

Urteil vom 23. April 2021, IX R 20/19

Einkünfte aus (echten) Edelmetall-Pensionsgeschäften im Privatvermögen

ECLI:DE:BFH:2021:U.230421.IXR20.19.0

BFH IX. Senat

EStG § 22 Nr 3, EStG § 11 Abs 1 S 1, EStG § 11 Abs 2 S 1, HGB § 340b, AO § 39 Abs 2 Nr 1, EStG § 20 Abs 1 Nr 7

vorgehend FG Köln, 26. März 2019, Az: 3 K 769/16

Leitsätze

1. Wird Edelmetall aus dem Privatvermögen im Wege eines echten Edelmetall-Pensionsgeschäfts übertragen und zurückübertragen, liegt mangels eines marktoffenen Vorgangs kein privates Veräußerungsgeschäft vor. Dies gilt auch für im Gegenzug übertragene Fremdwährungsguthaben. Der Pensionsgeber erzielt insoweit sonstige Einkünfte aus Leistungen.
2. Erfasst wird bei der Ermittlung der sonstigen Einkünfte des Pensionsgebers aus Leistungen nur der (positive oder negative) "Spread" aus dem Pensionsgeschäft. Auch im Falle eines negativen "Spread" liegt die Einkünfteerzielungsabsicht vor, wenn unter Berücksichtigung der Gesamtumstände feststeht, dass das Pensionsgeschäft der Erwerbssphäre und nicht der Privatsphäre zuzuordnen ist.
3. Fließt der "Spread" in einer fremden Währung zu, muss der Betrag im Zeitpunkt des Zu- oder Abflusses (einmal) in inländische Währung umgerechnet werden. Ein positiver "Spread" fließt im Zeitpunkt der Zahlung des "Kaufpreises" zu, ein negativer "Spread" fließt im Zeitpunkt der Zahlung des "Rückkaufpreises" ab.

Tenor

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Finanzgerichts Köln vom 27.03.2019 - 3 K 769/16 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Tatbestand

I.

- 1 Die Beteiligten streiten über die Ermittlung der Einkünfte aus Edelmetall-Pensionsgeschäften als sonstige Einkünfte i.S. von § 22 Nr. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG).
- 2 Die Klägerinnen und Revisionsbeklagten (Klägerinnen) sind die alleinigen Rechtsnachfolgerinnen ihres im März 2016 verstorbenen Vaters ... (Erblasser). Der Erblasser verfügte in seinem Privatvermögen über Edelmetallbestände, die bei der ... (A-Bank) und der ... (B-Bank) verwahrt und auf sog. Metallkonten (in US-Dollar, nachfolgend USD) ausgewiesen wurden. Im Streitjahr (2004) tätigte der Erblasser über diese Konten Edelmetall-Pensionsgeschäfte, die nach den Feststellungen der Vorinstanz wie folgt abgewickelt wurden:
- 3 Der Erblasser übertrug jeweils eine bestimmte Menge eines Edelmetalls aus seinem Bestand gegen Zahlung eines am Wert des Metalls orientierten festen Betrags (in USD) auf die A-Bank bzw. B-Bank (Kassageschäft). Nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums von drei oder sechs Monaten übertrug die Bank das Edelmetall auf den Erblasser zurück gegen Zahlung eines schon bei Abschluss des Geschäfts fest vereinbarten Betrags. Der von den Banken an den Erblasser gezahlte Betrag und der von ihm bei der Rückübertragung an die Banken gezahlte Geldbetrag konnten unterschiedlich hoch sein. Buchungstechnisch wurden die Geschäfte über die Metallkonten abgewickelt, weshalb

auch die wechselseitigen Zahlungen in USD ausgewiesen wurden. In fast allen Fällen erzielte der Erblasser per Saldo aus der empfangenen und der hingeggebenen Geldleistung einen Einnahmenüberhang (sog. positiver "Spread"). Lediglich in zwei Fällen waren die gewechselten Geldleistungen gleich hoch. In einem Fall ergab sich für den Erblasser ein Ausgabenüberhang (negativer "Spread"). Der Erblasser setzte die ihm vorübergehend zur Verfügung stehenden USD-Guthaben zum Erwerb festverzinslicher Wertpapiere ein, aus denen er Kapitaleinkünfte erzielte. Dementsprechend erwirtschaftete er bei übergreifender Betrachtung auch dann steuerbare Überschüsse, wenn der "Spread" negativ war oder null betrug.

- 4 Der Erblasser gab die Einkommensteuererklärung für 2004 im Jahr 2005 ab. Die Einkünfte aus den Edelmetallgeschäften und die in diesem Zusammenhang erzielten Kapitalerträge erklärte er zunächst nicht. Im Jahr 2009 erstattete der Erblasser eine Selbstanzeige. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt --FA--) erließ am 18.01.2010 einen nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO) geänderten sowie im Hinblick auf die nacherklärten Einkünfte aus Kapitalvermögen und sonstigen Einkünfte vorläufigen Einkommensteuerbescheid für 2004 und berücksichtigte dabei die in der Selbstanzeige angegebenen vorläufigen Besteuerungsgrundlagen. Dagegen legte der Erblasser rechtzeitig Einspruch ein.
- 5 Nach einer Betriebsprüfung durch das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung, das die Selbstanzeige des Erblassers in Zusammenarbeit mit dem Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung auswertete, besteht zwischen den Beteiligten Einvernehmen darüber, dass (nur) der Unterschied zwischen der vom Pensionsgeber empfangenen und der von ihm hingeggebenen Geldleistung als sonstige Einkünfte i.S. des § 22 Nr. 3 EStG steuerpflichtig ist. Streitig ist die Berechnung (Ermittlung) der Einkünfte.
- 6 Nach Auffassung des FA müssen die bei jeder Übertragung (Rückübertragung) des Pensionsguts erbrachten Zahlungen (Rückzahlungen) von USD in Euro umgerechnet werden. Dann ergäben sich im Streitfall Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG in Höhe von 3.818.463,61 €. Wegen der Berechnung im Einzelnen wird auf die Aufstellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils (Seite 10 ff.) Bezug genommen.
- 7 Auf dieser Grundlage erließ das FA am 07.01.2015 einen nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO geänderten Einkommensteuerbescheid für 2004. Den Einspruch des Erblassers wies es mit Einspruchsentscheidung vom 19.02.2016 als unbegründet zurück.
- 8 Dagegen haben die Klägerinnen rechtzeitig Klage erhoben, mit der sie zunächst begeherten, sonstige Einkünfte in Höhe von 552.026,88 € zu berücksichtigen. Der jeweilige "Spread" sei nur einmal von USD in Euro umzurechnen, und zwar im Zeitpunkt der Beendigung des Geschäfts.
- 9 Der Vorsitzende Richter am Finanzgericht (FG) hat den Beteiligten einen rechtlichen Hinweis erteilt, wonach zumindest ein positiver "Spread" bereits im Zeitpunkt der ersten Übertragung zugeflossen sein dürfte. Dann würde es für die Umrechnung auf diesen Stichtag ankommen (sonstige Einkünfte dann: 332.096,88 €). Die Klägerinnen haben sich dem rechtlichen Hinweis mit der Maßgabe angeschlossen, dass es dann bei einem von vornherein feststehenden negativen "Spread" ebenfalls auf diesen Zeitpunkt ankommen müsse. Sie haben danach beantragt, im Streitjahr sonstige Einkünfte in Höhe von lediglich 258.100,87 € anzusetzen.
- 10 Das FG hat der Klage überwiegend stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Die vom Erblasser erzielten Einkünfte seien solche aus § 22 Nr. 3 EStG und in Höhe von 332.096,88 € anzusetzen. Der positive "Spread" sei dem Erblasser nach allgemeinen Grundsätzen bereits im Zeitpunkt der "Veräußerung" des Edelmetalls zugeflossen. Er habe mit Erhalt der Zahlung über diesen Teil des Geldes bereits frei verfügen können. Hinsichtlich des später zurückzuzahlenden Betrags habe es sich um eine Art Darlehen gehandelt, dessen Rückzahlung ergebnisneutral zu behandeln sei, da ein Aufwand nicht entstehe. Eine doppelte Umrechnung komme deshalb nicht in Betracht. Mit der doppelten Umrechnung würden zudem Währungsschwankungen steuerlich erfasst, die vor Einführung der Abgeltungsteuer --außer bei Veräußerungsgeschäften-- nicht steuerbar gewesen seien. Stillhaltergeschäfte seien auch nicht mit echten Pensionsgeschäften vergleichbar.
- 11 Ein negativer "Spread" sei spiegelbildlich erst in dem Zeitpunkt "abgeflossen", in dem der höhere "Rückkaufpreis" entrichtet werde. Es könne offenbleiben, ob ein negativer "Spread" --mangels Einkünfteerzielungsabsicht-- überhaupt steuerbar wäre oder ob es sich insofern um Werbungskosten (in Form von Geldbeschaffungskosten) bei den zwischenzeitlich erzielten Kapitaleinkünften handele. Im Streitfall könnte der einzige in Betracht kommende negative "Spread" jedenfalls nicht im Streitjahr erfasst werden, weil das betreffende Geschäft erst im Mai 2005 beendet war.

- 12** Mit der Revision rügt das FA (sinngemäß) die Verletzung von § 22 Nr. 3 EStG. Zu Unrecht teile das FG den Veräußerungserlös auf in den (positiven) "Spread" als Entgelt für die zeitliche Überlassung des Edelmetalls einerseits und ein kurzfristiges Darlehen andererseits. Diese Aufteilung sei konstruiert und nicht sachgerecht. Sie könne die Fälle eines negativen "Spread" nicht schlüssig erklären. Weder könne das FG erklären, wie es zu einem negativen "Spread" überhaupt kommen könne, wenn doch die Pensionsnehmerin (in jedem Fall) ein Entgelt für die Nutzungsüberlassung zahlen müsse, noch könne es erklären, warum der Erblasser auf ein für ihn von vornherein nachteiliges Geschäft hätte eingehen sollen. Vorteile aus der zwischenzeitlichen Nutzung des "Gelddarlehens" könnten dabei nicht einbezogen werden, weil sie außerhalb des Pensionsgeschäfts lägen. Es sei zudem widersprüchlich, zwei ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach gleiche Geschäfte für steuerliche Zwecke unterschiedlich zu behandeln. Wirtschaftlich zutreffend wäre es, den Verkaufspreis insgesamt als Entgelt (und mithin als Einnahmen) für die zeitliche Nutzungsüberlassung anzusehen und dementsprechend das bei Rückkauf des Edelmetalls geleistete Entgelt als Werbungskosten abzuziehen. Einnahmen und Werbungskosten müssten bei Geschäften in fremder Währung jeweils im Zeitpunkt des Zu- oder Abflusses umgerechnet werden. Dies gelte ungeachtet des Umstands, dass es sich um Einkünfte aus § 22 Nr. 3 EStG handele. Der Übergang auch des wirtschaftlichen Eigentums auf den Pensionsnehmer stehe der Annahme sonstiger Einkünfte nicht entgegen.
- 13** Das FA beantragt,
das Urteil des FG Köln vom 27.03.2019 - 3 K 769/16 aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid für 2004 vom 07.01.2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 19.02.2016 dahingehend zu ändern, dass sonstige Einkünfte aus Edelmetallgeschäften --vor Verlustverrechnung-- in Höhe von 3.818.463,61 € berücksichtigt werden.
- 14** Die Klägerinnen beantragen,
die Revision als unbegründet zurückzuweisen.
- 15** Bei den streitgegenständlichen Pensionsgeschäften handele es sich wirtschaftlich um wechselseitige Sachdarlehen (Edelmetall gegen Fremdwährungsguthaben). Grundlage der Geschäfte sei gewesen, dass das Kursrisiko beim jeweiligen Darlehensgeber verblieb, hinsichtlich des Fremdwährungsguthabens also bei den Banken. Der Erblasser habe demzufolge Kursschwankungen der überlassenen Fremdwährungsbeträge zu keinem Zeitpunkt realisiert. Das FA wolle insoweit reine Buchpositionen erfassen und besteuern, durch die sich die finanzielle Leistungsfähigkeit des Erblassers nicht erhöht habe. Unabhängig davon wären Fremdwährungsgewinne vor Einführung der Abgeltungsteuer und außerhalb der Veräußerungsgewinnbesteuerung auch nicht steuerbar gewesen.

Entscheidungsgründe

II.

- 16** Die Revision des FA ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 17** 1. Im Ergebnis zu Recht ist das FG davon ausgegangen, dass der Erblasser aus den Edelmetall-Pensionsgeschäften sonstige Einkünfte aus Leistungen i.S. des § 22 Nr. 3 EStG erzielt hat.
- 18** a) Private Veräußerungsgeschäfte (s. unter aa) liegen nicht vor. Es fehlt bei einem echten Edelmetall-Pensionsgeschäft im Hinblick auf die Übertragung und Rückübertragung von Wirtschaftsgütern jeweils an marktoffenen Vorgängen. Der Erblasser hat deshalb im Rahmen der Edelmetall-Pensionsgeschäfte nicht (zuvor angeschafftes) Edelmetall veräußert (s. unter bb) und auch keine Fremdwährungsguthaben angeschafft und wieder veräußert (s. unter cc).
- 19** aa) Nach § 22 Nr. 2 EStG zählen zu den sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) auch solche aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 EStG. Diese umfassen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG u.a. Veräußerungsgeschäfte bei "anderen Wirtschaftsgütern", bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt. Mit der genannten Bestimmung erfasst das Einkommensteuergesetz innerhalb der Veräußerungsfrist von einem Jahr realisierte Wertänderungen von beweglichen Wirtschaftsgütern im Privatvermögen (vgl. Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 16.07.2002 - IX R 62/99, BFHE 199, 451, BStBl II 2003, 74, unter B.III.1., Rz 47, m.w.N.).
- 20** Veräußerung i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG ist die entgeltliche Übertragung eines --zuvor angeschafften-- Wirtschaftsguts auf eine andere Person (ständige Rechtsprechung, zuletzt BFH-Urteil vom 23.07.2019 - IX R 28/18, BFHE 265, 258, BStBl II 2019, 701). Auch andere marktoffene Vorgänge können den Begriff der Veräußerung

erfüllen (BFH-Urteile vom 16.06.2015 - IX R 21/14, BFH/NV 2015, 1567; vom 27.06.2006 - IX R 47/04, BFHE 214, 267, BStBl II 2007, 162, m.w.N. und Beispielen). Erwirbt etwa der Steuerpflichtige kurz nach der Veräußerung gleichartige Vermögensgegenstände wieder, steht dies der Annahme einer Veräußerung und Anschaffung grundsätzlich nicht entgegen; es muss sich aber stets um einen marktoffenen Vorgang handeln. Das ist z.B. bei der Veräußerung und beim Erwerb über eine Börse der Fall, weil dann bei jedem Geschäftsvorfall der Marktpreis neu gebildet wird (vgl. BFH-Urteil vom 08.03.2017 - IX R 5/16, BFHE 257, 211, BStBl II 2017, 930, Rz 18 m.w.N., zum Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten). An einem marktoffenen Vorgang fehlt es indes, wenn das ursprüngliche Anschaffungsgeschäft rückabgewickelt wird (z.B. BFH-Urteil vom 06.09.2016 - IX R 44/14, BFHE 255, 148, BStBl II 2018, 323); denn im Zuge der Rückabwicklung findet eine Marktbewertung von Leistung und Gegenleistung nicht statt. Der Leistungsaustausch ist in diesem Fall nur notwendiger Zwischenschritt bei der Rückgängigmachung des ursprünglichen Anschaffungsgeschäfts.

- 21** bb) Nach diesen Maßstäben hat der Erblasser das Edelmetall im Rahmen der Edelmetall-Pensionsgeschäfte nicht veräußert und auch nicht angeschafft. Ein marktoffener Vorgang liegt in diesem Zusammenhang nicht vor, da der Pensionsgeber die während der Laufzeit des Geschäfts eintretenden Wertveränderungen des Pensionsguts letztlich nicht realisiert.
- 22** (1) Von Pensionsgeschäften spricht man, wenn ein Pensionsgeber ihm gehörende Vermögensgegenstände (Wirtschaftsgüter; hier: Edelmetallbestände) nach zivilrechtlichen Maßstäben auf Zeit gegen Entgelt auf einen anderen (Pensionsnehmer) überträgt. Ein echtes Pensionsgeschäft liegt vor, wenn der Pensionsnehmer die Wirtschaftsgüter zu einem vorbestimmten oder vom Pensionsgeber zu bestimmenden Zeitpunkt gegen Entrichtung des empfangenen oder eines im Voraus vereinbarten Betrags auf den Pensionsgeber zurückzuübertragen hat. Bei unechten Pensionsgeschäften ist der Pensionsnehmer dagegen nur zur Rückübertragung berechtigt (vgl. nur Beschluss des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982 - GrS 1/81, BFHE 137, 433, BStBl II 1983, 272). Nach dieser bürgerlich-rechtlichen Begriffsbestimmung liegen im Streitfall echte Pensionsgeschäfte mit Edelmetallen vor. Davon gehen auch die Beteiligten übereinstimmend aus.
- 23** (2) Ertragsteuerrechtlich ist das Edelmetall-Pensionsgeschäft als Einheit zu behandeln. Den (zivil-)rechtlich trennbaren Teilschritten --der Übertragung und Rückübertragung des Pensionsguts-- kommt bei der aus wirtschaftlichen Gründen gebotenen Gesamtbetrachtung keine eigenständige Bedeutung zu. Edelmetall-Pensionsgeschäfte sind danach nicht darauf gerichtet, den Sachwert der jeweils übertragenen und zurückübertragenen Wirtschaftsgüter (hier: Edelmetall, Fremdwährungsdarlehen) zu realisieren. Zwar kommt es im ersten Teilschritt dazu, wenn die vom Pensionsgeber erhaltene Geldleistung dem Verkehrswert des übertragenen Edelmetalls entspricht. Wegen der von vornherein fest vereinbarten Rückgabe des Empfangenen wird dieser Vorteil bei der Rückübertragung aber wieder rückgängig gemacht. Jedenfalls diese Rückübertragung ist kein marktoffener Vorgang, denn ihre Konditionen werden von den Vertragspartnern ohne Rücksicht auf die Marktentwicklung im Zuge eines Termingeschäfts schon bei Abschluss des Vertrags fest vereinbart. Dadurch wird erreicht, dass die Preisgefahr --d.h. das Kursrisiko-- während der Pensionszeit beim ursprünglichen Eigentümer verbleibt (vgl. nur Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 137, 433, BStBl II 1983, 272). Der Pensionsgeber muss das Pensionsgut zum vereinbarten "Preis" zurücknehmen, auch wenn er es sich mit dem erhaltenen Geld günstiger am Markt wieder beschaffen könnte. Für den Pensionsnehmer gilt umgekehrt Entsprechendes. Danach ist es letztlich unerheblich, ob im ersten Schritt der Sachwert realisiert wird. Bei zeitgleich abgeschlossenen "Kauf- und Rückkaufverträgen" unterliegen die vereinbarten "Preise" letztlich keiner Marktkontrolle (Haarmann in Kirchhof/Schmidt/Schön/Vogel [Hrsg.], Festschrift für Arndt Raupach, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl, 2006, S. 233, 242), dies ist auch nicht gewollt.
- 24** Nach vollständiger Abwicklung des Vertrags verbleibt den Vertragspartnern aus dem Edelmetall-Pensionsgeschäft selbst nur der (positive oder negative) "Spread". Es handelt sich insofern um den Unterschied zwischen dem bei Übertragung des Pensionsguts hingeflossenen Geldbetrag ("Kaufpreis") und dem bei Rückübertragung des Pensionsguts zurückgeflossenen Betrag ("Rückkaufpreis"). In der Differenz zwischen diesen beiden Beträgen kommen vor allem die wechselseitigen Nutzungsentgelte zum Ausgleich. Der Pensionsnehmer entrichtet der Sache nach für die zeitliche Übertragung des Pensionsguts einen Sachdarlehenszins; der Pensionsgeber einen Zins für die Überlassung von Geld. Diese wechselseitigen Positionen werden gegeneinander verrechnet und beeinflussen die Höhe des Geldbetrags, der am Ende des Geschäfts an den Pensionsnehmer zurückfließt. Das wirtschaftliche Ergebnis des Geschäfts hängt mithin vor allem von der Höhe der Geldleistung und dem Wert des Pensionsguts sowie den jeweiligen Zinssätzen, aber nicht davon ab, ob die Geldleistung dem Wert des Pensionsguts entspricht. Nach allem ist das echte Pensionsgeschäft jedenfalls kein Absatzgeschäft (vgl. Heymann/Balzer/Kröll, HGB, 2. Aufl.,

§ 340b Rz 2; Benne, Die Wirtschaftsprüfung 1992, 245, 251; Häuselmann, Betriebsberater --BB-- 2000, 1287, 1291; Schmid/Stoll, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2001, 2137, 2140, 2144).

- 25** (3) Dabei kann offenbleiben, ob und ggf. unter welchen Umständen der Pensionsgeber wirtschaftlicher Eigentümer des Pensionsguts bleibt.
- 26** Grundsätzlich folgt das wirtschaftliche Eigentum dem zivilrechtlichen Eigentum. Nach allgemeiner Meinung wird der Pensionsnehmer jedenfalls nach zivilrechtlichen Maßstäben Eigentümer des Pensionsguts (vgl. nur Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 137, 433, BStBl II 1983, 272). Eine davon abweichende ertragsteuerliche Zurechnung käme nur in Betracht, wenn ein anderer den Pensionsnehmer (als den zivilrechtlichen Eigentümer) nach Maßgabe des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließen kann. Soll das Pensionsgut weiterhin dem Pensionsgeber zuzurechnen sein, müssten danach in seiner Person die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO erfüllt sein (dies verkennen Schmid/Stoll, DStR 2001, 2137, 2142).
- 27** Ob der Pensionsgeber auch nach der Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums auf den Pensionsnehmer noch als wirtschaftlicher Eigentümer des Pensionsguts anzusehen ist, wird im Schrifttum insbesondere mit Blick auf die Regelungen in § 340b des Handelsgesetzbuchs (HGB) unterschiedlich beurteilt (bejahend: zu Wirtschaftsgütern des Privatvermögens Dötsch/Werner in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 20 EStG Rz 121 [Erg.-Lfg. August 2015 - ausgesondert]; bejahend zu Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens Blümich/Krumm, § 5 EStG Rz 1082; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 39. Aufl., § 5 Rz 270 "Pensionsgeschäfte"; Bode in Kirchhof, EStG, 20. Aufl., § 4 Rz 79; a.A. [Übergang auch des wirtschaftlichen Eigentums]: Haisch in Herrmann/Heuer/Raupach --HHR--, § 5 EStG Rz 1560a, im Hinblick auf echte Pensionsgeschäfte mit vertretbaren Sachen; Häuselmann, BB 2000, 1287, 1289; Häuselmann/Wagner, Finanz-Rundschau --FR-- 2003, 331, 334; Häuselmann, FR 2010, 200, 201; Haarmann in Kirchhof/Schmidt/Schön/Vogel [Hrsg.], a.a.O., S. 233, 244).
- 28** Die Frage einer möglichen vom zivilrechtlichen Eigentum abweichenden ertragsteuerlichen Zurechnung des Pensionsguts im Lichte des § 340b HGB kann gleichwohl auf sich beruhen. Denn der Senat geht zum einen davon aus, dass die genannte Vorschrift für die persönliche Zurechnung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens ohne Bedeutung ist, und zwar ungeachtet der --umstrittenen-- Frage, ob es sich insofern nur um eine Spezialvorschrift für die Bilanzierung der Kreditinstitute oder um einen allgemeinen Grundsatz ordnungsgemäßer Buchführung handelt (so Blümich/Krumm, § 5 EStG Rz 1082; Kempermann in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 5 EStG Rz B 238; Schmidt/Weber-Grellet, a.a.O., § 5 Rz 270 "Pensionsgeschäfte"; im Ergebnis ebenso Kirchhof/Bode, a.a.O., § 4 Rz 79, der sich allerdings gegen die Qualifikation von § 340b HGB als einen Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung wendet; a.A. HHR/Haisch, § 5 EStG Rz 1560a; Häuselmann, BB 2000, 1287, 1289; Häuselmann/Wagner, FR 2003, 331, 334). Eine Maßgeblichkeit der handelsbilanziellen Behandlung für das Privatvermögen wäre in beiden Fällen nicht gegeben. Aus diesem Grund muss der Senat auch nicht zu der Frage Stellung nehmen, inwieweit der Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 137, 433, BStBl II 1983, 272, wonach echte Pensionsgeschäfte zivilrechtlich und wirtschaftlich als Kauf und Rückkauf zu beurteilen sind und die während der Pensionszeit erzielten Erträge des Pensionsguts, ungeachtet dessen wirtschaftlicher Zurechnung und Bilanzierung, dem Pensionsnehmer als dem zivilrechtlich uneingeschränkten Inhaber zustehen, im Anwendungsbereich des § 340b HGB möglicherweise überholt sein könnte (so Blümich/Krumm, § 5 EStG Rz 1082 strittig). Zum anderen ist eine Veräußerung i.S. des § 23 Abs. 1 EStG --wie oben dargelegt-- unter den Umständen des Streitfalles schon mangels eines marktoffenen Vorgangs zu verneinen, so dass es nicht mehr darauf ankommen kann, ob das Pensionsgut dem Pensionsgeber --ungeachtet des Übergangs des zivilrechtlichen Eigentums auf den Pensionsnehmer-- als wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen ist und bereits deshalb eine Veräußerung ausscheidet.
- 29** cc) Der Erblasser hat durch die Edelmetall-Pensionsgeschäfte auch nicht Fremdwährungsguthaben angeschafft und wieder veräußert.
- 30** Fremdwährungsguthaben werden insbesondere angeschafft, indem sie gegen Umtausch von nationaler Währung erworben werden, und veräußert, indem sie in die nationale Währung zurückgetauscht oder in eine andere Fremdwährung umgetauscht werden (BFH-Urteil vom 02. 05.2000 - IX R 74/96, BFHE 192, 88, BStBl II 2000, 469). Dabei wird die Wertsteigerung im Privatvermögen in Form eines erzielten Kursgewinns nach § 23 EStG durch einen marktoffenen Veräußerungsvorgang realisiert und steuerbar, wenn die ausländische Währung in nationale Währung zurückgetauscht wird. Eine Anschaffung bzw. Veräußerung kann auch im Wege des Tausches gegen andere Wirtschaftsgüter erfolgen (vgl. BFH-Urteil vom 21.01.2014 - IX R 11/13, BFHE 244, 44, BStBl II 2014, 385, dort: Wertpapiere).
- 31** Wie dargelegt, hat der Erblasser das Pensionsgut nicht gegen Fremdwährungsguthaben getauscht und wieder

zurückgetauscht. Es fehlt insofern bei der gebotenen einheitlichen Betrachtung jeweils an einem Absatzgeschäft und einem marktoffenen Vorgang. Dem steht nicht entgegen, dass der Erblasser etwaige Währungskursschwankungen während der Pensionszeit durch Geschäfte außerhalb des Pensionsgeschäfts hätte realisieren können. In der Verfügung über die Fremdwährungsguthaben war er grundsätzlich frei. Er musste bei seinen Geschäften nur gewährleisten, den fest vereinbarten Betrag bei Fälligkeit in fremder Währung wieder zurückzahlen zu können. Die Besteuerung könnte daran allerdings nur anknüpfen, wenn solche Geschäfte auch tatsächlich durchgeführt und festgestellt worden wären. Die bloße Möglichkeit rechtfertigt es dagegen nicht, den Pensionsgeber insoweit steuerlich zu belasten.

- 32** b) Auch Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung liegen nicht vor. Zwar liegt einem echten Edelmetall-Pensionsgeschäft wirtschaftlich zumindest auch eine entgeltliche Nutzungsüberlassung des Edelmetalls (in Gestalt eines Sachdarlehens) auf Zeit zugrunde. Dies rechtfertigt jedoch steuerrechtlich weder dessen isolierte Betrachtung noch erfüllt die Nutzungsüberlassung den Tatbestand der Norm, denn das zur Nutzung überlassene Edelmetall ist kein Sachinbegriff (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG). Unabhängig davon, ob es sich überhaupt um eine Vielzahl von Sachen handelt (z.B. Metallbarren), fehlt es insofern jedenfalls an einer gemeinsamen Zweckbestimmung (vgl. BeckOK EStG/Spilker, 9. Ed. [01.01.2021], EStG § 21 Rn. 556).
- 33** c) Auch Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG liegen im Streitfall nicht vor, da eine auf eine Sachleistung (hier: Rückübereignung von Edelmetall) gerichtete Forderung keine Kapitalforderung im Sinne der Vorschrift ist (BFH-Urteile vom 12.05.2015 - VIII R 4/15, BFHE 250, 75, BStBl II 2015, 835, und vom 06.02.2018 - IX R 33/17, BFHE 260, 485, BStBl II 2018, 525).
- 34** d) Nach § 22 Nr. 3 Satz 1 EStG sind sonstige Einkünfte (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) Einkünfte aus Leistungen, soweit sie weder zu anderen Einkunftsarten (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 6 EStG) noch zu den Einkünften i.S. von § 22 Nr. 1, 1a, 2 oder 4 EStG gehören, z.B. Einkünfte aus gelegentlichen Vermittlungen oder aus der Vermietung beweglicher Gegenstände, die keinen Sachinbegriff darstellen. Eine (sonstige) Leistung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das Gegenstand eines entgeltlichen Vertrags sein kann und eine Gegenleistung auslöst.
- 35** Nach diesen Maßstäben hat der Erblasser als Pensionsgeber im Rahmen der Edelmetall-Pensionsgeschäfte Leistungen erbracht. Da es sich jeweils um Austauschgeschäfte zwischen einander fremden Dritten handelt, bestehen auch keine Zweifel an der Entgeltlichkeit und an der Angemessenheit des Entgelts. Die entgeltliche Überlassung des Edelmetalls durch den Pensionsgeber kann jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Wie der Senat bereits ausgeführt hat, ist das echte Pensionsgeschäft auch steuerlich als Einheit zu betrachten. Einer Aufteilung in zwei voneinander unabhängige Sachdarlehen --Edelmetall-Darlehen und Fremdwährungsdarlehen-- stünde zudem entgegen, dass die jeweils geschuldeten Nutzungsentgelte im Rahmen der zu beurteilenden Verträge nicht aufgedeckt worden sind. Eine mögliche Aufteilung im Schätzwege wäre nicht nur mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, sie hätte auch keine Grundlage in den bestehenden Verträgen.
- 36** Es bedarf indes keiner näheren Charakterisierung der Leistung. Steht --wie hier-- fest, dass ein (wechselseitiger) entgeltlicher Leistungsaustausch vereinbart und vereinbarungsgemäß durchgeführt worden ist, dessen wirtschaftliches Ergebnis von keiner anderen Einkunftsart erfasst wird, ist der Tatbestand des § 22 Nr. 3 EStG erfüllt.
- 37** 2. Das FG hat die Einkünfte aus § 22 Nr. 3 EStG auch ohne Rechtsfehler ermittelt.
- 38** a) Im Ausgangspunkt zu Recht hat das FG angenommen, dass nur der "Spread" der Besteuerung unterliegt.
- 39** aa) Einkünfte gemäß § 22 Nr. 3 EStG sind der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG). Einnahmen sind alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen und dem Steuerpflichtigen im Rahmen der jeweiligen Einkunftsart zufließen (§ 8 Abs. 1 EStG). Einnahmen sind innerhalb des Kalenderjahres bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind (§ 11 Abs. 1 Satz 1 EStG). Einnahmen in fremder Währung sind im Zeitpunkt ihres Zuflusses in Euro umzurechnen (BFH-Urteile vom 27.10.2004 - VI R 29/02, BFHE 207, 309, BStBl II 2005, 135, und vom 03.12.2009 - VI R 4/08, BFHE 228, 48, BStBl II 2010, 698, jeweils zu Arbeitslohn in fremder Währung). Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG). Sie sind für das Kalenderjahr abzusetzen, in dem sie geleistet worden sind (§ 11 Abs. 2 Satz 1 EStG).
- 40** bb) Nach diesen gesetzlichen Vorgaben ist (nur) der "Spread" als Einkunft aus dem Edelmetall-Pensionsgeschäft zu erfassen. Auch darüber besteht zwischen den Beteiligten Einigkeit.

- 41 Zwar handelt es sich der Sache nach um eine verdeckte "Swap"-Position. Die wechselseitigen Zinspositionen, die dahinterstehen, werden jedoch bei einem echten Pensionsgeschäft in der Regel nicht aufgedeckt, sind also kaum ermittelbar und können wegen der gebotenen einheitlichen Betrachtung auch steuerlich nicht (einzeln) erfasst werden. Steuerlich erfasst werden mithin nicht zwei wechselseitige Sachdarlehen, sondern vielmehr das wirtschaftliche Ergebnis aus dem als Einheit aufzufassenden Edelmetall-Pensionsgeschäft.
- 42 b) Erfasst werden hierbei der positive sowie der negative "Spread". § 2 EStG berücksichtigt im Grundsatz stets auch das negative Ergebnis des Wirtschaftens. Eine Einschränkung ergibt sich insoweit aus dem ungeschriebenen Merkmal der Einkünfteerzielungsabsicht.
- 43 aa) Die Absicht, aus einem Edelmetall-Pensionsgeschäft für sich betrachtet einen Einnahmenüberschuss zu erzielen, kann indes auch dann zu bejahen sein, wenn ein negativer "Spread" von vornherein feststeht. Denn das Merkmal der Einkünfteerzielungsabsicht hat vor allem die Funktion, die Erwerbssphäre von der Privatsphäre abzugrenzen. Ist die Handlungsweise des Steuerpflichtigen erkennbar wirtschaftlich vernünftig und fehlen private Gründe für sein Tun, bewegt es sich mithin offenbar in der Erwerbssphäre, so ist die Einkünfteerzielungsabsicht auch dann nicht zu verneinen, wenn der Steuerpflichtige bei dem isoliert zu betrachtenden Geschäft bewusst einen Verlust in Kauf nimmt.
- 44 bb) Das ist vorliegend der Fall. Denn in die wirtschaftliche Betrachtung muss bei einem echten Pensionsgeschäft einbezogen werden, dass der Pensionsnehmer über das Pensionsgut während der Pensionszeit frei verfügen kann. Er kann das Pensionsgut insbesondere zur Einkünfteerzielung einsetzen. Entsprechendes gilt aus der Sicht des Pensionsgebers für den empfangenen Geldbetrag. Nimmt man die wirtschaftlichen Vorteile dieser Geschäfte, die steuerlich gesondert erfasst werden, ergänzend in den Blick, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass bei den streitigen Edelmetall-Pensionsgeschäften durchweg die Absicht bestand, Einkünfte zu erzielen. Wollte man dies anders sehen, müsste der negative "Spread" bei den (erzielten) Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten (Kapitalbeschaffungskosten) abgezogen werden. Auch in diesem Fall wäre der negative "Spread" steuerbar. Eine unterschiedliche steuerliche Behandlung des positiven wie des negativen "Spread" hält der Senat aus diesen Gründen für nicht überzeugend.
- 45 c) Der davon abweichenden Ansicht des FA, das nicht den "Spread" als solchen, sondern den "Kaufpreis" als Einnahme und den "Rückkaufpreis" als Ausgabe erfassen will, kann sich der Senat nicht anschließen.
- 46 Der "Spread" ist keine Residualgröße. Er setzt sich nicht aus Einnahmen und Werbungskosten zusammen. Den "Kaufpreis" insgesamt als Einnahme und den "Rückkaufpreis" als Werbungskosten zu verstehen, lässt sich nicht vereinbaren mit der Erkenntnis, dass das Edelmetall-Pensionsgeschäft aus steuerrechtlicher Sicht kein Absatzgeschäft ist. Wenn aber Wertsteigerungen des Pensionsguts während der Pensionszeit vom Pensionsgeber nicht realisiert werden, kann der "Kaufpreis" auch nicht als Einnahme qualifiziert werden. Die Sichtweise des FA hätte zur Folge, dass das Edelmetall-Pensionsgeschäft wie ein Veräußerungsgeschäft besteuert wird, was seinem wirtschaftlichen Gehalt nicht entspricht. Außerdem würden bei Abwicklung der Geschäfte in fremder Währung Kursgewinne und -verluste im Privatvermögen der Besteuerung unterworfen, die jenseits der Veräußerungsgewinnbesteuerung vor Einführung der Abgeltungsteuer, d.h. außerhalb von § 20 Abs. 2 EStG, steuerlich nicht erfasst wurden (vgl. BFH-Urteil vom 30.11.2010 - VIII R 58/07, BFHE 232, 337, BStBl II 2011, 491) und zumindest im Rahmen der Edelmetall-Pensionsgeschäfte vom Pensionsgeber auch nicht realisiert worden sind.
- 47 d) Ohne Rechtsfehler hat das FG schließlich angenommen, dass der positive "Spread" mit der Hinzahlung ("Kaufpreis") zufließt, während der negative "Spread" erst mit der Rückzahlung ("Rückkaufpreis") abfließt. Das ergibt sich unmittelbar aus den Regelungen in § 11 Abs. 1 und Abs. 2 EStG, die allein auf Zahlungsflüsse abstellen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, wonach das Edelmetall-Pensionsgeschäft als Einheit zu behandeln ist und die wechselseitigen Positionen miteinander verrechnet werden. Im Fall des positiven "Spread" fließt dem Pensionsgeber das wirtschaftliche Ergebnis aus dem Geschäft bereits mit dem Erhalt des Kaufpreises für die Übertragung des Pensionsguts zu. Im Fall des negativen "Spread" tritt die wirtschaftliche Belastung erst mit der Zahlung des "Rückkaufpreises" ein. Fließt der (positive oder negative) "Spread" in einer fremden Währung zu oder ab, kommt es für die (lediglich einmalige) Umrechnung in Euro ebenfalls auf diese (unterschiedlichen) Zeitpunkte an.
- 48 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.