebetrieb die geltend gemachten Teilwertabschreibungen und den Entnahmeverlust in Bezug auf die Index-Zertifikate zu Unrecht dem Ausgleichs- und Abzugsverbot des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG unterworfen habe.
- 11** Dagegen richtet sich die Revision des FA, die sich auf die Verletzung von Bundesrecht stützt.
- 12** Das FA beantragt, das Urteil des FG Köln vom 3. August 2011 7 K 4682/07 aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- 13** Die Klägerin beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

II.

- 14** Die Revision ist bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen begründet, da das FG über die Gewinnfeststellungsbescheide 2001 vom 2. Januar 2006 und für 2002 vom 23. Dezember 2005, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 5. November 2007, entschieden hat, obwohl unter dem 29. April und 20. Juli 2009 weitere Änderungsbescheide für die Streitjahre ergangen sind. Insoweit ist die Vorentscheidung aufzuheben. Die erneut geänderten Gewinnfeststellungsbescheide vom 29. April und 20. Juli 2009 sind nach § 68 der Finanzgerichtsordnung (FGO) Gegenstand des anhängigen Verfahrens geworden (vgl. Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 14. April 2011 IV R 36/08, BFH/NV 2011, 1361; vom 26. Juni 2014 IV R 51/11, BFH/NV 2014, 1716). Zwar liegen bezüglich der angefochtenen Feststellungen lediglich wiederholende Verfügungen vor, da sich die

Änderungen der Gewinnfeststellungsbescheide jeweils auf anderweitige Sachanträge der Klägerin vom 14. Dezember 2007 und vom 29. Mai 2009 bezogen. § 68 FGO ist aber mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift auch auf wiederholende Verfügungen anwendbar (BFH-Urteil vom 20. Mai 2010 IV R 74/07, BFHE 229, 71, BStBl II 2010, 1104, m.w.N.). Da das FG damit über Gewinnfeststellungsbescheide entschieden hat, die zum Zeitpunkt seiner Sachentscheidung nicht mehr Verfahrensgegenstand waren, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben (vgl. BFH-Urteile vom 31. Mai 2006 II R 32/04, BFH/NV 2006, 2232, und vom 26. Januar 2011 IX R 7/09, BFHE 232, 463, BStBl II 2011, 540, m.w.N.).

### III.

- 15** Der Senat entscheidet aufgrund seiner Befugnis aus den §§ 121 und 100 FGO auf der Grundlage der verfahrensfehlerfrei zustande gekommenen und damit nach § 118 Abs. 2 FGO weiterhin bindenden tatsächlichen Feststellungen des FG gleichwohl gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO in der Sache, da die Änderungsbescheide hinsichtlich des streitigen Sachverhalts keine Änderungen enthalten und die Sache spruchreif ist (vgl. BFH-Urteile vom 23. Januar 2003 IV R 71/00, BFHE 201, 269, BStBl II 2004, 43, und vom 22. Januar 2013 IX R 18/12, BFH/NV 2013, 1094). In der Sache hat die Revision keinen Erfolg. Das FG hat zutreffend entschieden, dass bei der Ermittlung der Einkünfte der Klägerin aus Gewerbebetrieb die von ihr geltend gemachten Teilwertabschreibungen und der Entnahmeverlust in Bezug auf die Index-Partizipationszertifikate dem Grunde und der Höhe nach zu berücksichtigen waren (dazu 1. und 2.) und dem auch nicht das Ausgleichs- und Abzugsverbot des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG entgegenstand (dazu 3.).
- 16** 1. Mit dem FG und den Beteiligten geht der Senat davon aus, dass die von der Klägerin erworbenen Index-Partizipationszertifikate in den Streitjahren zum gewillkürten Betriebsvermögen der Klägerin gehörten und sieht insoweit von weiteren Ausführungen ab.
- 17** 2. Der Senat geht davon aus, dass die von der Klägerin in den Streitjahren vorgenommenen Teilwertabschreibungen sowie die gewinnmindernde Berücksichtigung eines Entnahmeverlusts im Jahr 2002 dem Grunde und der Höhe nach zutreffend waren, wie zwischen den Beteiligten unstreitig ist.
- 18** 3. Der Berücksichtigung der von der Klägerin in ihrer Gewinnermittlung geltend gemachten Teilwertabschreibungen bzw. der Entnahmeverluste steht § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG nicht entgegen.
- 19** a) Nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG gelten die Sätze 1 und 2 der Vorschrift, wonach die dort genannten Verluste weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen noch nach § 10d EStG abgezogen werden dürfen, sondern nach Maßgabe des § 10d EStG die Gewinne mindern, die der Steuerpflichtige in dem unmittelbar vorangegangenen und in den folgenden Wirtschaftsjahren aus derselben Quelle erzielt hat oder erzielt, entsprechend für Verluste aus Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Die Vorschrift ist zusammen mit § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG durch das Steuerentlastungsgesetz (StEntlG) 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 (BGBl I 1999, 402, BStBl I 1999, 304) eingeführt worden. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG umfasst allerdings --anders als § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG-- zwei Sätze: Nach Satz 1 sind private Veräußerungsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) Termingeschäfte, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nicht mehr als ein Jahr beträgt. Satz 2 regelt, dass Zertifikate, die Aktien vertreten, und Optionsscheine als Termingeschäfte im Sinne des Satzes 1 gelten.
- 20** b) Welche Geschäfte des Steuerpflichtigen als "Termingeschäfte" aufzufassen sind, bestimmt das Gesetz nicht. Dies ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln. Insoweit ist maßgebend für die Interpretation eines Gesetzes der in ihm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers (vgl. z.B. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 9. November 1988 1 BvR 243/86, BVerfGE 79, 106, m.w.N.; BFH-Urteile vom 1. Dezember 1998 VII R 21/97, BFHE 187, 177; vom 21. Oktober 2010 IV R 23/08, BFHE 231, 544, BStBl II 2011, 277). Der Feststellung des zum Ausdruck gekommenen objektivierten Willens des Gesetzgebers dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatikalische Auslegung), aus dem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung); zur Erfassung des Inhalts einer Norm darf sich der Richter dieser verschiedenen Auslegungsmethoden gleichzeitig und nebeneinander bedienen (z.B. BFH-Urteile in BFHE 187, 177, und in BFHE 231, 544, BStBl II 2011, 277). Insbesondere bei der Auslegung einer Norm aus ihrem Wortlaut ist zu berücksichtigen, dass diese nur eine von

mehreren anerkannten Auslegungsmethoden ist, zu denen --wie ausgeführt-- auch die systematische Auslegung zählt. Nach Letzterer ist darauf abzustellen, dass einzelne Rechtssätze, die der Gesetzgeber in einen sachlichen Zusammenhang gebracht hat, grundsätzlich so zu interpretieren sind, dass sie logisch miteinander vereinbar sind; Ziel jeder Auslegung ist danach die Feststellung des Inhalts einer Norm, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (vgl. BFH-Urteil vom 9. April 2008 II R 39/06, BFH/NV 2008, 1529, m.w.N.). Gegen seinen Wortlaut ist die Auslegung eines Gesetzes nur dann ausnahmsweise möglich, wenn die wortgetreue Auslegung zu einem sinnwidrigen Ergebnis führt, das vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein kann (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 1. August 1974 IV R 120/70, BFHE 113, 357, BStBl II 1975, 12; vom 7. April 1992 VIII R 79/88, BFHE 168, 111, BStBl II 1992, 786; vom 17. Februar 1994 VIII R 30/92, BFHE 175, 226, BStBl II 1994, 938; vom 17. Januar 1995 IX R 37/91, BFHE 177, 58, BStBl II 1995, 410; vom 12. August 1997 VII R 107/96, BFHE 184, 198, BStBl II 1998, 131; vom 17. Mai 2006 X R 43/03, BFHE 213, 494, BStBl II 2006, 868; vom 17. Juni 2010 VI R 50/09, BFHE 230, 150, BStBl II 2011, 43) oder wenn sonst anerkannte Auslegungsmethoden dies verlangen (z.B. BFH-Beschluss vom 4. Februar 1999 VII R 112/97, BFHE 188, 5, BStBl II 1999, 430; BFH-Urteil in BFHE 231, 544, BStBl II 2011, 277).

- 21** c) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG enthaltene Begriff des "Termingeschäfts" dahingehend auszulegen, dass er Index-Partizipationszertifikate nicht umfasst (ebenso Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach --HHR--, § 15 EStG Rz 1553, m.w.N.; Schmidt/Wacker, EStG, 33. Aufl., § 15 Rz 902; Schmidt/Weber-Grellet, a.a.O., § 20 Rz 132).
- 22** aa) Bereits nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG fallen die streitbefangenen Index-Partizipationszertifikate, also Schuldverschreibungen, die den Anspruch des Inhabers gegen den Emittenten auf Zahlung eines Geldbetrags verbriefen, dessen Höhe vom Stand des zugrunde gelegten Index am Ende der Laufzeit abhängt (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 13. Juli 2004 XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58), nicht unter diese Norm. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG stellt alleine auf den Begriff des "Termingeschäfts" ab. Dieser entstammt dem Wertpapier- und Bankrecht und ist dort --nach dem auch insoweit maßgeblichen BGH-Urteil in BGHZ 160, 58-- vom Kassageschäft abzugrenzen. Beim Kassageschäft hat der Leistungsaustausch durch Übertragung der Schuldverschreibung mit der darin wertpapiermäßig verbrieften Forderung Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises binnen der für diese Geschäfte üblichen Frist von zwei Tagen zu erfolgen. Durch die spätere Rückzahlung des Emittenten an den Erwerber wird nicht der Vertrag über den Erwerb des Zertifikats, sondern die durch die Schuldverschreibung begründete Forderung erfüllt. Demgegenüber zeichnet sich das Termingeschäft dadurch aus, dass der Erfüllungszeitpunkt hinausgeschoben wird, woraus sich die für Termingeschäfte spezifische Gefährlichkeit und damit das für die Qualifizierung als Börsentermingeschäft wesentliche Schutzbedürfnis des Anlegers ergibt (BGH-Urteil in BGHZ 160, 58). Termingeschäfte sind insoweit Verträge über Wertpapiere, vertretbare Waren oder Devisen nach gleichartigen Bedingungen, die von beiden Seiten erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind und die zudem eine Beziehung zu einem Terminmarkt haben, der es ermöglicht, jederzeit ein Gegengeschäft abzuschließen (BGH-Urteil vom 16. April 1991 XI ZR 88/90, BGHZ 114, 177). Indexzertifikate können nach diesen Vorgaben nicht den Termingeschäften zugeordnet werden, weil bei ihnen der Anleger nicht dazu verleitet wird, ohne oder mit verhältnismäßig geringem Einsatz eigenen Vermögens und ohne Aufnahme eines förmlichen Kredits auf Gewinn zu spekulieren, denn sein Verlustrisiko ist nach der Auffassung des BGH auf den Kaufpreis für die Schuldverschreibung begrenzt, den er sofort bei Vertragsschluss in voller Höhe bezahlen muss. Der Erwerb von Indexzertifikaten hat danach auch nicht die für Termingeschäfte spezifische Hebelwirkung und begründet zudem nicht die Gefahr des Totalverlusts in dem für Termingeschäfte typischen Maße. Vielmehr dient der Erwerb von Indexzertifikaten einem ähnlichen wirtschaftlichen Zweck wie der Direkterwerb von Aktien, weil diese Zertifikate die Möglichkeit eröffnen, an der Kursentwicklung des Index teilzunehmen, ohne alle in den Index aufgenommenen Aktien einzeln erwerben zu müssen (BGH-Urteil in BGHZ 160, 58).
- 23** bb) Auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff des "Termingeschäfts" --abweichend vom Zivilrecht-- auch Indexzertifikate hätte erfassen wollen.
- 24** (1) Im ursprünglichen Gesetzentwurf zum StEntlG 1999/2000/ 2002 (BTDrucks 14/23, S. 11 und 12) war durch geplante Regelungen in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG einerseits und in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG andererseits vorgesehen, das Ausgleichs- und Abzugsverbot auf Verluste aus Differenzgeschäften nach § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erstrecken. Entsprechend sollte § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG regeln, dass Spekulationsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) "Differenzgeschäfte im Sinne des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs" seien, während nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG das Verlustabzugs- und -verrechnungsverbot des § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG "analog für Verluste aus Differenzgeschäften nach § 764 BGB im betrieblichen Bereich" gelten sollte. Ausweislich der

Begründung des Gesetzentwurfs (BTDrucks 14/23, S. 180) sollte dies im Bereich des § 23 EStG dazu dienen, Geschäfte, die lediglich auf die Differenz zwischen den Börsen- oder Marktpreisen eines Basiswerts zu bestimmten Stichtagen gerichtet waren und die nach der Rechtsprechung nicht der Spekulationsbesteuerung unterlagen, weil sie nicht die Lieferung von Wirtschaftsgütern zum Gegenstand hatten, der Spekulationsbesteuerung zu unterwerfen. Die Einführung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG sollte als Folgeänderung zu derjenigen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG sicherstellen, dass Verluste aus Differenzgeschäften im betrieblichen Bereich ebenfalls nur mit Gewinnen aus derartigen Geschäften verrechnet werden könnten (BTDrucks 14/23, S. 178).

- 25** (2) Die im Streitfall maßgebliche Gesetzesfassung war demgegenüber das Ergebnis der Beratungen im Finanzausschuss des Deutschen Bundestags, wonach in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG einerseits und § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG andererseits nunmehr auf "Verluste aus Termingeschäften" abgestellt und dem § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG ein Satz 2 angefügt wurde. Ausweislich der Begründung zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG (BTDrucks 14/443, S. 28 f.) sollte dadurch der bereits zivilrechtlich problematische Begriff des Differenzgeschäfts durch den aus Sicht des Gesetzgebers in § 2 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I 1998, 2708) und § 1 des Kreditwesengesetzes (KWG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I 1998, 2776) definierten Begriff des Termingeschäfts ersetzt werden. Anders als sich der Gesetzgeber dies vorgestellt haben mag, enthalten aber weder § 2 WpHG noch § 1 KWG in ihren vorgenannten Fassungen eine Definition des Termingeschäfts, denn alle entsprechenden gesetzgeberischen Versuche einer konkreten Begriffsbestimmung für Zwecke des Wertpapier- und Bankrechts waren zuvor fehlgeschlagen (vgl. Sorgenfrei, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 1999, 1928, 1930; Haisch/Danz, DStR 2005, 2108, 2112; HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1541). § 2 Abs. 2 WpHG in der in den Gesetzesmaterialien des StEntL 1999/2000/2002 angesprochenen Fassung enthält insoweit lediglich eine Definition der "Derivate" i.S. des WpHG und § 1 Abs. 11 KWG in der entsprechenden Fassung nur eine solche der "Finanzinstrumente" im Sinne dieses Gesetzes. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Gesetzgeber mit dem Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FMRL-UmsG) vom 16. Juli 2007 (BGBl I 2007, 1330) mit Wirkung ab dem 1. November 2007 (Art. 14 Abs. 3 FMRL-UmsG) sowohl in § 1 Abs. 11 Satz 4 Nr. 1 KWG (aktuell: § 1 Abs. 11 Satz 3 Nr. 1 KWG) als auch in § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG eine gleichlautende Legaldefinition des Termingeschäfts geschaffen hat, wonach Termingeschäfte solche Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte sind, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswerts ableitet. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber im Jahr 2007 den Begriff des Termingeschäfts inhaltlich hätte ändern wollen, so dass die vorgenannte Definition bereits in Veranlagungszeiträumen vor 2007 zugrunde gelegt werden kann (BFH-Urteil vom 20. August 2014 X R 13/12, BFHE 246, 462).
- 26** (3) Selbst wenn der in den Materialien angesprochene Verweis auf das Zivilrecht von einer fehlerhaften Vorstellung des Gesetzgebers getragen sein sollte, wäre aber bei der Auslegung des Begriffs "Termingeschäft" zumindest von den allgemeinen Vorgaben des Zivilrechts auszugehen (so etwa Blümich/Bode, § 15 EStG Rz 655; HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1541, m.w.N.; zu § 23 EStG BFH-Urteile vom 17. April 2007 IX R 40/06, BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608; vom 26. September 2012 IX R 50/09, BFHE 239, 95, BStBl II 2013, 231; in BFHE 246, 462; BFH-Beschluss vom 24. April 2012 IX B 154/10, BFHE 236, 557, BStBl II 2012, 454). Ein weiter gehender Begriffsinhalt könnte nur dann zum Tragen kommen, wenn die wortgetreue Auslegung zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen würde, das vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein kann. Das ist indessen nicht der Fall, denn der Zweck des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG liegt ausweislich der zuvor zitierten Materialien zum StEntL 1999/2000/2002 (BTDrucks 14/443, S. 27) darin, dass nicht alle "Differenzgeschäfte", sondern nur "verbindliche Termingeschäfte" von der Norm erfasst werden sollen. Das sind aber nur solche Verträge über Wertpapiere, vertretbare Waren oder Devisen, die von beiden Seiten erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind, wobei die Konditionen schon bei Abschluss des Geschäfts festgelegt werden. Ob das Geschäft an einer Börse oder außerbörslich geschlossen wurde, ist demgegenüber ebenso unerheblich wie die Frage, ob mit ihm aus Sicht des Aufsichtsrechts besondere Risiken verbunden sind (vgl. Reiß in Kirchhof, EStG, 13. Aufl., § 15 Rz 418a; HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1541, m.w.N.). § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG liegt danach nicht der Zweck zugrunde, "Besteuerungslücken bei Spekulationsgewinnen im Betriebsvermögen" allgemein und unabhängig von den zivilrechtlichen Charakteristika eines Fest- oder Optionsgeschäfts zu schließen.
- 27** cc) Die Richtigkeit der vorgenannten Auslegung ergibt sich auch unter systematischen Gesichtspunkten.
- 28** (1) Soweit die Einführung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG als "Folgeänderung zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG" verstanden und dessen Normzweck mittelbar in Bezug genommen wird (vgl. BTDrucks 14/443, S. 27), darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Gesetzgeber in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG gerade keine § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG entsprechende Regelung aufgenommen oder auf diese Regelung verwiesen hat. Anders als im Bereich des Betriebsvermögens hat es der Gesetzgeber im Bereich der privaten Veräußerungsgeschäfte für nötig befunden,

Zertifikate den Termingeschäften durch eine ausdrückliche Regelung gleichzustellen. Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn Zertifikate generell als Termingeschäft aufzufassen wären.

- 29** (2) Dies entspricht auch der zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ergangenen Rechtsprechung des IX. Senats des BFH (Beschluss in BFHE 236, 557, BStBl II 2012, 454), wonach die Norm Zertifikate "unabhängig davon, ob sie die Voraussetzungen eines Termingeschäfts erfüllen", erfasst. Der IX. Senat stellt mit dieser Aussage zum einen klar, dass § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG gegenüber dem Satz 1 ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt. Zum anderen macht er mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG deutlich, dass davon nicht etwa Zertifikate auf einen Index im allgemeinen Sinne, sondern nur solche erfasst werden, die Aktien vertreten. Abweichendes ergibt sich danach auch nicht aus dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 27. November 2001 IV C 3 -S 2256- 265/01 (BStBl I 2001, 986, Rz 45).
- 30** (3) Hat der Gesetzgeber im Bereich des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG auf eine § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG entsprechende Regelung verzichtet, so lässt das nur den Schluss zu, dass § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG ein gegenüber § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG partiell abweichendes Regelungskonzept zugrunde liegt und sich die in den Materialien befindliche Aussage, es handele sich bei der Einführung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG um eine "Folgeänderung zu § 23 EStG", nur auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG beziehe (ebenso im Ergebnis HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1553). Wenn es insoweit in der Begründung zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG (BTDrucks 14/443, S. 28 f.) heißt, die Norm erfasse "z.B. nicht nur Waren- und Devisentermingeschäfte mit Differenzausgleich einschließlich Swaps, Index-Optionsgeschäfte oder Futures", sondern es sollten auch "Indexzertifikate und Optionsscheine zu den Termingeschäften i.S.d. § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG gehören", so beziehen sich diese Aussagen ebenso wie diejenige, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG erfasse "allgemein Geschäfte, die ein Recht auf Zahlung eines Geldbetrags oder auf einen sonstigen Vorteil (z.B. die Lieferung von Wertpapieren) einräumen, der sich nach anderen Bezugsgrößen (z.B. der Wertentwicklung von Wertpapieren, Indices, Futures, Zinssätzen) bestimmt", auf die Gesamtregelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG, also auf dessen Sätze 1 und 2. Dafür, dass der Gesetzgeber mit § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG einerseits und § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG andererseits keine vollständig kongruenten Regelungen schaffen wollte, spricht im Übrigen auch, dass er im Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14. August 2007 (BGBl I 2007, 1912) lediglich Änderungen im Bereich des Privatvermögens vorgenommen hat (vgl. § 20 Abs. 2 Nrn. 3 und 7 EStG i.d.F. des vorgenannten Gesetzes).
- 31** 4. Da § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG Indexzertifikate nicht umfasst, waren in der Gewinnermittlung der Klägerin die streitbefangenen Teilwertabschreibungen bzw. Entnahmeverluste zu berücksichtigen. Entsprechend war der auf die Berücksichtigung dieser Gewinnminderungen gerichteten Klage stattzugeben.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)