

Noah Rauth
Universität Heidelberg
Juristische Fakultät
6. Fachsemester

Heidelberg, den 26.04.2022

**Capital Gains Taxation and Cryptocurrencies –
Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Kryp-
towährungen**

Sommersemester 2022

Professor Dr. Ekkehart Reimer

Professor Dr. Hanno Kube, (LL.M. Cornell)

**Seminararbeit zum Thema: Besteuerung von Einkommen aus
der Ausübung oder der Veräußerung von Derivaten mit Kryp-
towährungen als Basiswert**

Literaturverzeichnis

<i>Aigner, Philipp / Balbinot, Chiara</i>	Die Besteuerung des Stillhalters von Optionsgeschäften nach § 20 EStG, Aufgabe der Trennungstheorie mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 (UntStRefG 2008)?, in: DStR 2015, S. 198 ff.
<i>Albrecht, Julian / John, David</i>	Die einkommensteuerliche Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung bei Investitionen in Kryptotoken – Bewährte Grundsätze in einem neuen Kontext, in: FR 2019, S. 393 ff.
<i>Bachmann, Carmen / Seifert, Christopher</i>	Steuerliche Verlustverrechnung bei privaten Kapitalanlagen – Die aktuelle Gesetzeslage am Beispiel von Wirecard-Aktionären, in: DStR 2021, S. 1 ff.
<i>Bock, Torsten</i>	Die Steuerbarkeit von Inhaberschuldverschreibungen auf Lieferung einer Sachleistung am Beispiel von Xetra-Gold – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Sächsischen Finanzgerichts vom 27.3.2014 – 1 K 1406/13, in: DStR 2014, S. 2102 ff.
<i>Bogenschütz, Eugen</i>	Ertragsteuerliche Besonderheiten von Derivaten, in: Steuerzentrierte Rechtsberatung, Festschrift für Harald Schaumburg zum 65. Geburtstag, hrsg. von: <i>Spindler, Wolfgang; Tipke, Klaus; Rödder, Thomas</i> ; S. 209 ff. Köln 2009
<i>Boos, Karl-Heinz [Hrsg.] / Fischer, Reinfried [Hrsg.] / Schulte-Mattler, Hermann [Hrsg.]</i>	KWG, CRR-VO, Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, Band 1 5. Aufl., München 2016
<i>Bordewin, Arno [Begr.] / Brandt, Jürgen [Hrsg.]</i>	Einkommensteuergesetz, Kommentar Band 5: §§ 15 – 20 EStG 443. EL, Heidelberg Februar 2022

<i>Brandis, Peter [Hrsg.] / Heuermann, Bernd [Hrsg.]</i>	Ertragsteuerrecht, Kommentar Band 2: §§ 9 – 25 EStG 160. EL, München Dezember 2021
<i>Bron, Jan F.</i>	Übermaßbesteuerung durch neue Verrechnungsbeschränkungen für Verluste aus Kapitalanlagen (§ 20 Abs. 6 EStG), in: BB 2020, S. 535 ff.
<i>Carlé, Thomas / Winkler, Claas</i>	Führt das sog. Bitcoin-Lending im Zusammenhang mit einer späteren Veräußerung dazu, dass die Haltefrist nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG anzuwenden ist?, in: DStZ 2021, S. 882 ff.
<i>Casper, Matthias / Pfingsten, Andreas / Stromann, Bastian</i>	Wetten auf den Ausgang einer staatlich organisierten Lotterie – ein aufsichtspflichtiges Derivat?, in: ZBB Bd. 32 (2020), S. 87 ff.
<i>Claussen, Carsten Peter [Begr.]</i>	Bank- und Börsenrecht, für Studium und Praxis 5. Aufl., München 2008
<i>Cornelius, Eike / Hoffmann, Sarah</i>	Neue Verlustbeschränkungen für den Privatanleger, in: ErbStB 2020, S. 225 ff.
<i>Dahm, Joachim / Hamacher, Rolfjosef</i>	– Termingeschäfte und Abgeltungsteuer, in: DStR 2008, S. 1910 ff. – Termingeschäfte im EStG – Eine Besteuerungsruine?, in: DStR 2014, S. 455 ff. – Termingeschäfte im Steuerrecht, Optionsgeschäfte und Futures steuerrechtlich beraten und einordnen 2. Aufl., Wiesbaden 2014
<i>Dahm, Joachim / Hoffmann, Daniel</i>	Die neue Beschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 S. 5 und 6 EStG – Schlimmer geht immer!, in: DStR 2020, S. 81 ff.
<i>Dinkelbach, Andreas / Briesemeister, Simone</i>	Diskriminierung privater Kapitalanlagen durch Verlustausgleichsverbote – Drastische Verschärfung durch § 20 Abs. 6 Satz 5 und 6 EStG ab Vz. 2020/21, in: DB 2020, S. 579 ff.

<i>Drüen, Klaus-Dieter</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Kapitalverluste nur für „Kleinanleger“? – Zur Verfassungswidrigkeit der Beschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 Satz 5 f. EStG, in: FR 2020, S. 663 ff. – Das steuerrechtliche Termingeschäft als “Nicht-Kassageschäft”, in: BB 2021, S. 1175 ff.
<i>Ebel, Thomas</i>	Verluste aus Termingeschäften im Betriebsvermögen – Grenzen des Derivateinsatzes gem. § 15 Abs. 4 Sätze 3-5 EStG, in: FR 2013, S. 882 ff.
<i>Englisch, Joachim</i>	Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungssteuer, in: StuW 2007, S. 221 ff.
<i>Frey, Michael / Schober, Franz</i>	Ausgewählte Fragen der Besteuerung von Kapitalanlagen - Ein aktueller Überblick, in: DStR 2021, S. 2674 ff.
<i>Gsell, Beate [Hrsg.] / Lorenz, Stephan [Hrsg.] et al.</i>	Beck-online.Grosskommentar zum Zivilrecht § 793 BGB: München, Stand: 01.01.2022
<i>Habersack, Mathias [Hrsg.] / Mülbert, Peter [Hrsg.] / Schlitt, Michael [Hrsg.]</i>	Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt 4. Aufl., Köln 2019
<i>Haisch, Martin</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Besteuerung von Finanzprodukten unter der Abgeltungssteuer, in: DStZ 2007, S. 762 ff. – Besteuerung von Contracts for Difference im Privatvermögen – Zugleich ein Beitrag zur Derivatebesteuerung ab 2009, in: DStZ 2010, S. 61 ff.
<i>Haisch, Martin / Danz, Thilo</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Grundsätze der Besteuerung von Zertifikaten im Privatvermögen, in: DStR 2005, S. 2108 ff. – Verluste aus Termingeschäften im Betriebsvermögen – Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 23.9.2005, in: DStZ 2005, S. 850 ff.
<i>Helios, Marcus / Philipp, Moritz</i>	Besteuerung von Optionsgeschäften im Abgeltungssteuersystem – Gestaltungsmissbrauch bei der Veräußerung von faktisch wertlosen Optionsscheinen?, in: BB 2010, S. 95 ff.

<i>Herrmann, Carl [Hrsg.] / Heuer, Gerhard [Hrsg.] / Raupach, Arndt [Hrsg.]</i>	Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar Band VI: §§ 19 – 32d EStG 309. EL, Köln Februar 2022
<i>Hopt, Klaus [Hrsg.] / Seibt, Christoph H. [Hrsg.]</i>	Schuldverschreibungsrecht Köln 2017
<i>Hull, John</i>	Options, futures, and other derivatives 9. Aufl., Harlow 2018
<i>Jachmann-Michel, Monika</i>	– Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte – Neues ab 2020 Stuttgart [u.a.] 2021 – Neue Verlustverrechnungsbeschränkungen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, in: jM 2020, S. 120 ff. – Reformfragen der Abgeltungssteuer, in: Reformfragen des deutschen Steuerrechts, hrsg. von: <i>Schön, Wolfgang; Schindler, Jonathan</i> ; S. 31 ff. Berlin 2020
<i>Johannemann, Ulf</i>	Die Besteuerung von Aktienswaps, in: BB 2004, S. 2438 ff.
<i>Kanders, Thomas / Thonemann-Mi- cker, Susanne / Gräfe, Maren</i>	Geschäfte mit Kryptowährungen – Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und privater Vermö- gensverwaltung und weitere Problemstellungen aus Anlegerperspektive, in: ErbStB 2018, S. 145 ff.
<i>Kirchhof, Gregor [Hrsg.] / Kulosa, Eg- mont [Hrsg.] / Ratschow, Eckart [Hrsg.]</i>	Einkommensteuergesetz, Kommentar Band 2: §§ 9 – 25 EStG München 2020
<i>Kirchhof, Paul [Hrsg.] / Seer, Roman [Hrsg.]</i>	Einkommensteuergesetz, Kommentar 21. Aufl., Köln 2022

<i>Knoblauch, Matthias</i>	Verlustberücksichtigung bei Veräußerung „beinahe“ wertloser Wertpapiere – Kritische Anmerkung zur Ergänzung des Veräußerungsbegriffs in Rz. 59 des BMF-Schreibens vom 9. 10. 2012, IV C 1 - S 2252/10/10013, in: DStR 2013, S. 798 ff.
<i>Korn, Klaus [Hrsg.] et al.</i>	Einkommensteuergesetz, Kommentar § 20 EStG: 135. EL September 2017 Bonn [u.a.] 2000
<i>Krauß, Wilfried W. / Blöchle, Daniel</i>	Einkommensteuerliche Behandlung von direkten und indirekten Investments in Kryptowährungen, in: DStR 2018, S. 1210 ff.
<i>Krüger, Fabian</i>	Kryptowährungen: Gewinne aus Token-Verkäufen als Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften, in: BB 2018, S. 1887 ff.
<i>Lademann, Fritz [Begr.]</i>	Kommentar zum Einkommensteuergesetz Band 7: §§ 18 – 22a EStG 265. EL, Stuttgart [u.a.] Oktober 2021
<i>Lippross, Otto-Gerd [Hrsg.] / Seibel, Wolfgang [Hrsg.]</i>	Basiskommentar Steuerrecht 130. EL, Köln Februar 2022
<i>Littmann, Eberhard [Begr.] / Bitz, Horst [Hrsg.] / Pust, Hartmut [Hrsg.]</i>	Das Einkommensteuerrecht, Kommentar zum Einkommensteuerrecht Band 4: §§ 15a – 20 EStG 156. EL, München Februar 2022
<i>Lynch, Timothy E.</i>	Derivatives: A Twenty-First Century Understanding, in: Loyola University Chicago Law Journal Volume 43, Issue 1 (Fall 2011), S. 1 ff.
<i>Moritz, Joachim / Strohm, Joachim</i>	Besteuerung von Investitionen in virtuelle Währungen bei privaten Kapitalanlegern, in: DB 2018, S. 3012 ff.
<i>Philipowski, Rüdiger</i>	Vereinnahmte Stillhalterprämien: Gezahlter Barausgleich nicht abziehbar?, in: DStR 2010, S. 2283 ff.

<i>Sanning, Dajo</i>	Die Vermessung des Krypto Gewerbes - von Schürfern, Händlern und anderen Stakeholdern, in: FR 2022, S. 244 ff.
<i>Schlund, Albert / Pongratz, Hans</i>	Distributed-Ledger-Technologie und Kryptowährungen – eine rechtliche Betrachtung, in: DStR 2018, S. 598 ff.
<i>Schmidt, Ludwig [Hrsg.]</i>	Einkommensteuergesetz, Kommentar 41. Aufl., München 2022
<i>Schmittmann, Peter / Wepler, Axel</i>	Voraussetzungen der Verlustausgleichsbeschränkung bei Termingeschäften im Betriebsvermögen, in: DStR 2001, S. 1783 ff.
<i>Schwark, Eberhard [Hrsg.] / Zimmer, Daniel [Hrsg.]</i>	Kapitalmarktrechts-Kommentar 5. Aufl., München 2020
<i>Sixt, Michael</i>	Die bilanzielle und ertragsteuerliche Behandlung von Token beim Investor, in: DStR 2019, S. 1776 ff.
<i>Sorgenfrei, Ulrich</i>	Zur Neuregelung der Besteuerung von Verlusten aus betrieblichen Termingeschäften, in: DStR 1999, S. 1928 ff.
<i>Tipke, Klaus [Begr.] / Lang, Joachim [Begr.]</i>	Steuerrecht 24. Aufl., Köln 2021
<i>Weber-Grellet, Heinrich</i>	Die Funktion der Kapitalertragsteuer im System der Abgeltungsteuer (Teil II), in: DStR 2013, S. 1412 ff.
<i>Weiss, Martin</i>	Der neue § 20 Abs. 6 EStG – Ausweitung der Einschränkungen der Verlustverrechnung, in: EStB 2020, S. 64 ff.
<i>Weißbrodt, Jan / Michalke, Dirk</i>	Die sonstige Kapitalforderung i. S. von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, in: DStR 2012, S. 1533 ff.
<i>Zerey, Jean-Claude [Hrsg.]</i>	Finanzderivate, Rechtshandbuch 4. Aufl., Baden-Baden 2016

Abkürzungsverzeichnis

Die Bedeutungen der verwendeten Abkürzungen können den Abkürzungen in „Kirchner, Hildebert [Begr.] / Böttcher, Eike [Bearb.] – Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., Berlin 2021“ entnommen werden.

Gliederung

I. EINLEITUNG	1
II. BEGRIFF DES (FINANZ-)DERIVATS	1
1. Unbedingte Termingeschäfte	2
2. Bedingte Termingeschäfte	3
3. Derivative Kassageschäfte	3
III. EINKUNFTSARTEN DER GEWINNE AUS DEM HANDEL MIT DERIVATEN MIT KRYPTOWÄHRUNGEN ALS BASISWERT	3
1. Einkünfte aus Kapitalvermögen, § 20 EStG	4
a) <i>Futures</i> bzw. <i>Forwards</i> , <i>Swaps</i> und Optionen.....	4
aa) § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG	4
(i) <i>Futures</i> und <i>Forwards</i>	4
(ii) <i>Swaps</i>	5
(iii) Optionen	6
bb) § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b EStG.....	7
b) Stillhalterprämien, § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG	7
aa) Glattstellung	7
bb) Optionsausübung.....	8
(i) Barausgleich.....	8
(ii) Lieferung des Basiswertes	9
c) Kombinationsgeschäfte	10
d) <i>Contracts for Difference</i> (CFDs)	10
e) <i>Perpetual Futures</i> bzw. <i>Swaps</i>	11
f) Zertifikate und Optionsscheine.....	11
aa) Verhältnis zwischen § 20 Abs. 1 Nr. 7 und § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG	12
bb) Termingeschäft i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG.....	12
(i) Abgrenzung zum Kassageschäft.....	13
(ii) Typusbegriff	14
(iii) Auslegung des Begriffes „Termingeschäft“	14
cc) Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.....	17
dd) Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 bzw. Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG	18
(i) Verfall von <i>Knock-out</i> -Zertifikaten	18
(ii) Verfall von Optionsscheinen und wertloser Verkauf	21

2. Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften, §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG.....	21
3. Einkünfte aus Gewerbebetrieb § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG.....	22
a) Abgrenzung im Bereich des Derivatehandels	22
b) Besonderheiten bei Kryptowährungen als Basiswert?.....	22
IV. KONSEQUENZ DER EINORDNUNG.....	23
1. Wertungswidersprüche innerhalb des § 20 EStG	24
2. Wertungswidersprüche zu gewerblichen Einkünften.....	24
3. Wertungswidersprüche zu privaten Veräußerungsgeschäften.....	25
V. FAZIT	25

I. Einleitung

Finanzderivate sind seit jeher von erheblicher Bedeutung für die Kapitalmärkte. So betrug allein das Volumen derivativer Wertpapiere in Deutschland Anfang 2022 nach Angaben des Deutschen Derivate Verbandes ungefähr 73,4 Milliarden Euro.¹ Diese Relevanz von Derivaten gepaart mit der steigenden Bedeutung von Kryptowährungen am Finanzmarkt führen dazu, dass der Handel mit Derivaten mit Kryptowährungen als Basiswert keine Seltenheit mehr ist: Beispielsweise zeichnet sich seit Mitte 2019 in Deutschland ein rapider Anstieg der emittierten Zertifikate mit Krypto-Assets als Basiswert ab.² Es ist demnach von einer hohen Summe einkommensteuerrechtlich relevanter Gewinne und Verluste aus dem Handel mit Derivaten auf Kryptowährungen auszugehen. Zudem kommen immer wieder neue steuerrechtliche Fragen im Kontext mit derivativen Finanzinstrumenten sowie Kryptowährungen auf. Unlängst hat das BMF deshalb ein Schreiben zur Klärung steuerlicher Fragen in Zusammenhang mit Derivaten³ sowie einen Entwurf zur Behandlung steuerrechtlicher Probleme im Zusammenhang mit Kryptowährungen⁴ veröffentlicht. Aufgrund dieser Relevanz und Aktualität der Fragen zur Besteuerung von Derivaten mit Kryptowährungen als Basiswert wird diese Arbeit die einkommensteuerrechtliche Behandlung der Kapitalerträge aus diesen Geschäften nach der aktuell gültigen Gesetzesfassung untersuchen. Insbesondere wird dabei die Einordnung in die einzelnen Tatbestände des § 20 EStG vorgenommen, eine Abgrenzung zu anderen denkbaren Einkunftsarten vorgenommen und das bestehende System kritisch hinterfragt.

II. Begriff des (Finanz-)Derivats

Freilich ist bereits der Begriff des (Finanz-)Derivats nur schwer zu erfassen. Einen spezifisch steuerrechtlichen Derivatebegriff gibt es nicht. Um zu ermitteln, wie die Lebenssachverhalte am Kapitalmarkt steuerrechtlich behandelt werden, die dort als Derivate verstanden werden, muss deshalb auf ökonomische Begriffsverständnis abgestellt werden.

¹ <https://www.derivateverband.de/DEU/Statistiken/Marktvolumen>, Marktstatistiken Januar 2022, S. 3.

² BaFin, Marktbefragung zu Derivaten mit Krypto-Assets als Basiswert, VBS 7-Wp 5465-2019/0002, Rn. 7.

³ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85.

⁴ BMF, Entwurf v. 17. Juni 2021, Einzelfragen zur ertragsteuerrechtlichen Behandlung von virtuellen Währungen und von Token.

Nach *Hull* können Derivate im ökonomischen Sinne wie folgt definiert werden: „*A derivative can be defined as a financial instrument whose value depends on (or derives from) the values of other, more basic, underlying variables.*“⁵ Dieser Basiswert (*underlying*) kann nahezu jede Bezugsgröße wie Aktienkurse, Warenwerte oder Kurse von Kryptowährungen sein. Diese Definition wird aber oftmals als zu weit erachtet, erfasst sie doch bspw. auch Aktien, die nach dem allgemeinen Begriffsverständnis von Derivaten nicht erfasst sein sollen.⁶ Präziser lassen sich Derivate deshalb nach *Lynch* wie folgt definieren: „*Derivatives are simply contracts between two counterparties in which the payoffs to and from each counterparty depend on the outcome of one or more extrinsic, future, uncertain events and/or metrics and in which each counterparty expects such outcome to be opposite to that expected by the other counterparty*“.⁷ Vereinfacht kann man Derivate damit als eine „Wette“ auf eine künftige Kursentwicklung des Basiswertes betrachten. Derivate ermöglichen somit eine Gewinnpartizipation an den zukünftigen Wertentwicklungen des Basiswertes, ohne unmittelbar in den Basiswert investieren zu müssen. Wegen der mannigfaltigen Ausgestaltungsmöglichkeiten der Derivate gibt es inzwischen eine unüberschaubare Anzahl verschiedener Typen. Eine abschließende Darstellung ist deshalb nicht möglich. Die folgende Systematisierung⁸ soll dennoch die Grundformen gängiger Derivate veranschaulichen.

1. Unbedingte Termingeschäfte

Bei unbedingten Termingeschäften sind die Parteien verpflichtet, ein Geschäft zu einem definierten späteren Zeitpunkt zu vollziehen. Der Käufer nimmt die sog. *long position*, der Verkäufer die sog. *short position* ein. Die häufigsten Erscheinungsformen sind *Forwards* bzw. *Futures* und *Swaps*.⁹ Bei den sog. *Forwards* (außerbörslicher Handel) und sog. *Futures* (Börsenhandel) verpflichten sich die Parteien, im Zeitpunkt der Fälligkeit den Basiswert zu einem bestimmten Preis zu kaufen bzw. zu verkaufen.¹⁰ Bei sog. *Swaps* vereinbaren die Parteien den meist periodischen Austausch von Zahlungsströmen (*cashflows*), deren Höhe sich jeweils an einem Basiswerten orientiert.¹¹

⁵ *Hull*, *Options, futures, and other derivatives*, 9. Aufl. 2018, S. 23.

⁶ Vgl.: *Casper/Pfingsten/Stromann*, ZBB 32 (2020), 87 (89).

⁷ *Lynch*, *Loyola University Chicago Law Journal* 43 (2011), 1 (50).

⁸ Vgl. zur folgenden Darstellung: *Bogenschütz*, FS-Schaumburg 2009, 209 (212).

⁹ *Zerey/Schüwer*, § 1 Rn. 4.

¹⁰ *Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried/Kraft*, Rn. 19.66 f., 19.76.

¹¹ *Ebd.*, Rn. 19.114.

2. Bedingte Termingeschäfte

Daneben stehen die bedingten Termingeschäfte, sog. Optionsgeschäfte. Bei diesen kann eine Vertragspartei entscheiden, ob sie den (Ver-)Kauf eines Basiswertes zu einem bestimmten Preis am Stichtag vollziehen möchte; die andere Partei (Stillhalter) muss und kann nur dann erfüllen, wenn der Optionsinhaber dies verlangt. Liegt die Wahlmöglichkeit beim Käufer, ist eine *call option* gegeben; kann der Verkäufer über den Vollzug entscheiden, liegt eine *put option* vor.¹²

3. Derivative Kassageschäfte

Den Termingeschäften stehen die sog. Kassageschäfte gegenüber. Diese werden anders als Termingeschäfte nicht erst in der Zukunft, sondern unmittelbar nach Vertragsschluss, d.h. innerhalb von zwei bis drei Werktagen vollzogen.¹³ Auch an den Kassamärkten gibt es Finanzinstrumente, die kein Direktinvestment darstellen, sondern ihren Wert von anderen Basiswerten ableiten. Zu nennen sind hier Zertifikate und Optionsscheine. Zertifikate sind Schuldverschreibungen, bei denen sich der Emittent ggü. dem Käufer zur Rückzahlung eines gegebenen Kapitals verpflichtet; die Summe dieser Rückzahlung richtet sich nach einem bestimmten Basiswert und nach der sonstigen Ausgestaltung des Zertifikats (bspw. Hebel oder *Knock-out*-Schwellen).¹⁴ Ein Optionsschein ist das verbrieftete Recht des Käufers eine Menge eines Basiswertes zu einem festgelegten Zeitpunkt an den Emittenten zu verkaufen (*put*) bzw. vom Emittenten zu kaufen (*call*).¹⁵ Obwohl auch bei diesen Derivaten die Beendigung des Geschäfts etwa durch Lieferung des Basiswertes in der Zukunft liegt, sind sie im handelstechnischen Sinne Kassageschäfte; denn das verbrieftete Recht in Form eines Zertifikats bzw. Optionsscheins wird unmittelbar nach Vertragsschluss geliefert.

III. Einkunftsarten der Gewinne aus dem Handel mit Derivaten mit Kryptowährungen als Basiswert

Eine pauschale Einordnung der im Einzelnen sehr unterschiedlichen Derivate in die Einkunftsarten des Einkommensteuergesetzes ist nicht möglich. Vielmehr kommt es auf die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen Derivats und

¹² Zerey/Schüwer, § 1 Rn. 8.

¹³ Kirchhof/Seer/Bleschick EStG, § 20 Rn. 130.

¹⁴ Zerey/Eck, § 5 Rn. 1 f.

¹⁵ Hopt/Seibt/Artzinger-Bolten/Wöckener, Schuldverschreibungsrecht, § 1 Rn. 44.

die Umstände des Einzelfalls an. In der Regel sind Einkünfte aus dem Handel mit Derivaten allerdings solche aus Kapitalerträgen, § 20 EStG (1.).¹⁶ In Abgrenzung hierzu kommen außerdem Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften gem. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG (2.) und gewerbliche Einkünfte nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG (3.) in Betracht.

1. Einkünfte aus Kapitalvermögen, § 20 EStG

Im Grundsatz unterscheidet sich die einkommensteuerrechtliche Behandlung von Gewinnen aus dem Handel mit Derivaten auf Kryptowährungen nicht von solchen aus dem Handel mit Derivaten mit anderen Basiswerten; der Basiswert ist insoweit unerheblich für die steuerrechtliche Einordnung.¹⁷ Demnach sind die Einkünfte aus der Ausübung oder dem Verkauf von Derivaten auf Kryptowährungen grundsätzlich in § 20 EStG und nicht wie bei einem Direktinvestment in die Kryptowährung grundsätzlich in §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG einzuordnen.¹⁸ Welcher Fall des § 20 EStG einschlägig ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Derivats ab.

a) Futures bzw. Forwards, Swaps und Optionen

Nach der eingangs dargestellten Struktur sind *Futures* bzw. *Forwards*, *Swaps* und Optionen im handelstechnischen Sinne Termingeschäfte. Dieser Begriff findet sich ebenfalls in § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a und b EStG.

aa) § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG

Termingeschäfte i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG sind jegliche als Options- oder Festgeschäft ausgestaltete Finanzinstrumente sowie Kombinationen zwischen Options- und Festgeschäften, deren Wert von einem Basiswert abhängt.¹⁹ Nach dieser Konkretisierung ist die Subsumtion gewisser Derivate zwar problematisch.²⁰ *Futures*, *Forwards*, *Swaps* und Optionen sind davon im Grundsatz aber unstreitig erfasst.²¹

(i) Futures und Forwards

Nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG ist nur der Gewinn bei Erlangen eines Differenzausgleichs oder eines durch den Basiswert bestimmten Geldbetrags

¹⁶ Bordewin/Brandt/Geurts EStG, § 20 Rn, 600.

¹⁷ Lademann/Jachmann-Michel/Lindenberg EStG, § 20 Rn. 566.

¹⁸ Schlund/Pongratz, DStR 2018, 598 (604); Sixt, DStR 2019, 1766 (1769); Krauß/Blöchle, DStR 2018, 1210 (1213).

¹⁹ BT-Drucks. 16/4841, S. 55; BMF v. 18.1.16, BStBl I 16, 85 Rn. 9; Tipke/Lang/Hey, § 8 Rn. 497; Brandis/Heuermann/Ratschow, § 20 Rn. 368.

²⁰ Vgl.: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Jochum EStG, § 20 D/3 (Rn. 8 ff.). s. auch III.1.f.bb.

²¹ Statt aller: BMF v. 18.1.16, BStBl I 16, 85 Rn. 9.

oder Vorteils erfasst. Daraus folgt, dass unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG nur Geschäfte fallen, bei denen der Käufer den Basiswert nicht tatsächlich („physisch“) erhält, sondern bei denen die Differenz zwischen Marktwert und Kaufpreis beglichen wird.²² Wird dem Käufer bzw. Verkäufer am Ende der Laufzeit die Differenz zwischen Marktwert und vereinbartem Kaufpreis der Kryptowährung (Basiswert) in Geld beglichen (sog. *cash settlement*), fallen die Gewinne (und Verluste)²³ beider Parteien, die sich der Höhe nach aus § 20 Abs. 4 S. 5 EStG ergeben, unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG.

Liefert der Verkäufer dem Käufer die Kryptowährung, liegt auf keiner Seite ein nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG zu versteuernder Gewinn vor, auch wenn sich Kaufpreis und Marktwert unterscheiden. Auf Verkäuferseite (*short position*) liegt eine Veräußerung der Kryptowährung vor, die grundsätzlich von §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG erfasst wird; auf Käuferseite (*long position*) liegt die Anschaffung eines sonstigen Wirtschaftsgutes vor, welche erst bei Weiterveräußerung der Kryptowährung einen nach §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG steuerbaren Gewinn darstellen kann.²⁴

Anders liegt es wiederum, wenn der Verkäufer nur den Differenzbetrag durch eine Kryptowährung begleicht (sog. *cash settlement in kind*); dann handelt es sich um einen Vorteil, der durch den Wert der veränderlichen Bezugsgröße bestimmt wird, § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG.²⁵ Zu beachten bleibt in dieser Konstellation, dass diejenige Partei, die den Differenzausgleich durch die Kryptowährung leistet, auch die Veräußerung eines sonstigen Wirtschaftsgutes vornimmt, die nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG steuerbar sein kann. Ebenfalls liegt die Anschaffung eines sonstigen Wirtschaftsguts i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG beim Empfänger i.H.d. zu leistenden Differenzbetrages vor.

(ii) Swaps

Analog verhält es sich bei den *Swaps*. Tauschen zwei Parteien etwa verschiedene Kryptowährungen tatsächlich hin und her, so liegt ein privates Veräußerungsgeschäft i.S.d. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG vor. Der Anschaffungs- bzw. Veräußerungspreis nach § 23 Abs. 3 S. 1 EStG berechnet sich in

²² BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15 – BFHE 259, 540, BStBl II 2018, 189 (juris: Rn. 14); zu § 15 Abs. 4 S. 3 EStG 1999: Urt. v. 6.7.2016 – I R 25/14 – BFHE 254, 326, BStBl II 2016, 124 (juris: Rn. 34 ff.); Littmann/Bitz/Pust/Möllenbeck EStG, § 20 Rn. 1306.

²³ „Gewinn“ im normativen Sinne erfasst sowohl positive als auch „negative“ Gewinne. BFH, Urt. v. 10.11.2015 – IX R 20/14 –, BFHE 251, 381, BStBl II 2016, 159 (juris: Rn. 20).

²⁴ Krauß/Blöchle, DStR 2018, 1210 (1212 f.); Moritz/Strohm, DB 2018, 3012 (3018).

²⁵ Vgl.: Lademann/Jachmann-Michel/Lindenberg EStG, § 20 Rn. 576; Haisch/Danz, DStZ 2005, 850 (852); Bordewin/Brandt/Geurts EStG, § 20 Rn. 607.

diesem Fall nach den Grundsätzen des Tauschs; anzusetzen ist demnach der Marktwert der erhaltenen Kryptowährung.²⁶ In aller Regel begleicht jedoch eine Partei der anderen den Differenzbetrag, der sich durch die positive Kursentwicklung der einen Kryptowährung ggü. der anderen ergibt; dann liegen auf beiden Seiten Einkünfte i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG vor, die sich der Höhe nach aus § 20 Abs. 4 S. 5 EStG ergeben.

(iii) Optionen

Nichts anderes gilt in dieser Beziehung für die Optionen. Der Optionsinhaber erzielt Einkünfte nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG, wenn ihm der Differenzbetrag zwischen Marktwert und Kaufpreis (*long call*) bzw. Verkaufspreis (*long put*) beglichen wird. Allerdings ergeben sich wegen des einseitig berechtigenden Charakters der Option Besonderheiten.

(a) Während bei den Festgeschäften beide Parteien und bei den Optionsgeschäften der Optionsinhaber einen Gewinn durch die Entwicklung des Basiswertes erlangen können, kann der Stillhalter (*short call* bzw. *short put*) an einer für ihn positiven Wertentwicklung nicht partizipieren, da der Optionsinhaber die Option nur dann ausüben wird, wenn sich daraus ein für ihn vorteilhaftes Geschäft ergibt. Der Stillhalter hat also lediglich ein Verlustrisiko. Dieses wird mit der sog. Stillhalterprämie honoriert. Der Stillhalter erhält für das Eingehen der Option eine Vergütung, unabhängig davon, ob die Option ausgeübt wird.²⁷ Da diese Vergütung unabhängig von der Entwicklung des Basiswertes ausgezahlt wird, liegt darin kein Gewinn i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG. Die Stillhalterprämie wird i.R.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG lediglich auf Seiten des Optionsinhabers als Anschaffungskosten für die Gewinnberechnung nach § 20 Abs. 4 S. 5 EStG relevant.²⁸

(b) Wird die Option vom Inhaber nicht ausgeübt, so „verfällt“ das Geschäft ohne weitere Folgen. Dieser „Verfall“ wird auf Seiten des Optionsinhabers von § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG erfasst, weil die Stillhalterprämien Anschaffungskosten des Optionsrechts i.S.d. § 20 Abs. 4 S. 5 EStG sind.²⁹ Relevant ist die Berücksichtigung i.R.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG, da die

²⁶ Vgl.: BFH, Urt. v. 6.4.2011 – IX R 41/10 (juris: Rn. 18); Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann EStG, § 23 Rn. 4.

²⁷ BFH, Urt. v. 11.2.2014 – IX R 46/12 (juris: Rn. 19); Schmidt/Levedag EStG, § 20 Rn. 141.

²⁸ Helios/Philipp, BB 2010, 95 (96, 100).

²⁹ Unter Aufgabe der sog. Trennungstheorie: BFH, Urt. v. 12.1.2016 – IX R 48/14 –, BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456 (juris: Rn. 13 ff.); Weber-Grellet, DStR 2013, 1412 (1414, m.w.N.); nunmehr auch: BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 27); anders noch zur alten Rechtslage: BFH, Urt. v. 13.2.2008 – IX R 68/07 –, BFHE 220, 436, BStBl II 2008, 522 (juris: Rn. 14 ff.).

gezahlte Stillhalterprämie nur so als Verlust berücksichtigt werden kann.³⁰

bb) § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b EStG

Werden die *Futures* bzw. *Forwards*, *Swaps* oder Optionen veräußert, sind diese Gewinne nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b EStG steuerbar. Die Veräußerung ist die entgeltliche Übertragung des (wirtschaftlichen) Eigentums auf eine andere Person.³¹ Auch hierbei ergeben sich für die Option Besonderheiten.

Einige Optionen, wie die an der EUREX gehandelten Optionen, können nicht an Dritte entgeltlich übertragen werden. Möglich ist allerdings eine Veräußerung durch sog. Glattstellung des Geschäfts. Glattstellung bedeutet, dass die Vertragsparteien das Gegengeschäft zum Ursprungsgeschäft abschließen und somit das Geschäft vorzeitig beenden. D.h. aus Sicht des Optionsinhabers: Unter einem sog. „*closing* Vermerk“ wird eine Kauf- bzw. Verkaufsoption derselben Serie wie beim Ausgangsgeschäft an den Stillhalter des Ausgangsgeschäfts verkauft. Damit erlöschen die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Parteien.³² Die Gewinne aus der Glattstellung unterfallen auf Seiten des Optionsinhabers dem § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b EStG.³³ Die Höhe des Gewinns berechnet sich durch die Differenz der bei Ausgangsgeschäft gezahlten und der bei Glattstellung erhaltenen Stillhalterprämie, § 20 Abs. 4 S. 5.³⁴ Hingegen fällt das Gegengeschäft zur Schließung eines Festgeschäftes nach vorherrschender Auffassung unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG.³⁵

b) Stillhalterprämien, § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG

Die Einkünfte aus den Stillhalterprämien bei Optionsgeschäften unterfallen dem § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG. Verfällt die Option am Ende der Laufzeit, ergeben sich für den Stillhalter neben diesen Einkünften keine weiteren Folgen. Zwischen den anderen Beendigungstatbeständen ist zu unterscheiden.

aa) Glattstellung

Ebenso wie der Optionsinhaber kann auch der Stillhalter die Option durch Glattstellung beenden. Entgegen der Behandlung beim Optionsinhaber sind

³⁰ Ausführlich zum Ganzen: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/*Jochum* EStG, § 20 D/3 (23 ff.).

³¹ Zu Abs. 2 S. 1 Nr. 1: BFH, Urt. v. 03. Dezember 2019 – VIII R 34/16 –, BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836 (juris: Rn. 22).

³² *Helios/Philipp*, BB 2010, 95 (97).

³³ BT-Drucks. 16/4841, S. 55; BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 24); Kirchhof/Kulosa/Ratschow/*Schmidt* EStG, § 20 Rn. 1230.

³⁴ Zur Vorgängerregelung: BFH, Urt. v. 29.6.2004 – IX R 26/03 –, BFHE 206, 418, BStBl II 2004, 995 (juris: Rn. 31).

³⁵ BT-Drucks. 16/4841, S. 55; BMF v. 18.1.2016, BStBl I 16, 85 (Rn. 36); Lademann/*Jachmann-Michel/Lindenberg* EStG, § 20 Rn. 651.

die für die Glattstellung gezahlten Kosten nicht innerhalb der Einkünfte nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b EStG zu beachten, sondern von den Einkünften aus der Stillhalterprämie abzuziehen, § 20 Abs. 1 Nr. 11 Ts. 2 EStG. Übersteigen die Kosten für die Glattstellung die Stillhalterprämie, so entstehen negative Einnahmen, die mit anderen Einkünften aus Kapitalerträgen verrechnet werden können. Diese Wertung entspricht dem Leistungsfähigkeitsprinzip und dem Gesetzeszweck des § 20 EStG, alle Kapitalerträge steuerlich einheitlich zu würdigen.³⁶

bb) Optionsausübung

(i) Barausgleich

Wird die Option am Ende Laufzeit ausgeübt, zahlt der Stillhalter dem Optionsinhaber i.d.R. den Differenzbetrag zwischen Basispreis und Kurswert. *Short call* und *short put* unterscheiden sich in diesem Fall nicht; der Barausgleich schmälert wirtschaftlich gesehen den Gewinn aus der Stillhalterprämie. Nicht eindeutig ist allerdings, ob der Barausgleich i.R.d. Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG berücksichtigt wird, oder ob er einen Verlust nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG darstellt, der getrennt von der Stillhalterprämie zu betrachten ist.³⁷ Für die letztgenannte Ansicht spricht insbesondere, dass der Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG nur die Glattstellung nennt, den Barausgleich allerdings nicht;³⁸ eine Subsumtion unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG ist hingegen bei einem normativen Verständnis des Gewinns (positiver und negativer Gewinn) möglich. Freilich blieb die Qualifikation bis zur Änderung des § 20 Abs. 6 durch Artikel 5 G. v. 21.12.2019 BGBl. I S. 2875 ohne praktische Konsequenz, da der Steuerpflichtige den Verlust aus § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG ohnehin unbeschränkt mit den Einkünften aus § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG verrechnen konnte. Nunmehr gilt allerdings die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG von 20.000 Euro jährlich für Verluste aus § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG; für Verluste aus § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG gibt es keine solche Begrenzung. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass der Steuerpflichtige Einkünfte aus Stillhalterprämien mit Verlusten aus Barausgleichen von bis zu 20.000 Euro verrechnen könnte,

³⁶ *Haisch*, DStZ 2007, 763 (765 f.); a.A. als Werbungskostenüberschuss: Kirchhof/Kulosa/Ratschow/*Schmidt* EStG, § 20 Rn. 1139.

³⁷ Für Ersteres: FG Niedersachsen, Urt. v. 28.8.2013 – 2 K 35/13 (juris: Rn. 15 ff.); *Philippowski*, DStR 2010, 2283 (2287); für Letzteres: BFH, Urt. v. 20.10.2016 – VIII R 55/13 – BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264 (juris: Rn. 30); BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 26); *Aigner/Balbinot*, DStR 2015, 198 (203).

³⁸ *Lademann/Jachmann-Michel/Lindenberg* EStG, § 20 Rn. 511; BFH, Urt. v. 20.10.2016 – VIII R 55/13 – BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264 (juris: Rn. 32).

wenn der Barausgleich einen Verlust nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG darstellen würde. Wäre der Barausgleich in § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG einzuordnen, wäre eine summenmäßig unbegrenzte Verlustverrechnung möglich. Vor dem Hintergrund, dass Glattstellungen innerhalb des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG unbeschränkt berücksichtigt werden können, stößt die Einordnung in § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG nunmehr auf verfassungsrechtliche Zweifel in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG. Es lässt sich kein sachlicher Grund finden, warum die Verluste aus einer Glattstellung im Vergleich zu Verlusten aus einem Barausgleich anders zu behandeln wären. In beiden Fällen werden die Einkünfte aus der Stillhalterprämie entsprechend gemindert; ein Unterschied der Leistungsfähigkeit ist nicht gegeben. Bei verfassungskonformer Auslegung ist deshalb eine Einordnung in § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG vorzuziehen.

(ii) Lieferung des Basiswertes

Möglich ist auch die tatsächliche Lieferung der jeweiligen Kryptowährung. In diesem Falle unterscheiden sich *short call* und *short put*.

(1) Beim *short call* liegt auf Seiten des Stillhalters ein Veräußerungsgeschäft vor, das im Grundsatz i.R.d. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG zu beachten ist. Diese Einkünfte sind getrennt zu denjenigen aus der Stillhalterprämie nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG zu betrachten,³⁹ d.h. die Stillhalterprämie führt jedenfalls zu einem positiven Gewinn nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG, auch wenn die Verluste bei der Veräußerung der Kryptowährung diese Einnahmen übersteigen. Dies mag man deshalb kritisch betrachten, weil wegen der Verlustverrechnungsbeschränkungen der §§ 20 Abs. 6 S. 1, 23 Abs. 3 S. 7 EStG die Gewinne aus der Stillhalterprämie versteuert werden (sofern keine anderen verrechenbare Verluste aus § 20 EStG gegeben sind), obwohl wirtschaftlich betrachtet wegen des Verlusts aus der Veräußerung kein Gewinn erzielt wurde. Allerdings ist dieses Ergebnis vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber gewählten Schedulenbesteuerung der Kapitalerträge⁴⁰ folgerichtig⁴¹. Würde man die Veräußerungsverluste innerhalb der Kapitalerträge in Ansatz bringen, wären die Verlustverrechnungsbeschränkungen umgangen.⁴²

(2) Legt man diese Grundsätze auch beim *short put* zugrunde, so ist der Kauf der Kryptowährung durch den Stillhalter eine Anschaffung eines sonstigen

³⁹ Lademann/Jachmann-Michel/Lindenberg EStG, § 20 Rn. 502.

⁴⁰ Freilich wird auch diese Schedulenbesteuerung verfassungsrechtlich kritisch betrachtet. Vgl. nur: *Englisch*, StuW 2007, 221 ff.

⁴¹ Vgl. grundlegend zur Folgerichtigkeit der Verlustverrechnungsbeschränkung: *Jachmann-Michel*, Reformfragen des deutschen Steuerrechts, S. 31 (40 ff.).

⁴² Lademann/Jachmann-Michel/Lindenberg EStG, § 20 Rn. 502.

Wirtschaftsgutes, bei dem allenfalls die Veräußerung nach §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG steuerbar sein kann. Folgerichtig mindern die Stillhalterprämien in diesem Fall auch nicht die Anschaffungskosten und haben keine Auswirkung auf die Gewinnberechnung nach § 23 Abs. 3 S. 1 EStG.⁴³

c) Kombinationsgeschäfte

Derivate können auch derart ausgestaltet sein, dass sie aus jeweils zwei verschiedenen Grundgeschäften bestehen, die im selben Zeitpunkt abgeschlossen werden (sog. Kombinationsgeschäfte). Möglich sind sog. *Spreads* (gleichzeitiger Kauf und Verkauf einer Option der gleichen Serie mit unterschiedlichem Basispreis und/oder Verfallsdatum), *Straddles* (gleichzeitiger Kauf einer Kauf- und einer Verkaufsoption mit gleichem Basispreis und Verfallsdatum) und *Strangles* (gleichzeitiger Kauf einer Kauf- und einer Verkaufsoption mit unterschiedlichem Basispreis aber gleichem Verfallsdatum).⁴⁴ Bei diesen Kombinationsgeschäften ist jedes Grundgeschäft – trotz des wirtschaftlichen Zusammenhangs – steuerlich isoliert zu betrachten, weil rechtlich gesehen mehrere selbständige Geschäfte bestehen.⁴⁵ Die Kombinationsgeschäfte können damit nach den zuvor dargelegten Grundsätzen Einkünfte nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 bzw. 11 EStG nach sich ziehen.

d) *Contracts for Difference* (CFDs)

Eine zu den *Futures* und *Forwards* ähnliche Form eines Derivats bilden die sog. CFDs. Sie sind festgeschäftliche Terminkontrakte, bei denen sich die Parteien darauf einigen, bei Beendigung den Unterschied zwischen Eröffnungs- und Schlusskurs der jeweiligen Kryptowährung (Basiswert) in Geld zu leisten. Entscheidender Unterschied ist allerdings, dass CFDs keine feste Laufzeit haben und somit lediglich durch Glattstellung beendet werden können.⁴⁶ Da bei den *Futures* und *Forwards* ebenfalls die Glattstellung von § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG erfasst ist, muss auch die Glattstellung der CFDs richtigerweise von § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG erfasst sein.⁴⁷

⁴³ *Dahm/Hamacher*, DStR 2008, 1910 (1913); *Helios/Philipp*, BB 2010, 95 (100).

⁴⁴ *Bordewin/Brandt/Geurts* EStG, § 20 Rn. 616; *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Schmidt* EStG, § 20 Rn. 1220.3.

⁴⁵ BMF v. 18.1.2016, BStBl I 16, 85 (Rn. 35); *Dahm/Hamacher*, Termingeschäfte im Steuerrecht, § 3 Rn. 85.

⁴⁶ *Haisch*, DSz 2010, 61 (62).

⁴⁷ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 9); *Korn/Hamacher/Dahm* EStG, § 20 Rn. 607; *Haisch*, DSz 2010, 61 (65).

e) *Perpetual Futures* bzw. *Swaps*

Eine speziell bei Kryptowährungen als Basiswert auftretende Form des Derivats sind die sog. *Perpetual Futures* bzw. *Swaps*. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie ähnlich wie CFDs Festgeschäfte ohne Laufzeitende sind und somit nur durch Glattstellung beendet werden können. Die Besonderheit bei den *Perpetual Futures* ist die sog. *Funding Fee*: Wenn der Wert des *Perpetual Futures* höher gezeichnet ist als der Wert der zugrundeliegenden Kryptowährung, so müssen die Inhaber einer *long position* den Inhabern einer *short position* eine *Funding Fee* erstatten (und *vice versa*). Durch dieses mehrmals täglich ablaufende Prozedere wird der Marktwert der jeweiligen Position dem Marktwert des Basiswertes angenähert, weil die zu erstattenden *Funding Fees* den Marktwert der jeweiligen Position mindern.⁴⁸ Der Gewinn aus der Glattstellung solcher *Perpetual Futures* fällt als Gewinn aus einem festgeschäftlichen Termingeschäft ohne Laufzeitende ebenso wie bei den CFDs unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG. Es fragt sich allerdings, wie die erhaltenen und geleisteten *Funding Fees* steuerlich zu würdigen sind. Eine einheitliche Betrachtung aller Zahlungsströme des *Perpetual Futures*, sodass alle erhaltenen und geleisteten *Funding Fees* sowie der erhaltene bzw. geleistete Differenzausgleich miteinander verrechnet werden, ist dann möglich, wenn man die einzelnen Zahlungsströme des *Perpetual Futures* als einheitliches Rechtsverhältnis betrachtet.⁴⁹ Die *Funding Fee* ist letztlich nur ein Mechanismus zur Anpassung des Marktwerts des Derivats an den Basiswert und stellt daher kein eigenständiges Geschäft dar. Die einzelnen *cashflows* des *Perpetual Futures* sind deshalb Teil eines einheitlichen Rechtsverhältnisses. Durch die deshalb steuerlich gebotene einheitliche Behandlung aller *cashflows* des *Perpetual Futures* ergibt sich der Gewinn gem. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a, Abs. 4 S. 5 EStG aus dem Saldo aller geleisteten und erhaltenen Zahlungen.⁵⁰

f) Zertifikate und Optionsscheine

Bisher unklar ist, wie Zertifikate und Optionsscheine beim Inhaber⁵¹ einkommensteuerrechtlich einzuordnen sind. Zertifikate und Optionsscheine sind im handelstechnischen Sinne keine Termin-, sondern Kassageschäfte. Deshalb liegt es nahe, sie nicht unter den Begriff „Termingeschäft“ in § 20 Abs. 2 S. 1

⁴⁸ Sanning, FR 2022, 244 (247).

⁴⁹ Vgl.: Haisch, DStZ 2010, 61 (65; m.w.N.).

⁵⁰ Vgl. zu Aktienswaps mit Dividendenausgleichszahlungen: Johannemann, BB 2004, 2438; zu Ausgleichszahlungen bei CFDs: Haisch, DStZ 2010, 61 (65).

⁵¹ Emittenten von Zertifikaten sind Banken, Zerey/Eck, § 5 Rn. 1, 5; die steuerliche Betrachtung des Emittenten soll daher an dieser Stelle dahinstehen.

Nr. 3 lit. a EStG zu subsumieren, sondern als Kapitalforderungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG einzustufen.⁵² Bei wirtschaftlicher Betrachtung hängen Zertifikate und Optionsscheine allerdings ebenfalls von ungewissen zukünftigen Ereignissen ab und ähneln damit den Termingeschäften. Teilweise wird deshalb eine Einordnung in § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG trotz der abweichenden Handelstechnik bejaht.⁵³ Während die Einordnung in der Vergangenheit mangels praktischer Auswirkungen dahinstehen konnte,⁵⁴ wird auch hier die Frage der konkreten Einkunftsart wegen der Verlustverrechnungsbeschränkung aus § 20 Abs. 6 S. 5 EStG nunmehr relevant.

aa) Verhältnis zwischen § 20 Abs. 1 Nr. 7 und § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG

Ausgangspunkt für die Einordnung ist die Frage, welcher der beiden Tatbestände vorrangig anwendbar ist. Die historische Entwicklung der Normen und deren Zwecksetzung lässt erkennen, dass § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG lediglich als Auffangtatbestand gedacht ist:⁵⁵ Während § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG n.F. aus der Vorgängernorm § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG a.F. hervorging und somit speziell für die Besteuerung der Termingeschäfte zuständig ist, sollte der § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG n.F. ausweislich der Gesetzesbegründung von seinem Anwendungsbereich erweitert werden, um so etwaige Besteuerungslücken zu schließen.⁵⁶ § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG genießt somit als speziellere Vorschrift Anwendungsvorrang.⁵⁷

bb) Termingeschäft i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG

Demnach muss zuerst betrachtet werden, ob die Zertifikate und Optionsscheine unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG fallen. Dies hängt von der Auslegung des steuerrechtlichen Begriffs des Termingeschäfts ab. Eine Definition des Termingeschäfts i.S.d. Steuerrechts ist nicht im Gesetz verankert. Die Ansichten über die Auslegung des Begriffs gehen deshalb auseinander.

⁵² BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 8 ff.); Schmidt/Levedag EStG, § 20 Rn. 117; Kirchhof/Seer/Bleschick EStG, § 20 Rn. 130; Cornelius/Hoffmann, ErbStB 2020, 225 (228).

⁵³ Lippross/Seibel/Leister EStG, § 20 Rn. 245; für Optionsscheine: Herrmann/Heuer/Raupach/Buge EStG, § 20 Rn. 476; für Knock-out-Zertifikate zu § 23 Abs. 4 S. 1 EStG a.F.: Hessisches FG, Beschl. v. 22.10.2010 – 8 V 1268/10 (juris: Rn. 39 ff.).

⁵⁴ Der BFH ließ die Entscheidung bisher dahinstehen. Knock-out-Zertifikate: BFH, Beschl. v. 24.4.2012 – IX B 154/10 – BFHE 236, 557, BStBl II 2012, 454 (juris: Rn. 17 ff.); Urt. v. 10.11.2015 – IX R 20/14 – BFHE 251, 381, BStBl II 2016, 159 (juris: Rn. 24); Urt. v. 20.11.2018 – VIII R 37/15 – BFHE 263, 169, BStBl II 2019, 507 (juris: Rn. 9, 21); Optionsscheine: Urt. v. 16.6.2020 – VIII R 1/17 – BFHE 269, 279, BStBl II 2021, 144 (juris: Rn. 21).

⁵⁵ BFH, Urt. v. 20.11.2018 – VIII R 37/15 – BFHE 263, 169, BStBl II 2019, 507 (juris: Rn. 23).

⁵⁶ BT-Drucks. 16/4841, S. 54 f.

⁵⁷ Bordewin/Brandt/Geurts EStG, § 20 Rn. 605; Kirchhof/Seer/Bleschick EStG, § 20 Rn. 129; a.A.: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Jochum EStG, § 20 Rn. 2.

(i) Abgrenzung zum Kassageschäft

Die Finanzverwaltung verstand Termingeschäfte in Anlehnung an die Gesetzesbegründung⁵⁸ lange Zeit als „als Options- oder Festgeschäft ausgestaltete Finanzinstrumente sowie Kombinationen zwischen Options- und Festgeschäften, deren Preis unmittelbar“ von bestimmten Basiswerten abhängt.⁵⁹ Damit war freilich eine Einordnung von Zertifikaten und Optionsscheinen offengeblieben, weil diese „Definition“ den Begriff vielmehr umschreibt, als Tatbestandsmerkmale zu nennen.⁶⁰ Allerdings hat die Verwaltung nunmehr die Voraussetzung „[Geschäfte], die zeitlich verzögert zu erfüllen sind“ eingefügt⁶¹ und passt ihre Auffassung damit an diejenige der Rechtsprechung an, die Termingeschäfte als Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte sieht, „die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines bestimmten Basiswertes ableitet.“⁶² Der BFH hat dabei seine Anknüpfung an der von § 1 Abs. 11 KWG, § 2 Abs. 2 Nr. 1⁶³ und vom BGH⁶⁴ vorgenommenen Unterscheidung an die Handelstechnik (Kassageschäft und Termingeschäft) zum Ausdruck gebracht⁶⁵ und steht damit in Einklang mit Teilen der Literatur.⁶⁶ Trotzdem hat der BFH mangels bisheriger Entscheidungserheblichkeit eine abschließende Einordnung von Zertifikaten und Optionsscheinen unterlassen,⁶⁷ während das BMF die Zertifikate und Optionsscheine nunmehr ausdrücklich nicht mehr unter die Termingeschäfte fasst⁶⁸ und sich somit i.d.S. auch auf die handelstechnische Unterscheidung stützt. Das Abgrenzungsproblem hat sich mit der Einordnung des BMF allerdings nicht erledigt, da BMF-Schreiben als Verwaltungssinnenrecht die Finanzgerichte nicht binden.⁶⁹

⁵⁸ BT-Drucks. 16/4841, S. 55.

⁵⁹ BMF v. 18.1.16, BStBl I 16, 85 (Rn. 9).

⁶⁰ Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/*Jochum* EStG, § 20 D/3 Rn. 13; krit. auch: *Frey/Schober*, DStR 2021, 2674 (2677), die zutreffend erkennen, dass mit der Definition des BMF beide Ergebnisse möglich gewesen wären.

⁶¹ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 9).

⁶² BFH, Urt. v. 13.1.2015 – IX R 13/14 – BFHE 248, 340, BStBl II 2015, 827 (juris: Rn. 16).

⁶³ I.R.d. § 1 KWG, § 2 WpHG gilt die Abgrenzung zwischen Kassa- und Termingeschäften: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Schäfer*, § 1 KWG Rn. 296; *Schwark/Zimmer/Kumpan*, § 2 WpHG Rn. 38.

⁶⁴ BGHZ 160, 58 (61 f.).

⁶⁵ BFH, Beschl. v. 24.4.2012 – IX B 154/10 – BFHE 236, 557, BStBl II 2012, 454 (juris: Rn. 18); Urt. v. 4.12.2014 – IV R 53/11 – BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483 (juris: Rn. 22).

⁶⁶ *Korn/Hamacher/Dahm* EStG, § 20 Rn. 346; *Bordewin/Brandt/Geurts* EStG, § 20 Rn. 603; *Littman/Bitz/Pust/Möllenbeck* EStG, § 20 Rn. 1306.

⁶⁷ S. Fn. 54.

⁶⁸ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 8 ff).

⁶⁹ *Cornelius/Hoffmann*, ErbStB 2020, 225 (228).

(ii) Typusbegriff

Andere Stimmen in der Literatur halten dagegen den Begriff des Termingeschäfts im kapitalmarktrechtlichen Sinne wegen der zum Steuerrecht unterschiedlichen Teleologie nicht für übertragbar.⁷⁰ Das Termingeschäft sei vielmehr als Typusbegriff zu verstehen. Zum einen sei das Risiko, etwa aufgrund einer Hebelwirkung mit dem Geschäft erhebliche Verluste zu verzeichnen, relevant. Zum anderen sei die Unterscheidung zwischen Kassageschäften und Termingeschäften zwar kein hinreichendes Kriterium, trotzdem aber entscheidend für das Merkmal des Termingeschäfts.⁷¹ Demnach wäre eine Einordnung der Zertifikate und Optionsscheine lediglich im Einzelfall möglich. Festgehalten werden kann aber, dass solche Derivate unter den Termingeschäftsbegriff fallen, die etwa mit Hebeln, *Knock-out*-Schwellen oder besonders volatilen Basiswerten gestaltet sind und somit das Verlustrisiko besonders hoch ist. Dies dürfte bei volatilen Kryptowährungen als Basiswert regelmäßig der Fall sein.

(iii) Auslegung des Begriffes „Termingeschäft“

Ausgehend vom allgemeinen Wortsinn des Termingeschäfts liegt zunächst eine Unterscheidung durch Abgrenzung von Kassa- und Termingeschäften nahe, weil sich das Termingeschäft sowohl im allgemeinsprachlichen⁷² als auch in der Terminologie des Wirtschaftsverkehrs⁷³ durch die zeitliche Verzögerung von Vertragsschluss und Abwicklung auszeichnet. Hingegen hat das Risiko, das einem Anlageprodukt innewohnt, nach dem allgemeinen Begriffsverständnis keine Bedeutung.

In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass auch in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG der Begriff des Termingeschäfts genannt wird. Freilich ist auch dort keine genauere Begriffsbestimmung zu finden; eine einheitliche Auslegung der beiden Begriffe ist wegen der wort- und inhaltsgleichen Fassung allerdings geboten.⁷⁴ Dies wiederum eröffnet Rückschlüsse von der systematischen Auslegung zwischen § 15 Abs. 4 S. 3 EStG und der Vorgängerregelung § 23 Abs. 4 S. 1 EStG a.F. Letztere stellte die Zertifikate und Optionsscheine den Termingeschäften gleich. Dass darin keine bloß deklaratorische Nennung lag,

⁷⁰ Bordewin/Brandt/Geurts EStG, § 20 Rn. 605; Haisch/Danz, DStR 2005, 2108 (2113); Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Jochum EStG, § 20 D/3 (Rn. 11, 13).

⁷¹ Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Jochum EStG, § 20 D/3 (Rn. 15 f.); Haisch/Danz, DStR 2005, 2108 (2113); Schmittmann/Wepler, DStR 2001, 1783 (1785).

⁷² <https://www.duden.de/rechtschreibung/Termingeschaefte> (Stand: 01. April 2022).

⁷³ Heldt, in Gabler Wirtschaftslexikon, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/termingeschaefte-50034> (Stand: 01. April 2022).

⁷⁴ Ebel, FR 2013, 882 (883); Schmittmann/Wepler, DStR 2001, 1783 (1784).

sondern Zertifikate und Optionsscheine konstitutiv mit Termingeschäften gleichgestellt wurden, legt der Wortlaut nahe („gelten als Termingeschäfte“).⁷⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Termingeschäfts begriff des § 23 Abs. 4 S. 1 EStG a.F., folglich auch der des § 15 Abs. 4 S. 3 EStG Optionsscheine und Zertifikate nicht erfasst.⁷⁶ Setzt man diesen Regelungsgehalt des § 15 Abs. 4 S. 3 EStG wiederum in Kontext zu § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG, der ebenfalls keine solche Fiktion wie in § 23 Abs. 1 S. 2 EStG a.F. enthält, liegt es nahe, dass auch § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG Optionsscheine und Zertifikate nicht erfasst.⁷⁷ Da nur die Unterscheidung zwischen Termin- und Kassageschäften in jedem Fall dazu führt, dass Optionsscheine und Zertifikate nicht unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG fallen, spricht auch der systematische Kontext für eine solche Auslegung.

Diese Überlegung wird *prima facie* auch von der historischen Auslegung gestützt. So findet sich in den Gesetzgebungsmaterialien die Überlegung, dass der Termingeschäftsbegriff aus § 1 KWG und § 2 WpHG übernommen werden solle.⁷⁸ § 1 Abs. 11 KWG und § 2 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der heute gültigen Fassung definieren das Termingeschäft und grenzen dieses ausweislich des Wortlauts („die zeitlich verzögert zu erfüllen sind“) zum Kassageschäft ab.⁷⁹ Allerdings lagen bei Einführung des § 23 Abs. 3 Nr. 4 EStG a.F. keine Definitionen innerhalb des KWG und des WpHG für das Termingeschäft vor, sodass es sich bei dem Verweis um eine gesetzgeberische Fehlvorstellung handelt.⁸⁰ Freilich erfolgte die Legaldefinition des Termingeschäfts in § 2 Abs. 3 Nr. 1 WpHG und § 1 Abs. 11 KWG i.d.F. vom 16.07.2007 vor Beschluss des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008,⁸¹ weswegen man von einer impliziten Übernahme der später erfolgten Definition in § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG ausgehen könnte.⁸² Zum einen wurden aber bei Übernahme des Termingeschäfts in § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG das KWG und das WpHG in

⁷⁵ Für Gleichstellung qua Fiktion auch: Lademann/Jachmann-Michel/Lindenberg EStG, § 20 Rn. 566; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Jochum EStG, § 20 D/3 (Rn. 43); zu Zertifikaten Haisch/Danz, DStR 2005, 2108 (2113).

⁷⁶ BFH, Urt. v. 4.12.2014 – IV R 53/11 – BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483 (juris: Rn. 28).

⁷⁷ Driien, BB 2021, 1175 (1178).

⁷⁸ BT-Drucks. 14/443, S. 28 f.

⁷⁹ S. Fn. 63.

⁸⁰ Vgl.: Sorgenfrei, DStR 1999, 1928 (1930); Haisch/Danz, DStR 2005, 2108 (2112).

⁸¹ S. BGBl I 2007 Nr. 40, S. 1912.

⁸² So wohl: BFH, Urt. v. 4.12.2014 – IV R 53/11 – BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483 (juris: Rn. 25).

der Gesetzesbegründungen nicht mehr erwähnt, sondern lediglich ihrem Wortlaut zur damals geltenden Fassung⁸³ nach paraphrasiert.⁸⁴ Zum anderen erfolgte die Änderung des WpHG und des KWG erst unmittelbar vor Beschluss des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008. Eine implizite Übernahme ist daher höchst zweifelhaft.

Ob der Gesetzgeber eine handelstechnische Unterscheidung wie im WpHG und im KWG bezwecken wollte, hängt somit davon ab, welchen Zweck er mit dem steuerrechtlichen Termingeschäftsbegriff und dem ursprünglichen Verweis auf § 2 WpHG und § 1 KWG erreichen wollte. In der Gesetzesbegründung zu § 20 Abs. 6 S. 5 EStG bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er Termingeschäfte als hochspekulative und -riskante Anlageformen betrachtet.⁸⁵ Insoweit liegt es nahe, dass der Gesetzgeber mit § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG eine Besteuerung von besonders riskanten Kapitalgeschäften erfassen wollte;⁸⁶ die beim Typusbegriff genannten Kriterien (insb. Verlustrisiko) würden diesem Zweck entsprechen. Insoweit ließe sich auch der Verweis auf § 1 KWG und § 2 WpHG verstehen; deren *ratio* ist es, hochspekulative Papiere zu erfassen, um so einen ausreichenden Anlegerschutz zu gewährleisten.⁸⁷ Allerdings ist höchst zweifelhaft, ob die Anknüpfung an den Risikogehalt eines Geschäfts im Steuerrecht zu einem sinnvollen Ergebnis führt. Die Einkommensteuer knüpft objektiv an die Leistungsfähigkeit des zu Besteuernden an.⁸⁸ Dabei ist i.d.S. irrelevant, ob eine Person aufgrund hochspekulativer Anlageprodukte Gewinne erzielt hat, oder ob dies auf konservativen Anlagestrategien beruht.⁸⁹ Ferner wäre es zu kurz gegriffen, Termingeschäfte insgesamt als „hochspekulativ“ einzuordnen. So werden Termingeschäfte auch genutzt, um sich gegen Kursschwankungen zu schützen, etwa durch Eingehen einer Gegenposition, um bei negativer Marktentwicklung eine Beschränkung des möglichen Verlusts zu erreichen (sog. *Hedging*).⁹⁰ In der Folge sind solche Geschäfte nicht hochriskant, sondern bezwecken im Gegenteil eine Risikominimierung.⁹¹ Der Verweis auf die Risikoträchtigkeit

⁸³ Fassung v. 5.1.2007.

⁸⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 55 und § 2 Abs. 2 WpHG i.d.F. vom 05.01.2007.

⁸⁵ BT-Drucks. 19/15876, S. 61; anders noch: BT-Drucks. 14/443, S. 28, wo der Gesetzgeber den Spekulationsgeschäften ausdrücklich die Termingeschäfte gegenüberstellt.

⁸⁶ Lademann/Jachmann-Michel/Lindenberg EStG, § 20 Rn. 566, 568.

⁸⁷ Vgl.: *Driën*, BB 2021, 1175 (1180).

⁸⁸ Kirchhof/Seer/Seer EStG, § 2 Rn. 8.

⁸⁹ *Driën*, BB 2021, 1175 (1180).

⁹⁰ *Heldt*, in: Gabler Wirtschaftslexikon, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/hedging-33310> (Stand: 11.4.2022); vgl. auch zur Häufigkeit des Einsatzes von Derivaten zu Absicherungszwecken: Habersack/Mülbert/Schlitt/*Apfelbacher/Kopp*, § 27 Rn. 27.90.

⁹¹ *Dinkelbach/Briesemeister*, DB 2020, 579 (582); *Bachmann/Seifert*, DStR 2021, 1 (4).

des Termingeschäfts überzeugt daher nicht. Zu Recht lässt sich einwenden, dass auch die Abgrenzung zwischen Termin- und Kassageschäft i.d.S. kein für die objektive Leistungsfähigkeit relevanter Anknüpfungspunkt ist.⁹² Allerdings bietet ein solches Begriffsverständnis immerhin Rechtssicherheit, wohingegen der Typusbegriff eine Abwägung im Einzelfall und damit erhebliche Rechtsunsicherheiten nach sich zieht.⁹³ Insoweit lässt sich auch der Verweis des Gesetzgebers auf § 1 KWG und § 2 WpHG verstehen: Obwohl diese Vorschriften eine zum Steuerrecht verschiedene Teleologie verfolgen, sollte der Begriff des Termingeschäfts dem bekannten handelstechnischen Begriff gleichen, damit die Vorgänge am Kapitalmarkt rechtssicher erfasst sind.⁹⁴ Für ein solches Verständnis spricht auch die Gesetzesbegründung zur Vorgängernorm § 23 Abs. 3 Nr. 4 EStG a.F., in der der Gesetzgeber bewusst vom „problematischen Begriff des Differenzgeschäftes“ absah,⁹⁵ um mit dem Termingeschäftsbegriff einen – nach Vorstellung des Gesetzgebers – rechtlich konkretisierten Begriff zu etablieren. Insoweit ergeben sich auch keine Bedenken hinsichtlich der im Grundsatz verschiedenen Teleologie von Steuerrecht und Kapitalmarktrecht; denn das Regelungsziel, die Vorgänge am Kapitalmarkt abstrakt generell zu erfassen, wohnt jedenfalls beiden Regelungskomplexen inne.⁹⁶ Insgesamt überzeugt demnach die Abgrenzung zwischen Termin- und Kassageschäften.

cc) Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG

Zertifikate sind damit Kapitalforderungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Für Optionsscheine wird hingegen teilweise eine Besteuerungslücke angenommen, weil sie als Kassageschäft nicht unter § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG fielen und als verbrieft Optionsrechte keine Forderung, sondern Gestaltungsrechte darstellten, folglich auch nicht von § 20 Abs. 1 Nr. 7 erfasst seien.⁹⁷ Selbst wenn man streng auf ein zivilrechtliches Verständnis des Forderungsbegriffes abstellen wollte,⁹⁸ wäre zu beachten, dass der Inhaber des Optionsscheins nicht bloß ein Gestaltungsrecht, sondern den bedingten Anspruch auf Lieferung des Basiswertes zu dem im Optionsschein bestimmten Preis bzw. auf

⁹² Ähnlich auch: Herrmann/Heuer/Raupach/Buge EStG, § 20 Rn. 472.

⁹³ *Drüen*, BB 2021, 1175 (1180 ff.).

⁹⁴ *Drüen*, BB 2021, 1175 (1182): „Eingeübte Abgrenzungslinie“.

⁹⁵ BT-Drucks. 14/443, S. 28.

⁹⁶ Ähnlich auch: Herrmann/Heuer/Raupach/Buge EStG, § 20 Rn. 472.

⁹⁷ Korn/Hamacher/Dahm EStG, § 20 Rn. 346; *dies.*, DStR 2014, 455 (457); *dies.*, Termingeschäfte im Steuerrecht, § 2 Rn. 21, 27 (Fn. 30).

⁹⁸ Dies ist wegen § 20 Abs. 1 Nr. 7 S. 2 EStG keineswegs unzweifelhaft. Hierzu eingehend: *Weißbrodt/Michalke*, DStR 2012, 1533 ff.

Differenzausgleich erhält, wobei die Bedingung eintritt, wenn der Inhaber die Option ausübt.⁹⁹ Optionsscheine sind daher verbrieft Forderungen, also Kapitalforderungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.¹⁰⁰

Ebenso wie bei den Termingeschäften muss die Kapitalforderung auf eine Geldleistung und nicht auf Lieferung der Kryptowährung als Basiswert gerichtet sein.¹⁰¹ Andernfalls liegt auch hier nur die Anschaffung eines sonstigen Wirtschaftsgutes vor. Auf welche Art der Erfüllung eine Inhaberschuldverschreibung gerichtet ist, ist nach wirtschaftlicher Betrachtung im Einzelfall zu bestimmen.¹⁰²

dd) Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 bzw. Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG

Zertifikate und Optionsscheine ziehen daher Einkünfte aus § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nach sich, wenn es sich um laufende Erträge aus dem Kapital handelt. Der Regelfall bei Optionsscheinen und Zertifikaten sind aber Einkünfte nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG. Diese liegen vor, wenn es sich um Veräußerungs- oder Einlösungsgewinne (Auszahlung des Differenzbetrages) handelt;¹⁰³ eine Gattstellung von Zertifikaten und Optionsscheinen ist nicht möglich.¹⁰⁴ Der Gewinn berechnet sich nach § 20 Abs. 4 S. 1 EStG aus der Differenz zwischen erhaltener Geldsumme und Anschaffungskosten sowie den sachlich in Zusammenhang stehenden Aufwendungen.

(i) Verfall von *Knock-out-Zertifikaten*

Kommt es bei einem *Knock-out-Zertifikat* zum *Knock-out-Ereignis*, ist dies eine wertlose Einlösung, also ein steuerbarer Verlust nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG.¹⁰⁵ *Knock-out-Zertifikate* vermitteln dem Inhaber unabhängig vom Kurs des Basiswertes zum Ende der Laufzeit keinen Anspruch auf Rück-

⁹⁹ Claussen/*Ekkenga*, BankR/BörsenR, § 7 Rn. 66; BeckOGK-BGB/*Vogel*, § 793 Rn. 127.

¹⁰⁰ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 8); Kirchhof/*Seer/Bleschick* § 20 Rn. 111; auch der BFH lehnt die Besteuerungslücke implizit ab, indem er diese Ansicht nicht nennt: Urt. v. 16.6.2020 – VIII R 1/17 – BFHE 269, 279, BStBl II 2021, 144 (juris: Rn. 21).

¹⁰¹ BFH, Urt. v. 16.6.2020 – VIII R 7/17 – BFHE 269, 188, BStBl II 2021, 9 (juris: Rn. 11); Brandis/*Heuermann/Ratschow* EStG, § 20 Rn. 308; Kirchhof/*Seer/Bleschick* EStG, § 20 Rn. 111.

¹⁰² Eingehend: *Bock*, DStR 2014, 2102 (2104 ff.); i.d.S. auch („macht bei wirtschaftlicher Betrachtung keinen Unterschied“): BFH, Urt. v. 16.6.2020 – VIII R 7/17 – BFHE 269, 188, BStBl II 2021, 9 (juris: Rn. 12).

¹⁰³ Kirchhof/*Söhn/Mellinghoff/Jochum* EStG, § 20 D/7 (Rn. 2), C/7 (Rn. 5); Herrmann/*Heuer/Raupach/Buge* EStG, § 20 Rn. 421.

¹⁰⁴ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 8); Kirchhof/*Söhn/Mellinghoff/Jochum* EStG, § 20 Rn. 44.

¹⁰⁵ BFH, Urt. v. 20.11.2018 – VIII R 37/15 – BFHE 263, 169, BStBl II 2019, 507 (juris: Rn. 24 ff.); BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 8a, 63).

zahlung, sofern der Kurs des Basiswertes eine vorher definierte Schwelle innerhalb der Laufzeit erreicht bzw. unterschreitet.¹⁰⁶ Diese Verluste unterfallen als Ausfall eines wertlosen Wirtschaftsgutes i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nunmehr der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 6 EStG und dürfen daher nur mit anderen Kapitaleinkünften bis zu einer Höhe von 20.000 Euro verrechnet werden.

Problematisch ist allerdings, ab wann ein wertloses Wirtschaftsgut vorliegt.¹⁰⁷ Die Frage stellt sich, wenn ein Zertifikat bei Erreichen der *Knock-out*-Schwelle nicht gänzlich verfällt, sondern die Rückzahlung eines geringen Betrages (etwa 0,001 Euro) vorsieht, um so einen wertlosen Verfall i.S.d. § 20 Abs. 6 S. 6 EStG zu vermeiden. Entscheidend ist dabei die Auslegung des Begriffes „wertlos“ i.S.d. § 20 Abs. 6 S. 6 EStG.

Der allgemeine Wortsinn des Begriffes kann dahingehend verstanden werden, dass es tatsächlich keinerlei Gegenwert geben darf. Andererseits kann nach allgemeinem Begriffsverständnis auch darunterfallen, dass ein Gegenstand keinen wirtschaftlich beachtlichen Gegenwert hat.

Aus historischer Sicht ist zu beachten, dass die Gestaltung, geringe Beträge trotz Erreichen der *Knock-out*-Schwelle auszuführen, bereits in der Vergangenheit auftrat, um das Ergebnis der früheren Rechtslage zu umgehen, dass der wertlose Verfall eines Zertifikats kein steuerbarer Verlust war.¹⁰⁸ Teilweise reagierte die Finanzverwaltung auf diese Gestaltung, indem sie Verluste nur dann anerkannte, wenn die Rückzahlung nicht bloß „symbolisch“ war, also nicht nur der Steuergestaltung dienen sollte.¹⁰⁹ Dass der Gesetzgeber diese Gestaltungsmöglichkeit gesehen hat, schlägt sich in der Gesetzesbegründung nieder („Veräußerungstatbestände, die zu Gestaltungszwecken abgewickelt werden“).¹¹⁰ Zwar bezieht er sich damit auf die Veräußerung und nicht auf den Verfall bei Eintritt des *Knock-out*-Ereignisses. Allerdings lässt sich die *ratio* durchaus übertragen.¹¹¹

Damit wird offenbar, dass der Gesetzgeber mit dem Wertlosigkeitsbegriff nach Sinn und Zweck der Vorschrift jedenfalls solche Gestaltungen erfassen wollte, bei denen die Rückzahlung wirtschaftlich betrachtet nicht nennenswert ist, sondern lediglich eine Steuergestaltung vorliegt.¹¹² Problematisch ist

¹⁰⁶ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 8a).

¹⁰⁷ Diese Problematik auch erkennend: *Dahm/Hoffmann*, DStR 2020, 81 (84).

¹⁰⁸ Vgl.: *Knoblauch*, DStR 2013, 798 (799).

¹⁰⁹ OFD Münster, DStR 2009, 1757 f.

¹¹⁰ BT-Drucks. 19/15876, S. 61.

¹¹¹ Vgl.: *Knoblauch*, DStR 2013, 798 (799).

¹¹² BT-Drucks. 19/15876, S. 61.

allerdings, wo die Grenze zu einer Steuergestaltung verläuft. Die Finanzverwaltung nimmt zu Veräußerungen an, dass diese wertlos seien, wenn der gezahlte Preis die Transaktionsgebühren nicht übersteige.¹¹³ Dies lässt sich ebenso auf die *Knock-out*-Zertifikate übertragen. Dieser Ansicht ist insoweit zuzustimmen. Zwar hängt die Steuerbarkeit damit i.d.S. von den Depotführungsgebühren ab, weswegen gleiche Veräußerungserlöse steuerlich unterschiedlich behandelt würden.¹¹⁴ Allerdings entsteht, wenn die Transaktionsgebühren den Veräußerungserlös nicht übersteigen, kein Zufluss beim Veräußernden. Würde man dies nicht mehr als „wertlos“ erachten, wären die Grenzen des Wortlauts von § 20 Abs. 6 S. 5 EStG überschritten.

Problematischer dürften allerdings die Fälle werden, in denen die Höhe des zurückgezählten Kapitals die Transaktionsgebühren geringfügig übersteigt. Die Finanzverwaltung möchte dabei regelmäßig eine wertlose Veräußerung annehmen, wenn sich die Höhe des zurückgezählten Kapitals nach den Transaktionsgebühr richtet.¹¹⁵ Vermutlich sollen damit Fälle erfasst werden, in denen die Rückzahlung etwa 0,001 Euro über Transaktionsgebühr beträgt. Zuzugeben ist dieser Auffassung, dass sie die Gesetzesintention umsetzt, eine Steuergestaltung durch Ausgestaltung des Zertifikats zu verhindern. Allerdings hilft sie nicht bei der Frage, inwieweit eine Rückzahlungssumme die Transaktionsgebühren übersteigen müsste, dass keine Steuergestaltung, sondern eine Rückzahlung aus wirtschaftlichen Zwecken anzunehmen ist. Letzteres wäre bspw. der Fall, wenn ein *Knock-out*-Zertifikat bei Erreichen der *Knock-out*-Schwelle eine Rückzahlung i.H.v. 90 % des eingesetzten Kapitals vorsähe; denn darin einen wertlosen Verfall der Forderung zu sehen, würde über die Wortlautgrenze hinausgehen. Letztlich bleibt hier nichts anderes übrig, als im Einzelfall abzuwägen, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung die Rückzahlungssumme oder eine bloße Steuergestaltung gewollt ist. Dies wird man durch Betrachtung der Höhe der Rückzahlung im Verhältnis zum überlassenen Kapital und gemessen am üblichen Verhalten der Marktteilnehmer betrachten müssen. Wegen der möglicherweise sehr einschneidenden Verlustverrechnungsbegrenzung von 20.000 Euro sollte der Begriff der Wertlosigkeit aber restriktiv verstanden werden. Freilich ist dies keine scharfe Abgrenzung, was in der Praxis zu Rechtssicherheitsproblemen führen wird.¹¹⁶

¹¹³ BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 59).

¹¹⁴ Frey/Schober, DStR 2021, 2674 (2677).

¹¹⁵ Auch insoweit auf Rückzahlung bei Erreichen der *Knock-out*-Schwelle übertragbar: BMF v. 3.6.2021, BStBl I 16, 85 (Rn. 59).

¹¹⁶ Weiss, EStB 2020, 64 (69).

Diese Problematik geht allerdings zwangsläufig mit der vom Gesetzgeber gewählten Regelungstechnik einher. Nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip sind jegliche Gewinne und Verluste gleichsam zu beachten und gegenüberzustellen. Nach dieser *ratio* ist eine Unterscheidung zwischen Total- und Teilverlusten irrelevant. Durch die Verlustverrechnungsbeschränkung und der daraus folgenden Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzips¹¹⁷ durch die unterschiedliche Behandlung von Verlusten ergeben sich deshalb Unterscheidungen, die nach wirtschaftlicher Betrachtung weder maßgebend noch sinnvoll sind. Die Rechtsunsicherheit ist damit das Ergebnis dessen, dass die Verlustverrechnungsbeschränkung die wirtschaftliche Realität der Kapitalerträge nicht angemessen abbildet.

(ii) Verfall von Optionsscheinen und wertloser Verkauf

Analog zum Verfall von *Knock-out*-Zertifikaten verhält sich auch der Verfall von Optionsscheinen. Die Verluste sind nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG steuerbar; sie unterliegen der Verlustverrechnungsbegrenzung nach § 20 Abs. 6 S. 6 EStG. Ob eine wertlose Einlösung vorliegt, wenn eine teilweise Rückzahlung des Kapitals bei Verfall des Optionsrechts vereinbart ist, richtet sich nach den unter III.1.f.dd.i. genannten Grundsätzen. Auch die Wertlosigkeit des Verkaufs eines Zertifikats ist nach diesen Grundsätzen zu bestimmen.

2. Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften, §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG

Der Handel mit Derivaten kann mittelbar Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften gem. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG nach sich ziehen. Wenn es bei der Abwicklung des Geschäfts zur tatsächlichen Übertragung des Basiswertes kommt, liegen keine Einkünfte aus Kapitalvermögen vor (vgl. o., S. 5). Da Kryptowährungen *de lege lata* sonstige Wirtschaftsgüter i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG sind, kommt es aber bei der Weiterveräußerung der mittels Derivats erlangten Kryptowährung im Privatvermögen zu Einkünften gem. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG.¹¹⁸ Der Basispreis des Derivats ist als Anschaffungswert für die Gewinnermittlung erheblich (vgl. § 23 Abs. 3 S. 1). Zu beachten ist bei den Einkünften aus §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG insbesondere, dass der Gewinn aus der Veräußerung der Kryptowährung nach einem Jahr Haltedauer im Grundsatz steuerfrei

¹¹⁷ *Driën*, FR 2020, 663 (668); *Bordewin/Brandt/Geurts* EStG, § 20 Rn. 773; *Jachmann-Michel*, jM 2020, 120 (122).

¹¹⁸ Vgl. hierzu und zu weiterführenden Fragen: *Jachmann-Michel*, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, S. 29 f. (m.w.N.).

ist (§ 23 Abs. 1 S. 1 EStG)¹¹⁹ und dass Gewinne erst ab der Freigrenze von 600 Euro steuerbar werden (§ 23 Abs. 3 S. 5 EStG).

3. Einkünfte aus Gewerbebetrieb § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG

Neben den Einkünften in der privaten Vermögenssphäre, kann der Handel mit Derivaten auf Kryptowährung auch gewerbliche Einkünfte i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG nach sich ziehen. Im Grundsatz ordnet der Gesetzgeber die Einkünfte aus Derivaten aber der privaten Vermögenssphäre zu. Nach der i.R.d. Überschusseinkünfte geltenden Quellentheorie werden grundsätzlich nur solche Vermögenszuwächse besteuert, bei denen dies ausdrücklich vorgesehen ist. Innerhalb der Gewinneinkünfte sieht der Gesetzgeber hingegen nach der Reinvermögenszugangstheorie jegliche Vermögenmehrung als steuerbar an.¹²⁰ *E contrario* ergibt sich aus der ausdrücklichen Steuerbarkeit der Derivate durch § 20 Abs. 1 Nr. 7, 11, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 7 EStG, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von Überschusseinkünften, also privater Vermögensverwaltung ausgeht.¹²¹

a) Abgrenzung im Bereich des Derivatehandels

Eine gewerbliche Tätigkeit liegt beim Derivatehandel aber dann vor, wenn keine Nutzung des Vermögens zur Fruchtziehung, sondern eine Ausnutzung der substantiellen Vermögenswerte durch Umschichtung betrieben wird.¹²² Letzteres liegt vor, wenn sich das Gesamtverhalten des Händlers als bankentypisches Auftreten darstellt.¹²³ Für ein bankentypisches Handeln sprechen nach Rechtsprechung des BFH insbesondere das Tätigwerden für fremde Rechnung, das Unterhalten eines Büros, das Ausnutzen eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrung und weitere für die private Vermögensverwaltung ungewöhnliche Verhaltensweisen. Ein erhebliches Handelsvolumen oder eine hohe Handelsfrequenz (sog. *Daytrading*) alleine genügen nicht.¹²⁴

b) Besonderheiten bei Kryptowährungen als Basiswert?

Durch die genannten Kriterien zur Abgrenzung ergeben sich auch keine Besonderheiten für Derivate mit Kryptowährungen als Basiswert ggü. Derivaten

¹¹⁹ Weiterführend zu den Auswirkungen des *Lending* auf die Spekulationsfrist: *Carlé/Winkler*, DStZ 2020, 882 (883 ff.); zum *Staking*: *Krüger*, BB 2018, 1887 (1890 f.).

¹²⁰ BVerfG, Beschl. v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02 – BVerfGE 127, 1-31, BStBl II 2011, 76 (juris: Rn. 82 f.).

¹²¹ BFH, Urt. v. 28.11.2007 – X R 24/06 (juris: Rn. 36); *Sanning*, FR 2022, 244 (246).

¹²² BFH, Urt. v. 20.12.2000 – X R 1/97 – BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706 (juris: Rn. 32).

¹²³ BFH, Urt. v. 28.11.2007 – X R 24/06 (juris: Rn. 27 f.); zu Wertpapieren: Urt. v. 30.7.2003 – X R 7/99 – BFHE 204, 419, BStBl II 2004, 408 (juris: Rn. 28; m.w.N.).

¹²⁴ Grundlegend: BFH, Urt. v. 20.12.2000 – X R 1/97 – BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706 (juris: Rn. 33 f.).

mit anderen Basiswerten.¹²⁵ Selbst wenn man aus dem Unterschied zwischen *cash settlement* und Lieferung des Basiswertes Unterschiede in der Abgrenzung zum gewerblichen Handel sehen würde, etwa weil die tatsächliche Lieferung von Kryptowährungen eher einem Direktinvestment ähnelt, bliebe zu beachten, dass auch bei Direktinvestments in Kryptowährungen eine Abgrenzung nach bankentypischem Verhalten vorgenommen wird.¹²⁶ I.d.S. würden sich in der Abgrenzung also keine Unterschiede ergeben.

IV. Konsequenz der Einordnung

Für die Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 EStG gilt vorbehaltlich der Günstigerprüfung (§ 32d Abs. 6 S. 1 EStG) der spezielle Steuertarif gem. § 32d Abs. 1 S. 1 EStG i.H.v. 25 % zzgl. 1,375 % Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer.¹²⁷ Für die Erträge aus § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG und §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG gilt der persönliche Steuersatz, § 32a Abs. 1 EStG. Daneben ergeben sich auch Besonderheiten für die Ermittlung der Summe der Einkünfte. Die Summe der Einkünfte ist für die Kapitalerträge aus § 20 EStG getrennt von den übrigen Einkunftsarten zu ermitteln (*argumentum e* §§ 2 Abs. 3 – 5, 32a Abs. 1, 32d Abs. 1 S. 1 EStG). Folgerichtig können Verluste aus Einkünften nach § 20 EStG auch nicht mit den Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden, § 20 Abs. 6 S. 1 EStG. Ein Verlustvortrag bzw. -rücktrag nach § 10d Abs. 1 bzw. 2 EStG ist ebenfalls nur mit Einkünften aus Kapitalvermögen möglich. Für Verluste aus Termingeschäften nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG gilt die Verlustverrechnungsbeschränkung aus § 20 Abs. 6 S. 5 EStG. Diese Verluste dürfen nur mit Gewinnen aus anderen Termingeschäften und Stillhalterprämien bis zu einer Höhe von 20.000 Euro p.a. verrechnet werden. Die Verluste i.S.d. § 20 Abs. 6 S. 6 EStG können zwar mit jeglichen Erträgen aus Kapitalvermögen, allerdings nur bis zu einer Höhe von 20.000 Euro p.a. verrechnet werden. Die Verfassungskonformität dieser Regelungen wird wegen der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips bisweilen in Frage gestellt.¹²⁸ Ungeachtet dessen führen die

¹²⁵ *Sanning*, FR 2022, 244 (247).

¹²⁶ BMF-Entwurf v. 17.6.2021 (Rn. 38); so auch die zurzeit vorherrschende Auffassung in der Literatur: *Albrecht/John*, FR 2019, 393 (401 f.); *Kanders/Thonemann-Micker/Gräfe*, ErbStB 2018, 145 (148 f.); *Sanning*, FR 2022, 244 (245).

¹²⁷ Eine konkrete Normenkontrolle in Hinblick auf § 32d Abs. 1 EStG i.V.m. § 43 Abs. 5 EStG ist derzeit beim BVerfG anhängig: Niedersächsisches FG v. 18.3.2022 - 7 K 120/21.

¹²⁸ Ein Vorlageverfahren des BFH zu § 20 Abs. 6 S. 4 n.F. ist bereits beim BVerfG anhängig: BFH, Vorlagebeschluss v. 17.11.2020 – VIII R 11/18 – BFHE 271, 399, BStBl II 2021, 562; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken des S. 5 und 6 n.F.: *Drüen*, FR 2020, 663 (665 ff.); *Kirchhof/Seer/Bleschick* EStG, § 20 Rn. 177a ff.; *Weiss*, EStB 2020, 64 (69).

Verlustverrechnungsbeschränkungen aus § 20 Abs. 6 S. 5 und 6 EStG jedenfalls zu Wertungswidersprüchen innerhalb der Besteuerung von Derivaten.

1. Wertungswidersprüche innerhalb des § 20 EStG

Innerhalb des § 20 EStG erfolgen die Wertungswidersprüche insbesondere daraus, dass verschiedene Derivate von verschiedenen Tatbeständen der Absätze 1 und 2 erfasst sind und folglich verschiedenen Verlustverrechnungsbeschränkungen unterliegen. Dabei werden Friktionen zwischen Verlusten des Stillhalters und des Optionsinhabers offenbar: Während die Verluste des Stillhalters unbegrenzt und mit jeglichen anderen Kapitaleinkünften verrechnet werden dürfen, unterfallen die Verluste des Optionsinhabers dem § 20 Abs. 6 S. 5 EStG. Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber die Verlustverrechnungsbegrenzung in § 20 Abs. 6 S. 5 EStG mit Verlustrisiken für den Staatshaushalt¹²⁹ begründet,¹³⁰ leuchtet diese Unterscheidung nicht ein. Es ist nicht der Fall, dass die Position des Stillhalters stets weniger risikoträchtig ist.

Auch die unterschiedliche Behandlung von Termingeschäften und Kapitalforderungen zeigt Wertungswidersprüche. Zwar können Verluste in beiden Fällen nur bis zu einer Höhe von 20.000 Euro verrechnet werden; allerdings können Verluste aus wertlosen Kapitalforderungen nach § 20 Abs. 6 S. 6 EStG mit allen sonstigen Kapitaleinkünften verrechnet werden, Verluste aus Termingeschäften sind dahingehend nach § 20 Abs. 6 S. 5 EStG begrenzt. Auch diese Unterscheidung ist nach der Gesetzesbegründung willkürlich: So sind bspw. unverbriefte Optionen ggü. den Optionsscheinen nicht per se risikoreicher; weswegen die unverbrieften Optionen stärker in der Verlustverrechnung begrenzt werden sollten, erschließt sich nicht.

2. Wertungswidersprüche zu gewerblichen Einkünften

§ 15 Abs. 4 S. 3 EStG enthält ebenfalls eine sachliche Verlustverrechnungsbeschränkung für Termingeschäfte. Diese ist aber nicht auf 20.000 Euro begrenzt. Der Steuerpflichtige, der gewerbliche Einkünfte durch den Derivatehandel erzielt, hat damit Vorteile, wenn er durch Termingeschäfte Gewinne und Verluste jenseits der 20.000 Euro erzielt. Es ist nicht ersichtlich, dass Termingeschäfte bei gewerblichen Einkünften niedrigere Verlustrisiken bergen als im Bereich der privaten Vermögensverwaltung, weswegen auch diese Unterscheidung rationaler Erwägungen entbehrt.

¹²⁹ So zumindest: *Drüen*, FR 2020, 663 (669); *Jachmann-Michel*, jM 2020, 120 (122).

¹³⁰ BT-Drucks. 19/15876, S. 61.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber bei gewerblichen Einkünften das wirtschaftliche Bedürfnis von Absicherungsgeschäften durch Derivate gesehen und mit § 5 Abs. 1a EStG i.V.m. § 254 HGB eine Möglichkeit geschaffen, die Verlustverrechnung solcher „rationaler“ Termingeschäfte in einem bestimmten Umfang zu ermöglichen: § 254 HGB gestattet ausnahmsweise eine sog. Bewertungseinheit von Ausgangs- und Sicherungsgeschäft innerhalb der Bilanz. Das erlaubt es, vor der Ebene der Verlustverrechnungsbegrenzung des § 15 Abs. 4 S. 3 EStG Gewinne aus einem Grundgeschäft mit Verlusten aus dem Termingeschäft zu verrechnen, wenn dieses (etwa beim *Hedging*) als Sicherungsgeschäft getätigt werden.¹³¹ Dass der Gesetzgeber dem Privatanleger für solche Fälle keinen Ausnahmetatbestand geschaffen hat, stellt eine nicht nachvollziehbare Schlechterstellung der Privatanleger dar. Der Gesetzgeber nimmt damit eine „Flucht in die gewerblichen Einkünfte“ in Kauf.¹³²

3. Wertungswidersprüche zu privaten Veräußerungsgeschäften

§ 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG weist im Gegensatz zu § 20 Abs. 6 S. 5, 6 EStG keine summenmäßige Verlustverrechnungsbegrenzung auf. Folglich bietet § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG insbesondere dann beachtliche Vorteile, wenn Gewinne und Verluste aus Termingeschäften bzw. Kapitalforderungen von über 20.000 Euro verzeichnet werden. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Parteien von Terminkontrakten in Zukunft häufiger von einem *cash settlement* absehen und zur Lieferung des Basiswertes übergehen werden, um so Einkünfte nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG zu erzielen.¹³³ Dies dürfte i.Ü. zu einer größeren Anzahl an Leerverkäufen von Kryptowährungen führen, da viele Marktteilnehmer Derivate deshalb nutzen, weil sie den Basiswert selbst nicht halten wollen. Solche Leerverkäufe sind beim Veräußernden von § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EStG erfasst, sodass auch hier keine Verlustverrechnungsbegrenzung besteht. Besonders bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber durch diesen Anreiz in keiner Weise etwaige Risiken von Termingeschäften minimiert, sondern nur zu einer anderen Handelspraktik drängt.

¹³¹ Vgl.: *Drüen*, FR 2020, 663 (666 f.).

¹³² Vgl.: *Bron*, BB 2020, 535 (536); *Drüen*, FR 2020, 663 (666).

¹³³ *Bron*, BB 2020, 535 (536); *Drüen*, FR 2020, 663 (666 f.).

V. Fazit

Das System innerhalb des § 20 EStG vermag die Einkünfte aus dem Handel mit Derivaten umfassend und im Grundsatz sinnvoll abzudecken; etwaige Besteuerungslücken sind gegenwärtig nicht ersichtlich. Besonderheiten im Zusammenhang mit Kryptowährungen als Basiswerten ergeben sich im Bereich des Differenzausgleichs nicht, da die Besteuerung unabhängig vom Basiswert vorgenommen wird.

Steuerliche Unterschiede beim Derivatehandel ergeben sich aber zwischen der Lieferung des Basiswertes und einem *cash settlement* – insbesondere in Hinblick auf Steuertarif und Steuerbarkeit nach einem Jahr Haltedauer. Diese Unterschiede sind letztlich Ausfluss des Systems der Kapitalertragssteuer, die die Kapitalerträge aus den Erträgen aus privaten Veräußerungsgeschäften ausgliedert. Eine Kritik hieran ließe sich nicht spezifisch auf die Besteuerung von Derivaten mit Kryptowährungen als Basiswert beschränken, sondern würde sich grundsätzlich gegen das System der Kapitalertragsteuer richten.

Friktionen innerhalb des § 20 EStG und zu anderen Einkunftsarten ergeben sich aufgrund der Verlustverrechnungsbeschränkungen in § 20 Abs. 6 S. 5 und 6 EStG. Sachverhalte werden je nach Handelstechnik teilweise unterschiedlich behandelt und es werden Anreize gesetzt, oftmals nicht sinnvolle Handelspraktiken (Lieferung des Basiswertes anstatt eines *cash settlements*) vorzunehmen. Weiterhin sind wegen der Verlustverrechnungsbegrenzung in § 20 Abs. 6 S. 5 und 6 EStG erhebliche Rechtsunsicherheiten zu erwarten. Die Abgrenzung zwischen Termingeschäft und Kapitalforderung erhält praktische Relevanz und offenbart Schwierigkeiten bei der Begriffsbestimmung des Termingeschäfts. Wünschenswert wäre deshalb auch eine genauere Konkretisierung des Termingeschäfts dahingehend, dass es in Abgrenzung zum Kassageschäft zu verstehen ist. Weiterhin wird die Begriffsbestimmung eines „wertlosen“ Wirtschaftsgutes i.S.d. § 20 Abs. 6 S. 6 in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten und die Finanzverwaltung sowie die Finanzgerichte zu einer kasuistischen Entscheidungsmethodik zwingen. Der Gesetzgeber sollte aus diesen Gründen die von ihm geschaffene Evaluationsmöglichkeit der Verlustverrechnungsbeschränkungen¹³⁴ nutzen, um diesen gesetzgeberischen Fehlgriff rückgängig zu machen.

¹³⁴ BT-Drucks. 19/15876, S. 62.