

Deutscher Derivate Verband · Pariser Platz 3 · 10117 Berlin

An den Vorsitzenden des Finanzausschusses  
des Deutschen Bundestages  
Dr. Volker W i s s i n g  
An die Mitglieder des Finanzausschusses  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

15. September 2010

**Öffentliche Anhörung zu dem Entwurf des Jahressteuergesetzes 2010  
BT-Drucksache 17/2249**

**hier: Art. 1 Ziff. 11 (§ 20 EStG)**

**Berücksichtigung von Verfall und Barausgleich bei Termin- und  
Stillhaltergeschäften**

Sehr geehrter Herr Dr. Wissing,  
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

wir danken Ihnen für die Einladung zur öffentlichen Anhörung zu dem Entwurf des Jahressteuergesetzes 2010 und für die Gelegenheit, zu diesem Gesetzentwurf Stellung zu nehmen.

Die Abgeltungsteuer erfasst in § 20 EStG eine Reihe von Tatbeständen, die zuvor in verschiedenen Normen des Einkommensteuergesetzes geregelt waren. Dabei ist mit der Neufassung des Gesetzes zum 1. Januar 2009 allerdings nicht nur eine redaktionelle Aufarbeitung erfolgt. Vielmehr ist auch eine qualitativ andersartige Besteuerungssystematik entstanden, da dem Bereich der sonstigen Einkünfte zugehörige Regelungen (Stillhaltergeschäfte i.S.d. § 22 Nr. 3 EStG a.F., Veräußerungsgeschäfte i.S.d. § 23 Satz 1 Nr. 2 EStG a.F. und Termingeschäfte i.S.d. § 23 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F.) den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet worden sind.

Nach der seit dem 1. Januar 2009 geltenden Systematik soll das wirtschaftliche Ergebnis einer Kapitalanlage die Grundlage der Besteuerung bilden. Bisherige dogmatische Ansätze treten demgegenüber zurück.

Deutscher Derivate Verband e.V.

Geschäftsstelle Berlin  
Pariser Platz 3  
10117 Berlin

Telefon +49 (30) 4000 475 - 0  
Telefax +49 (30) 4000 475 - 66

Geschäftsstelle Frankfurt  
Feldbergstraße 38  
60323 Frankfurt a.M.

Telefon +49 (69) 244 33 03 - 60  
Telefax +49 (69) 244 33 03 - 99

info@derivateverband.de  
www.derivateverband.de

Vorstand

Stefan Armbruster  
Dr. Hartmut Knüppel  
Jan Krüger  
Klaus Oppermann  
Rupertus Rothenhäuser

Geschäftsführung

Dr. Hartmut Knüppel  
Lars Brandau

Bankverbindung

HypoVereinsbank  
Konto 605 846 670  
BLZ 503 201 91

So heißt es in der Begründung zu Nr. 32 des Entwurfs eines Jahressteuergesetzes 2009<sup>1</sup>:

*„Eine theoretisch mögliche Unterscheidung zwischen Ertrags- und Vermögensebene – die im Rahmen der Abgeltungssteuer für neu angeschaffte Kapitalanlagen ohnehin wegfällt – und eine nur teilweise Kapitalgarantie sind hingegen unbeachtlich ... „*

Hieraus wird deutlich, dass das Steuerrecht nunmehr für die Einkünfte aus Kapitalvermögen eine umfassende, auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gerichtete Sichtweise einnimmt und ganz offenbar von früheren Vorstellungen grundsätzlich abbrückt.

Dies liegt auch auf der Linie des Bundesverfassungsgerichts, das – schon zum alten Recht – in dem Beschluss vom 7. Juli 2010<sup>2</sup> unterstrichen hat, dass die Einkunftsermittlung bei den privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 EStG den Gesetzmäßigkeiten einer Gewinneinkunftsart folgt<sup>3</sup>. Da diejenigen Teile des § 23 EStG, die sich auf Finanzinstrumente beziehen, durch die Abgeltungsteuer in die Einkünfte aus Kapitalvermögen einbezogen wurden, muss Gleiches demzufolge nun auch dort gelten.

Entgegen dieser Gesetzmäßigkeiten existieren jedoch insbesondere zwei bedeutende Fallbereiche, bei denen die beschriebenen Grundsätze derzeit durch die Verwaltung nicht konsequent angewendet werden. Es bedarf daher insoweit der gesetzgeberischen Klarstellung, denn die diesbezüglichen Ergebnisse sind nicht nur steuerrechtlich inkonsequent, sondern unter Umständen auch wirtschaftlich verheerend.

## **1. Berücksichtigung des Verfalls von Optionen beim Berechtigten**

Der Verfall einer Option ist nach Auffassung der Finanzverwaltung sowohl unter der bis zum 31.12.2008 geltenden Rechtslage<sup>4</sup> als auch unter dem Geltungsbereich der Abgeltungssteuer<sup>5</sup> beim Privatanleger ertragsteuerlich unbeachtlich; die Anschaffungskosten seien der nicht steuerbaren Vermögensebene zuzuordnen. Dabei will sie sich auch auf die Rechtsprechung des BFH<sup>6</sup> stützen, der sich allerdings nur zur

---

<sup>1</sup> BT-Drucksache 16/10189 v. 02.09.2008.

<sup>2</sup> BVerfG Beschluss vom 07.07.2010 2 BvL 14/02; 2 BvL 2 /04; 2 BvL 13/05.

<sup>3</sup> vgl. dort nur Rn. 67 ff.

<sup>4</sup> BMF-Schreiben vom 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, Tz. 18, 23.

<sup>5</sup> BMF-Schreiben vom 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94, Tz. 27, 32.

<sup>6</sup> etwa BFH Urteil vom 09.10.2008, Az. IX R 69/07, BFH/NV 2009, 152.

„alten“ Rechtslage und noch nicht zu allen Erscheinungsformen geäußert hat.

Während Verluste, die der Berechtigte aus der Glattstellung eines Optionsgeschäftes erleidet, steuerlich abzugsfähig sind, soll dies bei Verlusten, die auf Seiten des Berechtigten aus dem Verfall entstehen, nicht der Fall sein. Das ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Erfordernisses einer Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nicht nachvollziehbar, da beide Vorgänge wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis führen. Der Steuerpflichtige wird durch diese Differenzierung in die Glattstellung „getrieben“, um die steuerliche Abzugsfähigkeit seiner Verluste zu erreichen. Letztere hätte zudem zur Folge, dass bei an Terminbörsen getätigten Glattstellungsgeschäften zusätzlich Transaktionskosten entstehen, die den Verlust noch erhöhen. Nach einer Auffassung setzt der Berechtigte sich u.U. sogar dem Vorwurf des Missbrauchs aus<sup>7</sup>.

Die Auffassung der Finanzverwaltung führt dazu, dass Anleger zwar mit ihrem positiven Einkünften aus Optionen und anderen Anlageinstrumenten der Einkommensteuer unterworfen werden, dass aber Verluste aus gleichartigen Titeln unberücksichtigt bleiben, wenn bei diesen ein derartiger Verfall eingetreten ist.

Dabei geht es keineswegs darum, jede Art des Verfalls steuerlich zu berücksichtigen – also insbesondere nicht denjenigen, der aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit des Schuldners eintritt – sondern nur solche Werteinbußen, die aufgrund der Systematik eines solchen Instruments in den Bedingungen festgehalten sind.

Wir regen daher an, in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG hinter dem Wort „Abtretung“ die folgenden Worte einzufügen:

*“der Verfall, soweit er nicht auf dem Ausfall des aus dem Vertrag Verpflichteten beruht,“*

## **2. Verluste des Stillhalters aus nach Ausübung gezahltem Barausgleich**

Die Erfüllung durch Barausgleich ist bei Indexoptionen vertraglich vorgesehen, kann aber auch bei anderen Arten von Optionen vereinbart werden.

---

<sup>7</sup> OFD Münster, Kurzinformation vom 13.07.2009, Kurzinformation ESt Nr. 021/2009, DStR 2009, 1757.

Auch der von dem Verpflichteten nach Ausübung der Option gezahlte Barausgleich soll unter dem bis zum 31.12.2008 geltenden Recht<sup>8</sup>, wie auch unter der Abgeltungsteuer<sup>9</sup>, steuerlich unbeachtlich sein. Demgegenüber ist ein nach Glattstellung des Kontraktes gezahlter Barausgleich nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 2. Halbsatz EStG als negativer Kapitalertrag zu qualifizieren. Dass auch in diesem Fall nicht nachvollziehbar ist, die steuerliche Anerkennung nur im Fall der Glattstellung erreichen zu können, die bei börsengehandelten Optionen mit zusätzlichen Kosten verbunden ist, liegt aus den zu 1. genannten Gründen auf der Hand.

Hinzu kommt Folgendes: In dem (zur Rechtslage bis zum 31.12.2008 ergangenen) Urteil vom 13.02.2008<sup>10</sup> hat der BFH zwar einerseits seine bisherige Rechtsprechung bestätigt. In der Folge schränkt er sie aber dahingehend ein, dass mit dem Inkrafttreten der Abgeltungsteuer eine Änderung der Rechtslage in dem Sinne eingetreten ist, dass Vermögensminderungen aus Stillhaltergeschäften künftig generell steuerlich zu berücksichtigen sind. Bekräftigt wird diese Aussage zusätzlich durch die zu dem Urteil ergangene Pressemitteilung 37/08 vom 09.04.2008.

Um auch hier das gesetzgeberisch Gewollte klarzustellen, regen wir an, § 20 Abs. 1 Nr. 11 2. Halbsatz EStG wie folgt zu fassen:

„schließt der Stillhalter ein Glattstellungsgeschäft ab *oder leistet er bei Ausübung der Optionen einen Barausgleich*, mindern sich die Einnahmen aus den Stillhalterprämien um die im Glattstellungsgeschäft gezahlten Prämien *bzw. die Ausgleichszahlungen*“.

### 3. Anwendungsregelung

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 2010 hat verdeutlicht, dass die Belastungsentscheidung des Gesetzgebers konsequent durchgeführt werden muss. Ist § 20 Abs. 1 Nr. 11, Abs. 2 Satz 2 EStG in der Fassung der Abgeltungsteuer, wie schon nach früherem Recht auch § 23 EStG, Ausprägung einer Gewinnermittlungssystematik, so müssen die hieraus zu ziehenden Konsequenzen (vgl. oben 1 und 2) in allen noch offenen Steuerfällen zur Anwendung gebracht werden.

---

<sup>8</sup> BMF-Schreiben vom 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, Tz. 27.

<sup>9</sup> BMF-Schreiben vom 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94, Tz. 26, 34.

<sup>10</sup> BFH Urteil vom 13.02.2008, Az. IX R 68/07, BStBl. I 2008, 522.

Wir wären Ihnen sehr verbunden, wenn Sie unsere Petiten, die wir im Sinne der Privatanleger vorbringen, im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens aufgreifen würden.

Für weitere Rückfragen steht Ihnen gerne auch Herr Rolfjosef Hamacher (hamacher@axis.de, Tel. 0221 / 474 - 3483) zur Verfügung, der im Übrigen den DDV bei der Anhörung am 29. September 2010 mit vertreten wird.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Hartmut Knüppel  
Geschäftsführender Vorstand



Ronny Klopffleisch  
Vorsitzender des Steuerausschusses