

Termingeschäft vs. Kassageschäft **– Zur steuerlichen Qualifikation von Optionsscheinen**

Inhaltsübersicht

- I. Rechtsfrage und Untersuchungsauftrag
- II. Der deutungsoffene Begriff des Termingeschäfts i.S. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG
- III. Konkurrierende Auslegungsansätze und Konsequenzen für Optionsscheine
 - 1. Erkenntnisse der Auslegungskriterien für den Begriff des Termingeschäfts
 - 2. Abgrenzungslinie zum Komplementärbegriff des Kassageschäfts
 - 3. Vertretbarkeit der Ausklammerung von Optionsscheinen
- IV. Auslegungssperren für die Erstinterpretation durch die Finanzverwaltung?
- V. Fazit

I. Rechtsfrage und Untersuchungsauftrag

Die Definition des Termingeschäfts in den verschiedenen steuerrechtlichen Tatbeständen beschäftigt seit längerem Rechtsprechung und Literatur. Eine eigenständige steuerrechtliche Definition fehlt¹. Bei der Auslegung konkurrieren verschiedene Auslegungsangebote². In der Praxis fehlt bislang eine eindeutige Definition, was unter Termingeschäften zu verstehen ist, was zu streitanfälligen Abgrenzungsfragen führt³. Gerade die Rechtsfrage, ob Optionsscheine steuerrechtlich zu den Termingeschäften gehören oder als Kapitalforderung zu behandeln sind, wird uneinheitlich beantwortet (s. II.). Der Bundesfinanzhof (BFH) hat diese Rechtsfrage in Bezug auf Optionsscheine zuletzt in einer Entscheidung vom 16. Juni 2020 ausdrücklich offengelassen: „Ob die Wertpapiere als Termingeschäfte i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG 2009 zu qualifizieren sind, kann dahinstehen“⁴. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hatte im Juni 2020 in einem Entwurf zur Aktualisierung des Abgeltungsteuerschreibens die Auffassung eingenommen, dass Optionsscheine keine Termingeschäfte darstellen⁵. Diese Auslegung, die zum Teil auf Zustimmung in Fachkreisen gestoßen ist, hat indes auch

¹ Dieser Befund gilt nicht nur im Ertragsteuerrecht, sondern gleichermaßen bei der Umsatzsteuer (dazu *Korf/Schnee*, Optionen und Termingeschäfte, UR 2007, 246 [247 ff.]).

² Stellvertretend *Dahm/Hamacher*, Termingeschäfte im EStG – eine Besteuerungsrüine, DStR 2014, 455; *Hensel*, Besteuerung der Termingeschäfte – Paradigmenwechsel durch die Abgeltungsteuer?, RdF 2014, 308.

³ Zuletzt *Bachmann/Seifert*, Steuerliche Verlustverrechnung bei privaten Kapitalanlagen, DStR 2021, 1 (4).

⁴ BFH, Urteil v. 16.6.2020 – VIII R 1/17, DB 2021, 208 – Rz. 21 zu Wave XXL Papieren, die im 1. Leitsatz als Optionsscheine i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG 2008 eingestuft werden.

⁵ BMF (Entwurf), Einzelfragen zur Abgeltungsteuer; Ergänzung BMF-Schreiben vom 18. Januar 2016 (BStBl. I 2016, 85), Rz. 9.

Widerspruch hervorgerufen. Es wird gegen den Entwurf vorgebracht, dass die Exekutive diese Frage nicht durch eine Änderung des Abgeltungsteuerschreibens entscheiden dürfe und es insoweit einer gesetzlichen Änderung bedürfe. Die neue Auslegung sei, trotz guter Gründe, die gegen die Behandlung des Optionsscheins als Termingeschäft sprechen, der Finanzverwaltung versperrt, zumal der BFH sich zu der Qualifizierung von Optionsscheinen unter dem neuen Recht noch nicht abschließend geäußert hat.

Der Deutsche Derivate Verband (DDV), Berlin, hat mich im Dezember 2020 gebeten, zur Frage der Auslegung des Begriffs des „Termingeschäfts“ in Hinblick auf Optionsscheine rechtsgutachterlich Stellung zu nehmen. Im Anschluss an meine (aus Zeitgründen knappe) steuerrechtliche Ersteinschätzung vom 15. Januar 2021 erstatte ich nunmehr das folgende Rechtsgutachten.

II. Der deutungsoffene Begriff des Termingeschäfts

i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG

Die politische Entscheidung des Steuergesetzgebers, Termingeschäfte einer steuerlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen, ist nicht zu hinterfragen, solange sie nicht verfassungswidrig ist. Die Verfassungswidrigkeit einzelner Regelungen wird diskutiert⁶, soll aber im Folgenden nicht eigens thematisiert werden.

Der Begriff „Termingeschäft“ in steuerrechtlichen Vorschriften (§ 15 Abs. 4 Satz 3 und § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG) ist nicht legaldefiniert. Die Frage, inwiefern Optionsscheine (und auch bestimmte Zertifikate⁷) unter den Termingeschäftsbegriff fallen, ist seit Langem umstritten. Die Meinungen in der Literatur vermitteln – schon im Ansatz (s. III.) – kein einheitliches Bild. Der BFH zieht in seinen jüngeren Entscheidungen erkennbar nur die beiden Alternativen Termingeschäft und Kapitalforderung in Betracht⁸ und verwirft damit implizit die früher ebenfalls diskutierte Einordnung als „Gestaltungsrecht“ mit der Konsequenz, dass Optionsscheine einkommensteuerfrei seien⁹. Dabei verweist er auf das in

⁶ Nachweise bei *Wacker*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 15 Rz. 895 und *Bleschick*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 20 Rn. 177b ff.

⁷ Die Gesetzesbegründung zur Einführung der Abgeltungsteuer spricht dafür, dass Zertifikate als sonstige Kapitalforderungen § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG unterfallen (Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 27.3.2007, BT-Drucks. 16/4841, S. 56 = BR-Drucks. 220/07, S. 89 v. 30.3.2007) und nicht als Termingeschäfte i. S. des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG anzusehen sind (so *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 [457]).

⁸ Zuletzt zu dieser Alternativität BFH, Urteil v. 20.11.2018 – VIII R 37/15, BStBl. II 2019, 507 – Rz. 9 ff.; BFH, Urteil v. 16.6.2020 – VIII R 1/17, DB 2021, 208 – Rz. 21.

⁹ Zu letzterer Auslegungsvariante *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (457).

der Literatur umstrittene Konkurrenzverhältnis zwischen § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG¹⁰ und § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG¹¹ und versteht – im Einklang mit der Gesetzesbegründung zur Einführung der Abgeltungsteuer durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008¹² – „§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG ... letztlich als eine Art Auffangtatbestand“¹³.

Konnte die Rechtsprechung sich bislang auf eine Art „Wahlfeststellung“ wegen der Verwirklichung gleichwertiger Tatbestände zurückziehen, weil beide alternativen Betrachtungen bislang zur Anerkennung von Verlusten aus Knock-out-Zertifikaten führten¹⁴, so zwingt das neue Recht dazu, „Farbe zu bekennen“. Denn die Qualifikation hat aufgrund der zunehmenden Binnenschedularisierung innerhalb der Einkunftsart des Kapitalvermögens¹⁵ nunmehr Rechtsfolgen: Es bestehen Rechtsfolgenunterschiede bei der Einordnung von Optionsscheinen als sonstige Kapitalforderungen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG¹⁶ gegenüber der Einordnung als Termingeschäft i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG¹⁷. Der Gewinn für Termingeschäfte berechnet sich nach § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG und insbesondere § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG hat einen besonderen Verlustverrechnungskreis für Verluste aus Termingeschäften i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG geschaffen¹⁸. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen der Gewinn bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Die Vorschrift regelt die Besteuerung von Gewinnen „bei Termingeschäften“, zu denen nach herrschender Auffassung auch Optionsgeschäfte gehören¹⁹. In mehreren Entscheidungen hat der BFH konkrete Geschäfte gewürdigt²⁰. Dabei überrascht kaum, dass sich der BFH beim Begriff des Termingeschäfts zu längeren Ausführungen zur Gesetzesauslegung veranlasst

¹⁰ Zu diesem als „Grund- und Auffangtatbestand“ zugleich *Levedag*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 20 Rz. 114, der indes davon ausgeht, dass soweit die Regelungen zum Termingeschäft (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG) greifen § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG verdrängt wird (*Levedag*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 20 Rz. 165; ebenso *Haisch*, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 6 Rz. 31 sowie *Bleschick*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 20 Rn. 129: „speziellere Vorschrift“.

¹¹ Nachweise bei BFH, Urteil v. 20.11.2018 – VIII R 37/15, BStBl. II 2019, 507 – Rz. 23.
¹² BR-Drucks. 220/07, S. 89.

¹³ BFH, Urteil v. 20.11.2018 – VIII R 37/15, BStBl. II 2019, 507 – Rz. 23, wonach auch die in dem Verfahren streitgegenständlichen Knock-out-Zertifikate von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG erfasst werden.

¹⁴ Explizit BFH, Urteil v. 20.11.2018 – VIII R 37/15, BStBl. II 2019, 507 – Rz. 9.

¹⁵ Dazu *Bleschick*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 20 Rn. 177a.

¹⁶ Für Optionsscheine als Anwendungsfall *Levedag*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 20 Rz. 117 (unter Hinweis auf das BMF-Schreiben, BStBl. I 2016, 85 Tz. 8, aber ohne Hinweis auf eine zeitliche Differenzierung); nur für bis zum 1.1.2009 angeschaffte Optionsscheine dagegen *Ratschow*, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 20 EStG Rz. 367 (Mai 2019).

¹⁷ Dafür *Buge*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Rz. 476 (Okt. 2019).

¹⁸ Zur Verlustverrechnung bei Termingeschäften zuletzt *Bachmann/Seifert*, DStR 2021, 1 (2).

¹⁹ BFH, Urteil v. 12.1.2016 – IX R 49/14, BFHE 252, 430, BStBl. II 2016, 459 – Rz. 11 m.w.N.

²⁰ Zuletzt BFH, Urteil v. 21.2.2018 – I R 60/16, BStBl. II 2018, 637 zu Daytrading-Geschäften als Termingeschäfte.

sieht²¹ (dazu noch sub III. 1.). Insgesamt geht der BFH in inzwischen gefestigter Rechtsprechung davon aus, dass der steuerrechtliche Begriff des Termingeschäfts im Grundsatz jenem des Zivilrechts folgt²² und er greift auf das Wertpapierrecht zurück²³. Die Rechtsprechung hangelt sich indes „von Fall zu Fall“, weil das Gesetz weder den Abgrenzungszweck noch die Kriterien selbst vorgibt (dazu noch III.).

Darum überrascht es nicht, dass der Begriff des Termingeschäfts in der Literatur zum Teil als (offener) Typusbegriff begriffen wird²⁴. Typusbegriffe sind unbestimmte Gesetzesbegriffe, die sich von – ebenfalls unbestimmten – abstrakten Gesetzesbegriffen durch ihre Offenheit unterscheiden. Während der abstrakte Gesetzesbegriff nur erfüllt ist, wenn alle Begriffsmerkmale gegeben sind, ist der Typusbegriff auch dann erfüllt, wenn im Einzelfall nicht alle den Typus repräsentierenden Merkmale vorliegen. Darum lässt sich der Typusbegriff nicht definieren, sondern nur beschreiben und unter den Typusbegriff ein Sachverhalt nicht subsumieren, sondern diesem nur einen Sachverhalt zuordnen²⁵. Es wundert nicht, dass die „Rechtsform des Typus“ eine besondere Herausforderung²⁶ bei der Gesetzesanwendung²⁷ ist und verfassungsrechtliche Fragen der hinreichenden Gesetzesbestimmtheit aufwirft. Der Gesetzgeber muss bei der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe die Grundsätze der Normenklarheit und Justitiabilität beachten²⁸. „Nach dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot ist eine Rechtsnorm, auch und gerade im Abgabenrecht, so genau zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Auch wenn der Normgeber nicht alle Einzelheiten entscheiden kann und muss und deshalb die Notwendigkeit, Zweifelsfragen mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden zu beantworten, eine Norm nicht unbestimmt macht, so müssen die Betroffenen doch in der Lage

²¹ BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 21 ff. zum Begriff des „Termingeschäfts“ in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG.

²² BFH, Urteil v. 26.9.2012 – IX R 50/09, BFHE 239, 95, BStBl. II 2013, 231 – Rz. 13 zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG 1997; ebenso *Bode*, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG Rz. 655 (Juli 2020).

²³ Zusammenfassend BFH, Urteil v. 6.7.2016 – I R 25/14, BStBl. II 2018, 124 – Rz. 32 f. m.w.N.

²⁴ Dafür „als Ausweg“ *Schmittmann/Wepler*, Voraussetzungen der Verlustausgleichsbeschränkung bei Termingeschäften im Betriebsvermögen, DStR 2001, 1783 (1785); zustimmend *Haisch/Danz*, Grundsätze der Besteuerung von Zertifikaten im Privatvermögen, DStR 2005, 2108 (2113) m.w.N.; gegen diese Einstufung *Buge*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Rz. 472 (Okt. 2019).

²⁵ *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 395 (Okt. 2020) m.w.N.

²⁶ Bereits *Schmittmann/Wepler*, DStR 2001, 1783 (1785) verweisen auf die „Erfahrung mit ... Typenbegriffen, dass sowohl die Festlegung der Typenmerkmale als auch deren Abgrenzung im Einzelfall einen lang andauernden Prozess mit sich bringt, der im Fall des Begriffes des Termingeschäftes noch nicht begonnen hat“.

²⁷ Dazu *R. P. Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, S. 160 ff., 311 ff., 422, 460 f.; zuletzt *Englisch*, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rz. 5.53 f. m.w.N.

²⁸ BVerfG, Beschluss v. 31.5.1988 – 1 BvR 520/83, BVerfGE 78, 214 (226); näher zu den Anforderungen *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rz. 40 (April 2016) m.w.N.

sein, die Rechtslage zu erkennen und ihr Verhalten daran auszurichten. Im Abgabenrecht sollen sie die auf sie entfallende Abgabe in gewissem Umfang vorausberechnen können²⁹. Diese Forderung nach gesetzlicher Abgabenbestimmtheit leidet erkennbar bei der wertenden Zuordnung zu Typusbegriffen, weshalb ihr Einsatz und ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit gerade im Steuerrecht in Frage gestellt wird³⁰. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in einem Kammerbeschluss zum Sozialrecht die Verfassungskonformität von gesetzlichen Typusbegriffen angenommen³¹. Dieser Einschätzung folgt die Literatur überwiegend³², weil allein aus der Auslegungsbedürftigkeit von Typusbegriffen nicht ihre Verfassungswidrigkeit folgt³³. Allerdings müssen auch beim Einsatz und der Anwendung von Typusbegriffen rechtsstaatliche Standards gewahrt werden³⁴ und die Rationalität und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung gewährleistet werden³⁵: Bei der Anwendung und Ausfüllung gesetzlicher Typusbegriffe sind darum die herkömmlichen Auslegungskriterien, insbesondere die teleologische Auslegung heranzuziehen³⁶. Diese hat für die Zuordnung zum Typusbegriff nach dessen „leitendem Wertungsgesichtspunkt“³⁷ zentrale Bedeutung³⁸. Die Deutung des Begriffs „Termingeschäft“ im Steuerrecht als Typusbegriff belegt mithin die besondere Auslegungsbedürftigkeit dieses Begriffs und verweist zugleich auf die anerkannten Auslegungsregeln, die die Rechtsmethodik über Jahrhunderte entwickelt hat.

III. Konkurrierende Auslegungsansätze und Konsequenzen für Optionsscheine

1. Erkenntnisse der Auslegungskriterien für den Begriff des Termingeschäfts

Da das Gesetz nicht bestimmt, welche Geschäfte des Steuerpflichtigen als „Termingeschäfte“ aufzufassen sind, ist dies durch Auslegung der Norm zu ermitteln³⁹. Die Auslegung verlangt die „Auseinanderlegung“ des Gesetzes, bei der die verschiedenen möglichen Bedeutungen des

²⁹ Insgesamt BVerfG, Urteil v. 23.1.2019 – 9 C 1/18, juris – Rz. 30 im Anschluss an BVerfG, Beschluss v. 17.7.2003 – 2 BvL 1/99 u.a., BVerfGE 108, 186 (234 f.).

³⁰ *Florstedt*, Typusbegriffe im Steuerrecht *StuW* 2007, 314 (317 ff., 323); *Weber-Grellet*, Der Typus des Typus, in *Festschrift Beisse*, 1997, S. 551.

³¹ BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.5.1996 – 1 BvR 21/96, *NJW* 1996, 2644.

³² *Driën*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 4 AO Rz. 398 (Okt. 2020); *Pahlke*, Typusbegriff und Typisierung, *DStR* Beihefter 2011, 66* (68*); a.A. *Weber-Grellet*, in *Festschrift Beisse*, 1997, S. 551 (568).

³³ *R. P. Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, S. 422; *Wernsmann*, Typisierung und Typusbegriff, *DStR* Beihefter 2011, 72* (76*).

³⁴ *Pahlke*, in *Schwarz/Pahlke*, AO/FGO, § 4 AO Rz. 158 (Sept. 2016).

³⁵ *Driën*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 4 AO Rz. 397 (Okt. 2020) m.w.N.

³⁶ *Weber-Grellet*, in *Festschrift Beisse*, 1997, S. 551 (558 f.).

³⁷ Grundlegend *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 221; *Wank*, *juristische Methodenlehre*, 2020, § 8 Rz. 86).

³⁸ Zutreffend auf den Zweck der auszulegenden Norm abstellend *Schmittmann/Wepler*, *DStR* 2001, 1783 (1785).

³⁹ *BFH*, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, *BStBl. II* 2015, 483 – Rz. 20 m.w.N. zum Begriff des „Termingeschäfts“ in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG.

auszulegenden Texts mit Hilfe der tradierten juristischen Auslegungskriterien offengelegt werden⁴⁰. Die allgemeinen Auslegungskriterien gelten auch im Steuerrecht⁴¹. Sie strukturieren die Auslegung und engen sie auf begründbare und – bestenfalls – auch überzeugende Auslegungsvarianten ein⁴². Damit stecken sie den Rahmen vertretbarer Gesetzesauslegungen ab. Zur Erfassung des Inhalts einer Norm darf sich der Rechtsanwender dieser verschiedenen Auslegungsmethoden gleichzeitig und nebeneinander bedienen⁴³.

a) Grammatische Auslegung

Jede Auslegung des Gesetzes hat vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen, um den Wortsinn zu ermitteln, wobei an den allgemeinen und den juristisch-technischen Sprachgebrauch anzuknüpfen ist⁴⁴. Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet Termingeschäft laut *Duden* ein „Börsengeschäft, das zum Tageskurs abgeschlossen wird, dessen Erfüllung jedoch zu einem vereinbarten späteren Termin erfolgt“⁴⁵. Dieser Alltagssprachgebrauch wird im Wirtschaftslexikon spezifiziert als „Geschäfte an der Börse oder im OTC-Handel, bei denen die Erfüllung des Vertrags, d.h. die Abnahme und Lieferung der Ware, der Devisen oder des Wertpapiers, erst zu einem späteren Termin, aber zu einem am Abschlusstag festgelegten Kurs erfolgt“⁴⁶. Dass der Begriff „Termingeschäft“ selbst im juristischen Sprachgebrauch keine primäre Größe ist, erhellt bereits, dass das klassische Rechtswörterbuch ihn nicht erläutert, sondern nur auf „Finanztermingeschäft“ und „Differenzgeschäft“ verweist⁴⁷.

Die Anknüpfung an den Sprachgebrauch fördert demnach als wesentliches Begriffselement die zeitliche Komponente der Erfüllung zu einem späteren Termin zutage. Im Anschluss an den Bundesgerichtshof (BGH) definiert der BFH Termingeschäfte als „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

⁴⁰ Dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl. 1991, S. 204 ff., 313 f., 320 ff.; *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 214 ff., 253 ff. (Sept. 2020).

⁴¹ *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 200 ff. (Sept. 2020) m.w.N.

⁴² *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 253 (Sept. 2020).

⁴³ So gerade zur Auslegung des Begriffs Termingeschäft BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 20 m.w.N.

⁴⁴ *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 260, 263 (Okt. 2020) m.w.N.

⁴⁵ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Termingeschaefte> (abgerufen am 2.1.2021).

⁴⁶ *Heldt*, in Gabler Wirtschaftslexikon (<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/termingeschaefte-50034>; abgerufen am 2.1.2021).

⁴⁷ *Groh*, in Creifelds, Rechtswörterbuch, 25. Edition 2020, Stichwort Termingeschäft.

abzuschließen⁴⁸. Die Zeitkomponente ist damit bereits begriffsprägend. Ein Risikofaktor des Geschäfts ist dagegen keine allgemeine Begriffskomponente. Sie tritt erst im jeweiligen Fachrecht hinzu, das den Begriff „Termingeschäft“ verwendet (dazu noch III. 1.d)].

b) Systematische Auslegung

Im Rahmen der systematischen Auslegung ist zu fragen, in welchem Zusammenhang der auszulegende Begriff oder die auszulegende Rechtsnorm steht, weil alle Rechtsbegriffe und -normen einer Rechtsordnung im systematischen Zusammenhang stehen⁴⁹ und deshalb – positiv oder negativ – voneinander abzugrenzen sind. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG ist die Nachfolgevorschrift zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG a.F. für das private Kapitalvermögen⁵⁰ und steht im Zusammenhang zu § 15 Abs. 4 Sätze 3-5 EStG, der eine Beschränkung des Ausgleichs von Verlusten aus Termingeschäften bei Einkünften aus Gewerbebetrieb enthält⁵¹. Dabei ist der Begriff „Termingeschäfte“ für § 15 Abs. 4 Satz 3 und § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG (früher § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG a.F.) übereinstimmend zu verstehen⁵². Historisch ist die „Auslegungsparallelität“⁵³ naheliegend und systematisch auch geboten. Denn § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG sichert für betriebliche Termingeschäfte die entsprechenden Beschränkungen der Verlustverrechnung im Privatvermögen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 6 EStG) ab⁵⁴. Darum ist ein Gleichklang bei der Auslegung geboten. Allerdings hat auch der Begriff „Termingeschäfte“ i.S. des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG die Rechtsprechung bislang erhebliche Auslegungsanstrengungen gekostet⁵⁵.

Für die Vertretbarkeit der vorgeschlagenen Auslegung, Optionsscheine aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG auszuklammern, spricht insbesondere, dass die in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F. enthaltene Anordnung von Optionsscheinen (und Zertifikaten, die Aktien vertreten – d.h. Zertifikate, bei denen der Basiswert des Zertifikats ein Aktienindex, ein Aktienwert oder ein Aktienkorb ist, im Folgenden kurz „Indexzertifikate“ genannt) als Termingeschäfte in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG fehlt. Allein dass der aktuelle Gesetzgeber im Gegensatz zum früheren, der eine Qualifikation von Optionsscheinen (und Indexzertifikaten) als

⁴⁸ So zur Auslegung des Begriffs Termingeschäft in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 22 unter Verweis auf BGH, Urteil v. 16.4.1991 – XI ZR 88/90, BGHZ 114, 177.

⁴⁹ *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 268 (Okt. 2020).

⁵⁰ *Jachmann-Michel/Lindenberg*, in Lademann, EStG, § 20 Rz. 566 (Jan. 2011).

⁵¹ Zur Verfassungsmäßigkeit BFH, Urteil v. 28.4.2016 – IV R 20/13, BStBl. II 2016, 739; BFH, Urteil v. 6.7.2016 – I R 25/14, BStBl. II 2018, 124; *Wacker*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 15 Rz. 895.

⁵² Stellvertretend *Krumm*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 15 Rz. 417.

⁵³ BeckOK EStG/*Hufeld*, EStG § 15 Rz. 2521 (8. Ed. 1.10.2020).

⁵⁴ *Wacker*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 15 Rz. 895.

⁵⁵ Deutlich BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 20 ff.

steuerliche Termingeschäfte in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F. für erforderlich hielt⁵⁶, insoweit ohne nähere Begründung⁵⁷ im Gesetz schweigt, macht die Regelung besonders auslegungsbedürftig. Denn der Verzicht auf eine frühere gesetzliche Aufzählung löst die Frage nach den Rechtsfolgen und möglichen Rechtsänderungen aus. Es fragt sich, ob § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F. eine Rechtsfiktion von Optionsscheinen (und Indezertifikaten) als Termingeschäfte⁵⁸ enthielt⁵⁹ oder aber nur – ohne konstitutive Wirkung – als (deklaratorische) Auslegungserleichterung fungieren sollte⁶⁰. Allgemein besteht „die grundsätzliche Problematik der Rechtsfiktion [...] in ihrer strukturellen Begründungslosigkeit, angesichts derer sie ihre Rechtfertigung aus dem jeweiligen Einsatzzweck erfährt“⁶¹. Der konkrete Zweck der früheren Regelung in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F. und der aktuellen Nichtregelung bleibt indes im Dunkeln. Bereits im früher geltenden Recht lud der Verzicht auf einen Verweis auf diese Regelungen im Privatvermögen und auf eine gleichsinnige Anordnung in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG zu Schlüssen für das Betriebsvermögen ein⁶², die eine gewisse Plausibilität aufweisen, aber nicht zwingend sind. Ebenso lässt sich aus dem Fehlen einer § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F. entsprechenden Regelung nunmehr schließen, dass Optionsscheine nunmehr nicht unter den Begriff des Termingeschäfts i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG fallen sollen. Dieser Umkehrschluss (argumentum e contrario) aus dem Schweigen des Gesetzes ist rechtsmethodisch möglich, aber auch nicht zwingend⁶³. Die systematische Auslegung in Abgleich zu früheren und bestehenden Normen unterstreicht mithin die Auslegungsbedürftigkeit des Begriffs des Termingeschäfts, ohne durchschlagend zu weiteren Klärung beizutragen.

c) Historische Auslegung

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes oder einer einzelnen Vorschrift lassen sich oftmals historische Kriterien ableiten, die es ermöglichen, den Gesetzessinn oder den

⁵⁶ Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/443, S. 29: „Darüber hinaus sollen auch Indezertifikate und Optionsscheine zu den Termingeschäften i. S. d. § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG gehören.“

⁵⁷ Ohne Aussage insoweit BR-Drucks. 220/07, S. 88.

⁵⁸ In diesem Sinne BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 28: „Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn Zertifikate generell als Termingeschäft aufzufassen wären.“

⁵⁹ Dafür allgemein *Jachmann-Michel/Lindenberg*, in Lademann, EStG, § 20 Rz. 566 (Jan. 2011); zu Zertifikaten *Haisch/Danz*, DStR 2005, 2108 (2113).

⁶⁰ Die Aussage aus dem Finanzausschuss, BT-Drucks. 14/443, S. 29: „Darüber hinaus sollen auch Indezertifikate und Optionsscheine zu den Termingeschäften i. S. d. § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG gehören.“ gibt ohne Weiteres auch diese Deutung her.

⁶¹ *Jachmann*, Allgemeine Grundsätze zur Rechtsfiktion, DStR-Beihefter 2011, 77* (84*).

⁶² Zu § 15 Abs. 4 S. 3 EStG bereits BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 28 ff.

⁶³ Allgemein *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 368 f. (Okt. 2020).

Gesetzeszweck zu deuten, sofern die Entstehungsgeschichte erkennen lässt, wie und warum eine Vorschrift in einer bestimmten Fassung in das Gesetz aufgenommen wurde⁶⁴.

Dabei erleichtert im Falle des Begriffs des Termingeschäfts gerade die Gesetzesbegründung die Auslegung⁶⁵ nicht. Ein „eindeutiger Wille des Gesetzgebers“⁶⁶ lässt sich insoweit nur schwer ausmachen. Denn der Bericht des Finanzausschusses zum Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG suggeriert, dass die Übernahme der zivil- und aufsichtsrechtlichen Begrifflichkeit ins Steuerrecht erfolgen sollte: „Der bereits zivilrechtlich problematische Begriff des Differenzgeschäftes soll durch den in § 2 Wertpapierhandelsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708) und § 1 Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776) definierten Begriff des Termingeschäfts ersetzt werden“⁶⁷. Diese legislatorische Fehlvorstellung hat bereits der BFH erkannt⁶⁸:

„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 Differenzgeschäftes 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 StEntlG 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

⁶⁴ *Driien*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 292 (Okt. 2020) m.w.N.

⁶⁵ Allgemein zur Bedeutung von Gesetzesmaterialien bei der Auslegung *Driien*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 295 f. (Okt. 2020) m.w.N.

⁶⁶ So im Kontext des Termingeschäfts *Hensel*, RdF 2014, 308 (315).

⁶⁷ Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/443, S. 28 f.

⁶⁸ Zum Begriff des „Termingeschäfts“ in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 25 m.w.N. (Hervorhebung durch *Verf.*).

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).“

Darauf haben auch andere Senate des BFH Bezug genommen⁶⁹. Gerade für den Begriff des „Termingeschäfts“ betont der BFH, dass bei der Auslegung einer Norm nicht der Wille der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, sondern der im Gesetz zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend ist⁷⁰. Der BFH schließt daraus: „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“⁷¹. Dabei beruft er sich auf Autoren, die in ihrer Stellungnahme dezidiert der Linie der BFH-Judikatur widersprechen und den Begriff des Termingeschäfts einer eigenständigen Definition zuführen wollen, die sich am steuerrechtlichen Normzweck orientieren soll⁷². Die historische Auslegung führt damit unmittelbar zum Streit über die „richtige“ teleologische Auslegung des Begriffs „Termingeschäft“.

d) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung basiert auf der Erkenntnis, dass jede einzelne Rechtsnorm mindestens einem Zweck dient und ist am konkreten Normzweck auszurichten⁷³, der aufgrund objektiver Umstände zu ermitteln ist⁷⁴. Sie wird zum Teil als Königsdisziplin angesehen, weil sie Argumente von höchster Überzeugungskraft hervorzubringen vermag⁷⁵. Die Überzeugungskraft teleologischer Argumente hängt indes davon ab, wie stringent der oder die Zwecke des Gesetzes mit der Entstehungsgeschichte oder der Systematik des

⁶⁹ Näher zu Gesetzeshistorie und -systematik des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG auch BFH, Urteil v. 6.7.2016 – I R 25/14, BStBl. II 2018, 124 – Rz. 33; zuletzt BFH, Urteil v. 21.2.2018 – I R 60/16, BStBl. II 2018, 637 – Rz. 31.

⁷⁰ BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 20 m.w.N. zum Begriff des „Termingeschäfts“ in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG.

⁷¹ BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 26 mit dem Verweis „so etwa ...HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1541, m.w.N.“

⁷² So *Intemann*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 15 EStG Rz. 1541 (Aug. 2017) m.w.N. zur abweichenden BFH-Rspr.

⁷³ *Höhn*, Zweck(e) des Steuerrechts und Auslegung, FS Tipke, 1995, S. 213 (221ff.).

⁷⁴ *Tipke*, Über teleologische Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenausfüllung, Festschrift v. Wallis, 1985, S. 133 (135).

⁷⁵ Dazu – relativierend – *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 219 (Sept. 2020), Rz. 274 ff. (Okt. 2020) m.w.N.

Gesetzes belegt werden können⁷⁶. Die subjektiv-historische Auslegung, die auf die Zwecke des Gesetzgebers abstellt, belegt nur die terminologische Anknüpfung an das Zivilrecht (s. bereits III. 1. c)).

Damit beginnen bereits die teleologischen Auslegungsstreitigkeiten⁷⁷: Denn eine Auslegung, die allein dem Wertpapier- und Bankrecht folgt, wird zum Teil abgelehnt, weil schon die unterschiedlichen Zielsetzungen des Aufsichtsrechts des WpHG und KWG einerseits und des Steuerrechts andererseits einer einheitlichen Auslegung des Termingeschäftsbegriffs entgegenstehen⁷⁸. Aufgrund der unterschiedlichen Zwecke des Kapitalmarktrechts einerseits und des Steuerrechts in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG andererseits⁷⁹ soll der Begriff des Termingeschäfts in beiden Rechtsmaterien nicht gleichgesetzt werden, sondern grundsätzlich eigenständig auszulegen sein⁸⁰.

Bei der Gesetzesauslegung ist bereits umstritten, ob der Begriff des Termingeschäfts aufbauend auf dem Normzweck einer eigenständigen steuerrechtlichen Definition⁸¹ zugeführt werden kann⁸² oder aber auf das Zivilrecht und seine Zwecke zurückzugreifen ist⁸³. Obwohl das Steuerrecht und das Kapitalmarktrecht unterschiedliche Ziele verfolgen⁸⁴ und spezifische aufsichtsrechtliche Gesichtspunkte des KWG und WpHG „für das EStG keine Rolle spielen“ sollen⁸⁵, wird der Begriff mangels steuerrechtlicher Definition verbreitet in Anlehnung an die aufsichtsrechtlichen Definitionen (in § 1 Abs. 11 Satz 3 Nr. 1 KWG und § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG) verstanden⁸⁶.

Ob und inwieweit eine teleologische Auslegung von belastenden Steuerrechtsnormen überhaupt möglich und zulässig ist, bleibt allgemein umstritten⁸⁷. Dieser Streit zeigt sich konkret beim Begriff des Termingeschäfts. Mit Blick auf die Zwecksetzung der Besteuerung von Termingeschäften, spekulative Gestaltungen adäquat zu erfassen, nimmt ein Teil des

⁷⁶ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 384.

⁷⁷ Bereits den Ansatzpunkt der steuerrechtlichen Auslegung bezeichnet *Tormöhlen*, in Braun/Günther, Das Steuer-Handbuch, Termingeschäft, I. (März 2019) als „sehr str.“.

⁷⁸ So *Intemann*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 15 EStG Rz. 1541 (Aug. 2017); kritisch auch *Moritz/Strohm*, in Frotscher/Geurts, EStG, § 20 Rz. 234.

⁷⁹ Darauf verweisend auch *Jachmann-Michel/Lindenberg*, in Lademann, EStG, § 20 Rz. 566 (Jan. 2011).

⁸⁰ So *Haisch*, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 6 Rz. 57.

⁸¹ Für einen eigenständigen Termingeschäftsbegriff *Haisch/Danz*, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 5 Rz. 11 zu § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG und *Haisch*, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 6 Rz. 57 zu § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG.

⁸² Dafür *Intemann*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 15 EStG Rz. 1541 (Aug. 2017).

⁸³ Gegen eine rein steuerrechtliche Auslegung des Begriffs „Termingeschäft“ *Johannemann/Reiter*, DStR 2015, 1489 (1490) m.w.N.

⁸⁴ *Buge*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Rz. 472 (Okt. 2019).

⁸⁵ *Krumm*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 15 Rz. 417.

⁸⁶ *Ratschow*, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 20 EStG Rz. 368 (Mai 2019).

⁸⁷ *R. P. Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, S. 33 ff., 173 ff. 439; zuletzt *Driën*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 274 ff. (Okt. 2020).

Schrifttums die Definition anhand der Risiken eines Totalverlusts des angelegten Kapitals aufgrund der Hebelwirkungen und der Gefahr vor, planwidrig zusätzliche Mittel einsetzen zu müssen⁸⁸. Da Besteuerungslücken bei Geschäften mit spekulativem Charakter geschlossen werden sollten, wird eine weite Auslegung befürwortet⁸⁹. Allerdings liegt aus Sicht des BFH „§ 15 Abs. 4 Satz 3 EStG ... nicht der Zweck zugrunde, `Besteuerungslücken bei Spekulationsgewinnen im Betriebsvermögen´ allgemein und unabhängig von den zivilrechtlichen Charakteristika eines Fest- oder Optionsgeschäfts zu schließen“⁹⁰.

Darum soll nach anderer Ansicht der Begriff des Termingeschäfts gerade unter Verzicht auf typologische Risikokriterien (z.B. Hebelwirkung, Totalverlustrisiko) in Übereinstimmung mit § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG, § 1 Abs. 11 Satz 3 Nr. 1 KWG im zivil- bzw. bankenaufsichtsrechtlichen Sinne und damit in Abgrenzung zum Kassageschäft auszulegen sein⁹¹. In diesem Sinne spielt nach der jüngsten BFH-Entscheidung zu Daytrading-Geschäften „das Ausmaß der `spezifische(n) Gefährlichkeit´ des konkreten Termingeschäfts für seine steuerrechtliche Qualifizierung keine ausschlaggebende Rolle“⁹². Dass es sich aus Sicht der Anlageberatung, die den aufklärungsbedürftigen Anleger schützen soll, bei Optionsscheinen um risikoreichere Papiere handelt⁹³, besagt danach wenig für die steuerrechtliche Qualifikation. Dass „der Optionsscheinmarkt neben `klassischen Varianten´ auch eine kaum noch zu überblickende Vielfalt von z.T. hochspekulativen Papieren [bietet]“⁹⁴, liefert mithin kein Argument für die steuerrechtliche Qualifikation.

Ob und inwieweit trotz anderer Regelungszwecke im Steuerrecht Begriff des Termingeschäfts auf Definitionen anderer Rechtsgebiete zurückgegriffen werden kann, ist dabei noch nicht abschließend geklärt⁹⁵. Diese Auslegungsunsicherheit verdeutlicht folgende aktuelle Kommentierung: „Noch scheint nicht eindeutig geklärt, ob der gesetzlich-aufsichtsrechtliche Begriff des KWG und des WpHG den zivilrichterlichen ablöst, sich insbesondere emanzipiert

⁸⁸ *Jachmann-Michel/Lindenberg*, in Lademann, EStG, § 20 Rz. 588 (Jan. 2011) im Anschluss an *Haisch/Danz*, DStR 2005, 2108 (2113).

⁸⁹ Dafür *Jachmann-Michel/Lindenberg*, in Lademann, EStG, § 20 Rz. 586 (Jan. 2011).

⁹⁰ BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 21 ff. zum Begriff des „Termingeschäfts“ in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG.

⁹¹ *Wacker*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 15 Rz. 902.

⁹² BFH, Urteil v. 21.2.2018 – I R 60/16, BStBl. II 2018, 637 – Rz. 30.

⁹³ Dazu *Zahrte*, in Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2019, M. Anlageberatung Rz. 322; *Schulte-Nölke*, Anlegerschutz bei Optionsscheinen, DStR 1995, 1798 (1799).

⁹⁴ *Trüg*, in Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 10. Teil Kapitalmarktdelikte Rz. 190 f.

⁹⁵ Das lässt auch die vorsichtige Kommentierung des BFH-Richters *Levedag*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 20 Rz. 166 erkennen, wonach „die Rspr. bei dieser Definition *bislang* ... auf die Definition in § 2 WpHG ... zurück[greift]“ (Hervorhebung durch *Verf.*).

von Gesichtspunkten des Anlegerschutzes. Der Gesetzgeber hat die in der BGH-Rechtsprechung gewichteten Risikokriterien in die Legaldefinition nicht übernommen“⁹⁶.

Ein näherer Blick auf Zwecke, den Zeitpunkt der Beurteilung und die Kriterien des Kapitalanlegerschutzrechts⁹⁷ unterstreicht die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines Rückgriffs darauf. Während es im Steuerrecht in § 20 EStG beim Termingeschäft ex post um die limitierte Verlustbeteiligung des Fiskus nach Maßgabe besonderer Verlustkreise geht, soll die Anlegerberatung ex ante eine aufgeklärte und eigenverantwortliche Anlageentscheidung des Kunden gewährleisten⁹⁸. Aus dem Zweck der Anlageberatung⁹⁹ muss dem aufklärungsbedürftigen Anleger klar werden, ob es sich um hochspekulative Papiere handelt¹⁰⁰. Maßgeblich für die Anlageberatung ist nach § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG und § 2 Abs. 3 Nr. 9 WpHG die Abgabe einer die persönlichen Verhältnisse berücksichtigenden Empfehlung¹⁰¹. Die Anlageberatung hat insbesondere dem Wissensstand des Kunden über Anlagegeschäfte der vorgesehenen Art Rechnung zu tragen und zu berücksichtigen, ob es sich bei dem Kunden um einen erfahrenen Anleger mit einschlägigem Fachwissen handelt¹⁰². Die Anlegerberatung und die Aufklärungserfordernisse sind darum kundenabhängig und an seiner Vorbildung, Vertrautheit mit bestimmten Geschäften und seiner Risikoeinstellung auszurichten. Diese individuellen Umstände des Anlegers sind indes für die Besteuerung von Kapitalerträgen und den Umfang der Berücksichtigung von Verlusten evident belanglos. Die Einkommensteuer vermittelt dem Staat Teilhabe am Ergebnis der Wirtschaftstätigkeit losgelöst von der Güte oder Schwäche der Branchenkenntnisse, der Vorbildung des Erwerbenden oder der Leichtigkeit oder Schwere des Erwerbs. Die staatliche Teilhabe ist ergebnisorientiert, ungeachtet der individuellen Erwerbsvoraussetzungen. Die Einkommensteuer belastet nicht die individuelle Fähigkeit, erwerben zu können, sondern die

⁹⁶ BeckOK EStG/*Hufeld*, EStG § 15 Rz. 2503 (8. Ed. 1.10.2020).

⁹⁷ Dass spezifische aufsichtsrechtliche Gesichtspunkte des KWG und WpHG für das EStG keine Rolle spielen können, erkennt auch BFH, Urteil v. 21.2.2018 – I R 60/16, BStBl. II 2018, 637 – Rz. 21 m.w.N. an (ebenso *Krumm*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 15 Rz. 417).

⁹⁸ Statt gesetzlicher Verbote (so waren Termingeschäfte in Wertpapieren in Deutschland seit 1931 verboten und wurden erst am 1.7.1970 in Form des Optionsgeschäfts auf Aktien an Börsen wieder erlaubt) können bei der Kapitalmarktaufsicht spezialisierte Aufsichtsbehörden die spezifischen Risiken bestimmter Finanzderivate und bestimmter Optionsformen einschätzen und ggfs. sogar den Vertrieb solcher Produkte an bestimmte Kunden (z.B. Kleinanleger) verbieten (dazu *Kraft*, in Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, Rz. 19.190 m.w.N. zum vorübergehenden Verbot des Verkaufes von Digital-Optionen an Kleinanleger).

⁹⁹ Zur Aufklärungspflicht bei Börsentermingeschäften etwa *Joussen*, Der Erwerb von selbständigen Optionsscheinen als Börsentermingeschäft, BB 1997, 2117 (2118 ff.).

¹⁰⁰ *Zahrte*, in Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2019, M. Anlageberatung Rz. 322; ebenfalls zum „hochspekulativen Charakter“ von Optionsscheinen *Schulte-Nölke*, DStR 1995, 1798 (1799).

¹⁰¹ *Edelmann*, Anlageberatung und Anlagevermittlung, in Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl. 2020, § 3 Rz. 3 f.

¹⁰² So (mit weiteren Aspekten) *Bunte*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 8 Rz. 18.

finanzielle Leistungsfähigkeit dessen, der erworben hat¹⁰³. Ob der schlaueste oder aber – wie im Sprichwort – „der dümmste Bauer die dicksten Kartoffeln erntet“, ist für die Einkommensteuer, die nur auf das Ergebnis abstellt, ohne Belang. Die kundenabhängigen Kriterien der Anlageberatung können im Steuerrecht als Massenfallrecht einerseits nicht übernommen werden, andererseits wäre eine darauf basierende materielle Differenzierung bei der Verlustberücksichtigung gleichheitsrechtlich mehr als fragwürdig. Darum führt der Blick auf die Risikobewertung für die Anlageberatung steuerrechtlich ins Abseits. Für eine wertende Komponente des besonderen Schutzbedürfnisses des Anlegers beim Eingehen von Termingeschäften ist für die steuerrechtliche Qualifikation nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG weder Bedürfnis noch Raum¹⁰⁴. Im rückwärtsgewandten Verifikationsgeschäft der Finanzverwaltung als Massenverwaltung ist eine individuell ausdifferenzierte Risikobewertung und -analyse anhand Steuerbeamten fernliegenden Kriterien weder zu leisten noch gibt das individuelle Risikoprofil etwas für die steuerrechtliche Binnenabgrenzung innerhalb der Einkünfte aus Kapitalvermögen her.

Überdies dürfen die Zwecke, die mit dem Abschluss eines Termingeschäfts verbunden sind, nicht verengt werden. Es darf nicht vernachlässigt werden, dass Termingeschäfte nicht nur spekulative Instrumente sind, sondern von einer Vielzahl von Anlegern zur Risikominimierung durch die Absicherung von Kurs-, Währungs- oder Zinsschwankungen genutzt werden¹⁰⁵. Können Termingeschäfte neben der Spekulation, dem Hedging oder der Arbitrage dienen und gerade zur Absicherung von Risiken aus Direktinvestitionen des Anlegers eingesetzt werden¹⁰⁶, so wäre eine steuerrechtliche Qualifikation steuerrechtlicher Termingeschäfte allein nach der Risikobewertung eindimensional und angesichts der zu erfassenden Lebenswirklichkeit unterkomplex.

Wenn entsprechend dem Vorschlag der Literatur das Termingeschäft als steuerjuristischer Typusbegriff verstanden wird, so darf aus teleologischen und auch aus verfassungsrechtlichen Gründen (dazu noch III. 1. e)) als leitendes Wertungskriterium nicht der konkret erforderliche individuelle Anlegerschutz nach dem KWG und WpHG¹⁰⁷ verstanden werden¹⁰⁸. Denn ein Typusbegriff mit diesem leitenden Wertungskriterium wäre im Steuerrecht nicht nur

¹⁰³ Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 2 Rz. 8.

¹⁰⁴ Ablehnend auch Dahm/Hamacher, DStR 2014, 455 (457).

¹⁰⁵ So zuletzt Bachmann/Seifert, DStR 2021, 1 (4) m.w.N.

¹⁰⁶ Anemüller/Zöller, Handbuch privater Kapitaleinkünfte, 2. Aufl. 2018, Rz. 1131.

¹⁰⁷ Frühzeitig haben Schmittmann/Wepler, DStR 2001, 1783 (1785) einen „Gleichlauf bei der Typenbildung“ in Frage gestellt.

¹⁰⁸ Zutreffend für den Verzicht auf typologische Risikokriterien (z.B. Hebelwirkung, Totalverlustrisiko) darum Wacker, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 15 Rz. 902.

rechtsunsicher anwendbar, sondern auch sachfremd, zweckwidrig und dysfunktional angeleitet. Vielmehr ist allein auf die abstrakte Gefährlichkeit des Termingeschäfts abzustellen, die sich bereits aus dem begriffskonstituierenden Merkmal des zeitlich hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkts ergibt (s. noch sub III. 2.).

Insgesamt bringt die teleologische Auslegung des Begriffs des Termingeschäfts beträchtliche Meinungsunterschiede bereits im Ansatz hervor, die ein breites Auslegungsspektrum eröffnen. Allerdings nähern sich im Ergebnis die Auslegungsstränge wieder an. Denn auch die Verfechter einer eigenständigen steuerrechtlichen Begriffsbestimmung suchen bei der Auslegung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG Halt in WpHG und KWG. Danach kann die „Auslegung des Begriffs Termingeschäft allerdings auch nicht losgelöst von § 2 Abs. 2 WpHG und § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG ... erfolgen“¹⁰⁹. Trotz der notwendigen eigenständigen steuerrechtlichen Auslegung sollen die Regelungen des Wertpapier- und Bankenrechts für eine Begriffsbestimmung als Auslegungshilfe herangezogen werden¹¹⁰. Die darin zum Ausdruck kommende Suche nach verlässlichen Auslegungsanleitungen leitet über zu verfassungsrechtlichen Auslegungsargumenten.

e) Verfassungsrechtliche Auslegungsargumente

Während die verfassungskonforme Auslegung der Kontrolle des nach den herkömmlichen Auslegungskanones gefundenen Auslegungsergebnisses dient, soll die verfassungsorientierte Auslegung bereits im Rahmen der Auslegungskanones verfassungsrechtliche Argumente aufnehmen und reflektieren¹¹¹. Verfassungsrechtliche Argumentation entspricht dabei grundsätzlich den Auslegungsgepflogenheiten des für Kapitaleinkünfte zuständigen BFH-Senats¹¹². Die Berücksichtigung einer gleichheitsgerechten Auslegung im steuerlichen Massenfallrecht erscheint beim Begriff des Termingeschäfts nicht nur wegen der – bereits angesprochenen – Bestimmtheitsanforderungen (s. bereits II.), sondern auch wegen des „Drittvollzuges“ im Kapitalertragsteuerabzugsverfahren naheliegend und geboten. Denn Einnahmen i. S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG unterliegen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 i. V. m. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG dem Kapitalertragsteuerabzug i. H. v. 25 %¹¹³. Die Einkommensteuer wird mithin durch Abzug vom Kapitalertrag durch die Kreditinstitute als

¹⁰⁹ So *Haisch/Danz*, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 5 Rz. 11.

¹¹⁰ So *Intemann*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 15 EStG Rz. 1541 (Aug. 2017).

¹¹¹ *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 4 AO Rz. 238 (Sept. 2020), Rz. 289 (Okt. 2020) m.w.N.

¹¹² Exemplarisch BFH, Urteil v. 12.1.2016 – IX R 49/14, BStBl. II 2016, 459 – Rz.16 zum Termingeschäft i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG.

¹¹³ *Jachmann-Michel/Lindenberg*, in Lademann, EStG, § 20 Rz. 565 (Jan. 2011).

Steuerentrichtungspflichtige erhoben¹¹⁴. Der Kapitalertragsteuerabzug nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 bis 12 EStG stellt erhebungstechnisch die materielle Besteuerung sicher¹¹⁵.

Diese Vollzugsform durch die Kreditinstitute als indienstgenommene Private steuert bereits die materielle Gesetzesauslegung, weil der (gleichheitsgerechte) Steuervollzug nicht bloß nachrangiger Annex des Steuergesetzes ist¹¹⁶. Das Steuerabzugsverfahren bedingt Anforderungen an die Vollzugsfähigkeit des Steuergesetzes¹¹⁷. Aus der Sicht des Steuerschuldners bedarf es Sicherungen der Vollzugsrichtigkeit wegen seiner materiellen Betroffenheit durch die Steuerlast. Aus der Sicht der unentgeltlich für den Steuerabzug indienstgenommenen Kreditinstitute¹¹⁸ müssen bei der Gesetzesauslegung die Vollzugsleichtigkeit und die Vollzugssicherheit wegen der Haftungsgefahr (§ 44 Abs. 5 EStG) gewährleistet werden. Das BVerfG sieht zwar den Steuerabzug durch den Schuldner der Kapitalerträge (oder die diese auszahlende Stelle) als verfassungsgemäß an¹¹⁹, erachtet aber gerade die vollzugsvereinfachende Anleitung durch Verwaltungsvorschriften als entscheidendes Argument für die Zumutbarkeit und Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme. In der Leitentscheidung zum Kapitalertragsteuerabzug aus dem Jahre 1967 heißt es¹²⁰:

„Diese Inanspruchnahme ist jedoch erträglich, zumal sie sich *an die übliche Banktätigkeit anlehnt*. Zur Vereinfachung des Steuerabzugs haben die Länderfinanzminister eine Verfahrensregelung erlassen, deren Handhabung *keine besonderen steuerrechtlichen Kenntnisse voraussetzt und sich in ihren Anforderungen noch im Rahmen des von den Kreditinstituten gepflegten Effektengeschäftes hält*“.

Um nicht die alte Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater für den Steuervollzug¹²¹ und nach einem verfassungsrechtlichen Gebot eines Kostenersatzes¹²² aufzurühren, streitet bereits nach den Maßstäben der verfassungsgerichtlichen Leitentscheidung ein Impuls für eine Reduktion der Komplexität des Abzugsverfahrens und

¹¹⁴ Jachmann-Michel, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 43 EStG Rz. 152 (Juli 2020).

¹¹⁵ Geurts, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 8 Rz. 33.

¹¹⁶ Driën, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rz. 52a (Jan. 2017) m.w.N.

¹¹⁷ Dazu bereits Driën, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 345 ff.

¹¹⁸ Zur Belastung der Kreditinstitute beim Kapitalertragsteuerabzug Breithecker/Garden/Thönnies, Steuerbelastung jenseits der Steuerbelastung, DStR 2007, 361 (362).

¹¹⁹ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380; ebenso zuletzt Haug, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 43 EStG Anm. 3 (Dez. 2020).

¹²⁰ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 – Rz. 11.

¹²¹ Aus jüngerer Zeit m.w.N. Wissenschaftlicher Beirat Steuern Ernst & Young, Der Arbeitgeber als kostenloses Hilfsorgan der Finanzverwaltung, DB 2013, 139.

¹²² Allgemein Burgi, Finanzieller Ausgleich für Bürokratielasten - ein Verfassungsgebot!, GewArch. 1999, 399 m.w.N.; Schirra, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, 143 ff.; speziell zum Lohnsteuerabzug G. Kirchhof, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 187; Ellers, Die gesetzliche Verpflichtung privater Arbeitgeber zum Lohnsteuereinbehalt, 2010, S. 68 f.

eine Anknüpfung an bankübliche, vertraute und im Alltagsgeschäft praktikable Abgrenzungskriterien, die die Rechtsanwendungslasten der Indienstgenommenen verringern.

Die streitanfälligen Abgrenzungsfragen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen bergen nach den jüngsten Gesetzesänderungen erhebliches Konfliktpotenzial zwischen Steuerpflichtigen und Finanzverwaltung¹²³. Soweit Auslegungsspielräume bestehen, darf die Finanzverwaltung zur Verfahrensvereinfachung und zur Vermeidung späterer Rechtsstreitigkeiten eine praktikable und Streitvermeidende Auslegung des Gesetzes wählen. Im Steuerabzugsverfahren ist das Praktikabilitätsprinzip innerhalb gesetzlicher Auslegungsspielräume für die Finanzverwaltung eine systemsichernde Aufgabe. Denn den Steuerabzug hinweggedacht, müsste sie selbst die Abgrenzungskriterien bei einer Masse von Kapitalanlegern im Veranlagungsgeschäft vollziehen.

Die Finanzverwaltung muss trotz des auslegungsfähigen Gesetzes eine rechtssichere Einordnung von einzelnen Kapitalmarktprodukten als Termingeschäfte ermöglichen, damit die unentgeltlich indienstgenommenen Kreditinstitute im Rahmen der Ausstellung von Steuerbescheinigungen Gewinne und Verluste aus Termingeschäften praktikabel und rechtssicher ausweisen können. Das ist bereits wegen der Haftungsgefahr der Kreditinstitute geboten.

Bereits darum erscheinen im Steuerabzugsverfahren angesichts der Ausgestaltungsvariabilität von Optionsscheinen (s. noch sub III. 3.) typologisch anspruchsvolle Abgrenzungen nach dem individuellen Risiko im steuerlichen Massenfallgeschäft wegen der Zuordnungsunsicherheiten und den materiellen Folgen für den Steuerschuldner ungeeignet. Individuelle Risikobewertungen trotz fehlender steuergesetzlicher Risikokriterien sind im Steuervollzug als Massengeschäft nicht leistbar und dem Indienstgenommenen auch nicht ohne Kostenersatz zumutbar. Auch darum verbietet es sich, den Typusbegriff des Termingeschäfts am leitenden Wertungsgesichtspunkt des konkret erforderlichen Anlegerschutzes ausrichten zu wollen. Gerade aus diesen Gründen liegt es für die Finanzverwaltung bei der Auslegung steuerabzugsrelevanter Steuertatbestände nahe, auf in der Branche eingespielte Abgrenzungskriterien wie die Abgrenzung von Termin- und Kassageschäft zurückzugreifen.

2. Abgrenzungslinie zum Komplementärbegriff des Kassageschäfts

Angesichts der aufgezeigten Auslegungsunsicherheiten beim steuerlichen Termingeschäftsbegriff ist konsensfähig nur ein Rückzug auf die allseits anerkannte

¹²³ Zutreffend *Bachmann/Seifert*, DStR 2021, 1 (4) m.w.N.

Unterscheidung zwischen Termingeschäft und Kassageschäft aussichtsreich, rechtssicher und zugleich streitvermeidend umsetzbar. Verabschiedet man sich vom – umstrittenen und angreifbaren – Versuch einer eigenständige Risikobewertung des Geschäfts im Steuerrecht (s. III. 1.), rückt als entscheidendes Kriterium für ein steuerliches Termingeschäft als „Nicht-Kassa-Geschäft“¹²⁴ allein das zeitliche Auseinanderfallen oder auch „Auseinanderklaffen“¹²⁵ von Abschluss und Erfüllung in den Blick, das bereits begriffsprägend ist (s. III. 1. a)). Während das Kassageschäft unter den börslichen Handelsbedingungen sofort bzw. innerhalb weniger (zwei) Tage zu erfüllen ist¹²⁶, kennzeichnet das „Gegensatzpaar“¹²⁷ des Termingeschäfts ein Fest- oder Optionsgeschäft, das zeitlich verzögert zu erfüllen ist¹²⁸. Bereits dieser Zeitverzug indiziert eine gewisse Gefährlichkeit des Geschäfts. Ganz in diesem Sinne zeichnet sich auch für den BFH „das Termingeschäft dadurch aus, dass der Erfüllungszeitpunkt hinausgeschoben werde, woraus sich die für Termingeschäfte spezifische Gefährlichkeit und damit das für die Qualifizierung als Börsentermingeschäft wesentliche Schutzbedürfnis des Anlegers ergebe“¹²⁹. Damit wird der Aspekt Gefährlichkeit des Termingeschäfts nicht preisgegeben, aber anstelle der (verfehlten) wertenden individuellen Risikobeurteilung¹³⁰ bereits aus dem begriffsprägenden Hinausschieben des Erfüllungszeitpunkts auf die spezifische Gefährlichkeit zurückgeschlossen.

Auf die auch sonst im Bankgeschäft gängige Differenzierung von Kassa- und Termingeschäften¹³¹ wird vielfach auch im Steuerrecht zurückgegriffen. Denn auch im Steuerrecht ist der Gegensatz (oder Gegenbegriff¹³²) zum Termingeschäft das Kassageschäft¹³³. Auch der BFH grenzt den dem Wertpapier- und Bankrecht entstammenden

¹²⁴ *Geurts*, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 8 Rz. 38.

¹²⁵ *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (457) m.w.N.

¹²⁶ *Bleschick*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 20 Rz. 130 m.w.N.

¹²⁷ *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (457).

¹²⁸ *Ratschow*, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 20 EStG Rz. 368 (Mai 2019); zuletzt *Bleschick*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 20 Rz. 130 m.w.N.

¹²⁹ BFH, Urteil v. 4.12.2014 – IV R 53/11, BStBl. II 2015, 483 – Rz. 22 zum Begriff des „Termingeschäfts“ in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG unter Hinweis auf BGH, Urteil v. 13.7.2004 – XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58; ebenso FG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 14.2.2019 – 10 K 10235/16, juris – Rz. 97; *Bleschick*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 20 Rz. 130 m.w.N.

¹³⁰ Dagegen bereits *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (457) m.w.N.

¹³¹ Z.B. OLG Nürnberg, Endurteil v. 24.2.1999 – 4 U 2525/97, OLGReport Nürnberg 1999, 303 (rkr.); *Schefold*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 116 Rz. 302; *Assmann*, in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 2 WpHG Rz. 74.

¹³² *Levedag*, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 20 Rz. 166; gleichsinnig „Kassageschäft als Kontrastbegriff“ (so BeckOK EStG/Hufeld, EStG § 15 Rz. 2507 [8. Ed. 1.10.2020]) oder „Komplementärbegriff“.

¹³³ *Bleschick*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 20 Rz. 130; *Bode*, in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG Rz. 655 (Juli 2020); *Hakenberg*, in Creifelds, Rechtswörterbuch, 25. Edition 2020, Stichwort Kassageschäft; *Johannemann/Reiter*, Verluste aus Termingeschäften im Betriebsvermögen, DStR 2015, 1489 (1492); *Krumm*, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 15 Rz. 417a; *Ratschow*, in Blümich,

Begriff des Termingeschäfts vom Kassageschäft ab¹³⁴. Die nach wertpapierrechtlichen bzw. bankrechtlichen Maßgaben vorzunehmende Abgrenzung des Termingeschäfts vom sog. Kassageschäft wendet die Rechtsprechung auch bei der steuerrechtlichen Begriffsbestimmung an. Der I. Senat fasst die Rechtsprechung des BFH im Anschluss an den BGH dazu wie folgt zusammen¹³⁵:

„Danach sind Termingeschäfte Verträge über Wertpapiere, vertretbare Waren oder Devisen nach gleichartigen Bedingungen, die von beiden Seiten erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind (zeitliches Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft) und die zudem eine Beziehung zu einem Terminmarkt haben, der es ermöglicht, jederzeit ein Gegengeschäft abzuschließen (s. Senatsurteil in BFHE 254, 326, BStBl II 2018, 124, m.w.N.; s.a. BGH-Urteile vom 22. Oktober 1984 II ZR 262/83, BGHZ 92, 317; vom 16. April 1991 XI ZR 88/90, BGHZ 114, 177). *Nach wertpapier- bzw. bankrechtlichen Maßgaben ist das Termingeschäft ferner vom sog. Kassageschäft abzugrenzen* (z.B. BGH-Urteil vom 18. Dezember 2001 XI ZR 363/00, BGHZ 149, 294; vom 13. Juli 2004 XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58), *bei dem der Leistungsaustausch (Belieferung Zug um Zug gegen Bezahlung) sofort oder innerhalb der für diese Geschäfte üblichen Frist von zwei (Bankarbeits- oder Börsen-)Tagen zu vollziehen ist* (‘sofortige Erfüllung’). *Diese (Negativ-)Abgrenzung zum Termingeschäft* (z.B. Ebel, FR 2013, 882, 884) *wird auch bei der steuerrechtlichen Begriffsbestimmung herangezogen* (s. z.B. zum zertifikatbezogenen Kassageschäft BFH-Urteil in BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483; s.a. BFH-Beschluss vom 24. April 2012 IX B 154/10, BFHE 236, 557, BStBl II 2012, 454; Ebel, ebenda; Johannemann/Reiter, Deutsches Steuerrecht 2015, 1489, 1492 f.; Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach, § 15 EStG Rz 1541; Blümich/Bode, § 15 EStG Rz 655; Reiß in Kirchhof, EStG, 17. Aufl., § 15 Rz 418a; Beermann, EFG 2017, 418; Jochum in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rz D/3 12 und D/3 16: Maßgeblichkeit der Handelstechnik).“

Mit dieser im banktypischen Massengeschäft eingeübten Abgrenzungslinie wird an vertraute und beherrschbare Abgrenzungsansätze angeknüpft, was die Vollzugslasten mindert und zugleich erhöhte Einfachheit und Rechtssicherheit gewährleistet (s. bereits III. 1. f)). Auch wenn einzuräumen ist, dass damit – insbesondere bei ausländischen Produkten – nicht alle Abgrenzungsfragen ausgeräumt werden¹³⁶, so werden diese aber gegenüber einer individuellen Risikoanalyse im Steuerrecht erheblich reduziert. Die allein auf die Erfüllungsweise abstellende Qualifikation des Termingeschäfts gewinnt im steuerlichen Massenfallvollzug eine Trennschärfe, die die individuelle Risikowertung gerade vermissen lässt.

EStG/KStG/GewStG, § 20 EStG Rz. 368 (Mai 2019); Wacker, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 15 Rz. 902; näher Dahm/Hamacher, DStR 2014, 455 (456 f.).

¹³⁴ BFH, Urteil v. 6.7.2016 – I R 25/14, BStBl. II 2018, 124 – Rz. 32 m.w.N. zu § 15 Abs. 4 S. 3 EStG 1999.

¹³⁵ BFH, Urteil v. 21.2.2018 – I R 60/16, BStBl. II 2018, 637 – Rz. 21 (Hervorhebung durch Verf.).

¹³⁶ Dass es auch insoweit Graubereiche und Fehlerquellen gibt, soll nicht bestritten werden.

3. Vertretbarkeit der Ausklammerung von Optionsscheinen

Die dargelegten Gründe sprechen insbesondere für die vom BMF im Juni 2020 vorgeschlagene Änderung, dass Optionsscheine steuerrechtlich nicht zu den Termingeschäften gerechnet werden¹³⁷. Mit Blick auf die Verbriefung des Optionsscheins lässt sich mit der Rechtsprechung des BGH¹³⁸ das Vorliegen eines Kassageschäfts begründen. Die gleichzeitige Einordnung von Optionsscheinen als Börsentermingeschäfte a.F. durch die Rechtsprechung für zivilrechtliche Zwecke¹³⁹, die auch nur aufgrund konstitutiver Anordnung in § 50 Abs. 1 Satz 2 Börsengesetz 1989 erfolgte¹⁴⁰, machte Optionsscheine (als Kassageschäfte) steuerlich schon zu Zeiten des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. nicht zu Termingeschäften. Denn in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F. war ausdrücklich normiert, dass Optionsscheine als Termingeschäfte zu behandeln sind und dem Gesetzgeber die Differenzierung zwischen Kassa- und Termingeschäften damit offensichtlich bewusst war¹⁴¹.

Es ist zwar durchaus möglich, risikobehaftete Optionsscheine als steuerliches Termingeschäft i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG zu qualifizieren, wenn – entgegen der oben genannten Gründe – die steuerrechtliche Begriffsbestimmung anhand einer wertenden, individuellen Analyse des besonderen Schutzbedürfnisses des Anlegers erfolgt¹⁴². Allerdings lassen sich Optionsscheine auch unter Absenkung des Risikoniveaus derart ausgestalten, dass das Schutzbedürfnis des Anlegers gegen eine Qualifikation als steuerrechtliches Termingeschäft spricht. Die Flexibilität der Ausgestaltung und die damit verbundenen Unsicherheiten bei der Qualifikation gerade im Kapitalertragsteuerabzugsverfahren (s. III. 1. f)) sprechen daher insbesondere bei Optionsscheinen deutlich gegen einen individual-risikoorientierten Abgrenzungsansatz im steuerrechtlichen Massenverfahren.

Insgesamt sprechen darum gute Gründe dafür, dass sich die Finanzverwaltung bei Optionsscheinen nunmehr im oben beschriebenen Sinne positioniert¹⁴³. Ob diese Auslegung

¹³⁷ BMF (Entwurf), Rz. 9.

¹³⁸ BGH, Beschluss v. 25.10.1994 – XI ZR 43/94, NJW 1995, 321.

¹³⁹ Zur Qualifikation von Bandbreiten-Optionsscheinen als Börsentermingeschäfte BGH, Urteil v. 5.10.1999 – XI ZR 296/98, BGHZ 142, 345 – Rz. 13 ff.

¹⁴⁰ BGH, Urteil v. 13.10.1998 – XI ZR 26/98, NJW 1999, 720 – Rz. 19. Inzwischen hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH zum Börsentermingeschäft (§ 50 BörsG a.F.), die zwischen abgetrennten und selbständigen Optionsscheinen differenzierte, korrigiert (*Zimmer*, in *Schwark/Zimmer*, WpHG, 5. Aufl. 2020, § 99 Rz. 6).

¹⁴¹ *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (457).

¹⁴² Darum bereits ablehnend *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (456).

¹⁴³ Parallel dazu wäre in den Einkommensteuerrichtlinien ein entsprechender Hinweis zur Auslegung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG angezeigt, dass auch insoweit ein Optionsschein steuerrechtlich nicht als

die „einzig richtige Entscheidung“ ist¹⁴⁴, kann angesichts der aufgezeigten Auslegungsspielräume dahinstehen. Die allgemeinen Auslegungskriterien stecken den Rahmen noch vertretbarer Gesetzesauslegung ab. Wie weit die Auslegungskompetenzen reichen, hat das BVerfG in unionsrechtlichem Kontext unter dem Stichwort eines Anspruchs auf „Fehlertoleranz“¹⁴⁵ verdeutlicht, wonach der Auslegungsspielraum „erst bei einer offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung“¹⁴⁶ überschritten ist. Es verweist darauf, dass „Auslegungsfragen, ... auch bei methodengerechter Bewältigung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können“¹⁴⁷. Grenze der Auslegungshoheit der zuständigen Institution ist, dass sich die vertretene Auslegung „auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt“¹⁴⁸. Das ist aber – wie näher begründet – bei der Ausklammerung von Optionsscheinen aus dem Begriff des Termingeschäfts i. S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG der Fall.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es bei Optionsscheinen an einer eindeutigen steuerrechtlichen Klassifizierung durch den Gesetzgeber im Hinblick auf den Begriff des „Termingeschäfts“ fehlt. Das Gesetz ist insoweit auslegungsbedürftig und -fähig. Für die Auslegungsoffenheit des Begriffs „Termingeschäft“ spricht deutlich die jüngste Entscheidung des BFH. Wenn in dem entschiedenen Fall nur eine Auslegung für Optionsscheine aus seiner Sicht möglich und der Senat sich darüber einig wäre, hätte er die Frage nicht explizit offen lassen müssen¹⁴⁹.

IV. Auslegungssperren für die Erstinterpretation durch die Finanzverwaltung?

Der aufgezeigte Streit über die Auslegung des Begriffs des Termingeschäfts verdeutlicht die Breite des Spektrums vertretbarer Auslegungsergebnisse. Auch wenn sich die Rechtsprechung des BFH insoweit (noch) nicht festgelegt hat, ob Optionsscheine steuerrechtlich als Termingeschäft zu qualifizieren sind, spricht nichts dagegen, dass sich nunmehr die Finanzverwaltung im oben beschriebenen Sinne positioniert. Da der Auslegungsweg rechtmethodisch nicht versperrt ist, kann die Finanzverwaltung aus eigener

Termingeschäft zu qualifizieren ist, um – systematisch nicht gerechtfertigte (s. bereits III. 1. b)) Auslegungsdivergenzen zu vermeiden.

¹⁴⁴ Grundsätzlich gegen das Dogma der einzig richtigen Entscheidung *Seer*, Verständigungen in Steuerverfahren, 1996, S. 167 ff. m.w.N.

¹⁴⁵ Grundlegend BVerfG, Beschluss v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – Rz. 66.

¹⁴⁶ BVerfG, Urteil v. 21.6.2016 – 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123 – Rz. 149.

¹⁴⁷ BVerfG, Urteil v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, NJW 2020, 1647 – Rz. 112.

¹⁴⁸ BVerfG, Urteil v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, NJW 2020, 1647 – Rz. 112 m.w.N.

¹⁴⁹ BFH, Urteil v. 16.6.2020 – V III R 1/17, juris – Rz. 21.

Auslegungsbefugnis die Position des BMF-Entwurfes aus dem Juni 2020 einnehmen. Die Finanzverwaltung muss nicht auf eine erste BFH-Entscheidung oder den Gesetzgeber warten.

Die letztlich verbindliche Rechtsauslegung steht unzweifelhaft den zuständigen Fachgerichten zu¹⁵⁰. Zuvor bedarf es keiner authentischen oder gar autoritativen Auslegungsanleitung durch den Gesetzgeber¹⁵¹. Die Auslegung des Gesetzes ist Aufgabe des Rechtsanwenders. Dabei hat die Verwaltung funktional (im Gewaltenteilungsschema) und in der zeitlichen Abfolge die Rolle als Erstinterpret des Gesetzes¹⁵². Dagegen ist die weitere Rolle der Ministerialverwaltung als Gesetzesinitiator und -präparator allein zukunftsgerichtet. Primär ist die Finanzverwaltung zur Anwendung und Auslegung des gesetzten Rechts berufen. Dabei sind die Finanzbehörden – über die Rechtskraftwirkung (§ 110 Abs. 1 FGO) hinaus – de jure nicht an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden¹⁵³. Schon aus diesem Grunde besteht für die Finanzverwaltung trotz der endgültigen Auslegungshoheit der (Finanz-)Gerichte keine Pflicht zum Abwarten auf eine höchstrichterliche Klärung.

Umgekehrt steht dem Gesetzgeber als 1. Gewalt natürlich rechtspolitisch die „Schaffung eines spezifischen einkommensteuerrechtlichen Begriffs des Termingeschäfts“ offen, der zum Teil gefordert wird¹⁵⁴. Allerdings darf diese in der Demokratie immer bestehende politische Möglichkeit nicht mit der Notwendigkeit eines Handelns des Gesetzgebers gleichgesetzt werden¹⁵⁵. Der Umgang mit auslegungsbedürftigen Normen ist Tagesgeschäft und normale Aufgabe der gesetzumsetzenden 2. und 3. Gewalt. Nicht jede Verbesserung oder Klarstellung des Gesetzes ist auch legislatorische Pflicht. Bislang hat der BFH immer Wege gefunden, den Begriff Termingeschäft trotz seiner Offenheit auszulegen (s. II. u. III.). Verfassungsrechtliche Zweifel am Gesetzestatbestand hat er bislang nicht aufgegriffen. Darum besteht aus seiner Sicht auch kein legislatorischer Handlungsbedarf.

Da der BFH bislang die Position der Finanzverwaltung zu Optionsscheinen weder klar bestätigt noch verworfen hat, bleibt die „richtige“ Auslegung des geltenden Gesetzes die erste Aufgabe

¹⁵⁰ BVerfG, Beschluss v. 21.7.2010 – 1 BvR 2530/05, 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06, BVerfGE 126, 369 (392): „Zur verbindlichen Auslegung einer Norm ist letztlich allein die rechtsprechende Gewalt berufen, die gemäß Art. 92 GG den Richtern anvertraut ist“.

¹⁵¹ BVerfG, Beschluss v. 21.7.2010 – 1 BvR 2530/05, 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06, BVerfGE 126, 369 (392) betont, dass selbst wenn der Gesetzgeber nach der Gesetzesbegründung eine „Befugnis des Gesetzgebers zur authentischen Interpretation“ in Anspruch nimmt, diese für die rechtsprechende Gewalt nicht verbindlich ist.

¹⁵² Allerdings ohne „Interpretationsprimat“ (*Seer, Verständigungen in Steuerverfahren*, 1996, S. 245).

¹⁵³ Umfassend *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung: Bedingungen und Grenzen für Nichtanwendungserlasse, 2011; zuletzt *Englisch*, in *Tipke/Lang, Steuerrecht*, 24. Aufl. 2021, Rz. 5.37 m.w.N.

¹⁵⁴ So *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (461).

¹⁵⁵ Anders aber *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (461).

der Finanzverwaltung.

V. Fazit

Insgesamt ist als Ergebnis festzuhalten, dass die vom BMF im Entwurf aus dem Juni 2020 vertretene Rechtsauslegung rechtsmethodisch nicht zu beanstanden ist. Auch wenn einzuräumen ist, dass die Ausnahme von Optionsscheinen aus dem Begriff des Termingeschäfts i. S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG nicht zwingend ist, so sprengt sie aber keineswegs den Rahmen zulässiger Gesetzesauslegung. Die Finanzverwaltung muss insbesondere im Hinblick auf Optionsscheine weder auf eine Klärung der Auslegungsfrage durch den BFH warten, noch insoweit eine Gesetzesänderung initiieren. Die Auslegung des vom BFH bereits mehrfach als auslegungsbedürftig und -fähig eingestuften Begriffs des Termingeschäfts gehört zu den Aufgaben der Exekutive als Erstinterpretin des Gesetzes. Dabei kann die Finanzverwaltung auch eine neue Auslegung vertreten, sofern sich die gewählte Auslegung auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt. Gerade hinsichtlich der Qualifikation von Optionsscheinen ist das Gesetz nach dem Wegfall der gesetzlichen Zuordnung als steuerliche Termingeschäfte in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F. deutungsoffen. Die – aufgezeigten – guten Gründe sprechen dafür, Optionsscheine wie vom BMF im Entwurf des Schreibens zur Abgeltungsteuer vom Juni 2020 vorgesehen, aus dem Begriff der Termingeschäfte auszuklammern.

Für die grundsätzliche Orientierung an der im Anlegerschutz- und Kapitalmarktaufsichtsrecht lange eingeübten Differenzierung zwischen Termin- und Kassageschäften sprechen im Steuerrecht und vor allem bei der Kapitalertragsteuer (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 EStG) sowohl pragmatische als auch die angebrachten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte. Die Ausfüllung des offenen steuerrechtlichen Begriffs „Termingeschäft“ braucht im steuerlichen Massenfallgeschäft einen Halt, um sich nicht in Zufall und Beliebigkeit zu verlieren. Gerade wegen des Steuervollzuges im Abzugsverfahren ist eine Beschränkung von Termingeschäften auf Geschäfte geboten, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswertes ableitet.

Dagegen erscheint eine komplett eigenständige steuerrechtliche Bestimmung des Begriffs des Termingeschäfts mangels eigener Kriterien zur Risikoeinschätzung der Geschäfte weder möglich noch zielführend. Ein typologisches Begriffsverständnis anhand einer wertenden, individuellen Analyse des besonderen Schutzbedürfnisses des Anlegers wäre im Steuerrecht sach- und zweckwidrig und würde die Vollzugsadressaten strukturell überfordern.

Der Ruf nach dem Gesetzgeber, die Besteuerung von Termingeschäften zu präzisieren oder gänzlich neu auszurichten¹⁵⁶, ist rechtspolitisch nachvollziehbar. Solange aber das Gesetz nicht geändert oder als verfassungswidrig „kassiert“ wird, können Verwaltung und Rechtsprechung nicht darauf warten, sondern müssen das Gesetz anwenden. Dazu bedarf es im Steuerabzugsverfahren gleichheitsgerechter Vollzugsvorgaben und -hilfen durch die Finanzverwaltung.

München, im Februar 2021

gez. Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen

¹⁵⁶ Dazu *Dahm/Hamacher*, DStR 2014, 455 (461).