

Termingeschäfte im allgemeinen Gewerbebetrieb

Prof. Dr. *Thomas Zacher*, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Steuerberater, Rechtsanwälte Zacher & Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach

I. Termingeschäfte als Gegenstand von „Sondereinkünften“

(Finanz-)Termingeschäfte sind Finanzinstrumente, deren Wert unmittelbar oder mittelbar vom Börsen- bzw. Marktpreis von Finanzinstrumenten, Geldmarktinstrumenten, Devisen oder Rechnungseinheiten, Zinssätzen oder anderen Erträgen bzw. dem Börsen- oder Marktpreis von Waren oder Edelmetallen abhängig ist. Erweiternd kann man noch hinzusetzen, daß als Bezugsgröße neben den vorgenannten gängigen Werten letztlich alle intersubjektiv zwischen den Vertragsparteien ermittelbaren Sachverhalte herangezogen werden können; so könnten z. B. Termingeschäfte auch auf die zukünftigen Anteile von Sonnentagen in einer bestimmten Periode an einem bestimmten Ort oder die Tor-differenz eines bestimmten Fußballclubs in einer zukünftigen Spielperiode bezogen sein. Solche – zum Teil am Markt durchaus festzustellenden – „Exoten“ dürften aber in der Besteuerungspraxis aufgrund der nachfolgend zu diskutierenden Merkmale per se ausscheiden. Eingrenzend werden im Steuerrecht dabei 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, definiert.¹ Bezogen auf die Bindungswirkung kann zwischen beiderseitig schon vorab verbindlich abgeschlossenen Festgeschäften und Optionsgeschäften unterschieden werden, bei denen lediglich eine Partei die Möglichkeit hat, unter vertraglich definierten Bedingungen (und einen bei Abschluß oder Ausübung des Geschäftes zu zahlenden, aber vorab definierten Preis) von der anderen Seite die Durchführung eines bestimmten künftigen Geschäftes zu verlangen.

Im Rahmen der ertragsteuerlichen Einkünfteermittlung spielen nur solche Termingeschäfte eine Rolle, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt.² Zu den Termingeschäften gehören unter anderen Optionen, Swapgeschäfte, Kombinationen zwischen beidem, nicht jedoch Kassageschäfte

wie z. B. Zertifikate oder Wertpapierdarlehen.³ Nach ganz überwiegender Ansicht sind für steuerliche Zwecke auch solche Geschäfte auszuschließen, die auf tatsächlicher („physischer“) Lieferung des Basiswerts am Ende der Laufzeit gerichtet sind.⁴

Auch im Rahmen des derart für steuerliche Zwecke etwas eingeschränkten Anwendungsbereiches des Begriffs „Termingeschäfte“ haftet diesem jedoch der „Makel“ des besonders Spekulativen an. Geht man modellhaft von vollständig transparenten Märkten oder jedenfalls den Vertragsparteien hypothetisch im gleichen Maße zugänglichen Wissens über die Marktverhältnisse aus und schließt zugleich Sonderfälle wie – ggf. rechtswidrig intransparentes – Insiderwissen aus, kommen Termingeschäfte nur dann in Betracht, wenn die subjektiven Erwartungen an zukünftige Verhältnisse trotz gleicher gegenwärtiger Beurteilungsgrundlagen differieren. Oder anderes herum: Würde nicht eine Partei des Termingeschäfts glauben, die zukünftige Entwicklung des Basiswertes „besser“ einschätzen zu können als die andere, gäbe es praktisch keine (entgeltlichen) Termingeschäfte.

Das Steuerrecht trägt diesem besonderen Charakter dadurch Rechnung, daß es den Termingeschäften im Rahmen der herkömmlichen Einkunftsarten auf verschiedenen Wegen eine besondere Behandlung zukommen läßt. Zu den allgemeinen Einkünften aus Kapitalvermögen gehören solche Termingeschäfte erst durch den mit dem Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 geschaffenen § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG mit dem damit verbundenen besonderen Steuerregime einschließlich der auf diese Einkunftsart begrenzten Verlustverrechnung; vorher waren sie in noch weitaus mehr eingeschränkter Form durch § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG 1999 erfaßt.

Allerdings gilt nach § 20 Abs. 8 EStG auch insoweit der Vorrang der Zuordnung zu anderen Einkunftsarten. In der Praxis häufig kommt ein Zusammenhang zu den Ein-

1 Vgl. etwa BFH, Urteil vom 06.07.2016 – I R 25/14 m.w.N.

2 BFH, wie FN 1; ergänzend BFH, Bundessteuerblatt II 2015, Seite 177.

3 Vgl. etwa *Schmidt-Wacker*, EStG, § 15 Rz. 902.

4 Vgl. etwa *Kirchhof-Reiß*, EStG, § 15 Rz. 418a ff.

künften aus Vermietung und Verpachtung vor, wobei jedoch dort für Termingeschäfte keine gesetzliche Sonderregel besteht. Dort wird allerdings die Problematik durch eine besonders kritische Betrachtung des Zurechnungszusammenhangs zwischen Termingeschäft und den konkreten Einkünften behandelt, bei oftmals zusätzlicher Differenzierung hinsichtlich der laufenden Berücksichtigung der Wirkungen solcher Termingeschäfte und dem abschließend positiven oder negativen Ergebnis bei Beendigung des Termingeschäftes.⁵ Im Rahmen der gewerblichen Einkünfte hat sich hingegen der Gesetzgeber veranlaßt gesehen, durch § 15 Abs. 4 Satz 3-5 EStG eine ausdrückliche Sonderregelung zu statuieren. Bezeichnend ist, daß hier ausdrücklich die gesonderte Behandlung nur entsprechende Verluste, nicht aber Gewinne aus Termingeschäften ergreift, was jedenfalls Ausdruck des besonderen „Mißtrauens“ gegenüber solchen „Spekulationsgeschäften“ sein dürfte. Bemerkenswert ist wiederum, daß die vorgenannte Sonderregelung bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft und selbstständiger Arbeit weder ausdrücklich noch entsprechend anzuwenden ist. Es mag einzuräumen sein, daß dort Termingeschäfte in der Praxis nicht so häufig vorkommen; daß aber z. B. ein Landwirt ebenso wie ein Wirtschaftsprüfer bei der Finanzierung von Investitionen auch Termingeschäfte einsetzt, ist jedoch durchaus denkbar und war auch bereits Gegenstand streitiger Einzelfall-Entscheidungen. Dort wird es aber wiederum als ausreichend erachtet, die entsprechende Problematik über eine kritische Betrachtung des Zurechnungszusammenhangs zur jeweiligen Einkunftsart zu lösen.

II. Ratio des § 15 Abs. 4 Satz 3-5 EStG

§ 15 Abs. 3 Satz 3 EStG schließt zunächst im Sinne einer Regelanordnung Verluste aus Termingeschäften von der allgemeinen Behandlung im Rahmen der Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus, obwohl er denknötwendig eine generelle betriebliche Veranlassung⁶ voraussetzt. Dieser Sonderbehandlung werden nur Verluste, nicht aber Gewinne aus Termingeschäften unterworfen.⁷ Darüber hinaus enthält § 15 Abs. 4 Satz 4 EStG wiederum zwei Rückausnahmen – die hier interessierende Absicherung von Geschäften im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs bei gewerblichen Unternehmen im Allgemeinen oder die Zuordnung zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen, die einer besonderen Ratio unterliegt und hier im Folgenden nicht näher behandelt werden soll.

Das Verhältnis von Regel (gewerbliche Einkünfte), Ausnahme (§ 15 Abs. 4 Satz 3 EStG) und Rückausnahme (§ 15 Abs. 4 Satz 4 EStG) könnte nun zunächst darauf hindeuten, daß eine generell eher einschränkende Betrachtung geboten sei. So wird auch vielfach vertreten, daß die Regelungsmechanik im Bereich der allgemeinen gewerblichen Einkünfte

letztlich ausschließen solle, daß „eigentlich“ auf einer eher subjektiven Risikoeinschätzung des Gewerbetreibenden beruhende Spekulationsgeschäfte unter äußerlicher Einkleidung in eine betriebliche Veranlassung in den betrieblichen Bereich verlagert werden und damit im Mißerfolgsfall dadurch spekulative Verluste mit allgemeinen Gewinnen verrechnet werden könnten.⁸ Hierfür könnte sprechen, daß eben nur entsprechende Verluste nicht in die betriebliche Sphäre einbezogen werden sollen, wohl aber Gewinne. Andererseits scheint dies gerade fragwürdig, da eine Mißbilligung derartiger im betrieblichen Bereich verlagertes „Spekulationsergebnisse“ dann wohl auch konsequenter Weise nicht nur im Mißerfolgs-, sondern gerade auch im Erfolgsfall eines Sonderregimes bedürft hätte (etwa im Sinne eines „Rückfalls“ in das Sonderregime der Einkünfte aus Kapitalvermögen). Bei dieser Betrachtung hätte im Übrigen wohl auch im Bereich der gewerblichen Einkünfte die bei den anderen Einkunftsarten herangezogene besondere kritische Betrachtung des Zurechnungszusammenhangs zur entsprechenden Einkunftsart, notfalls eine Subsumtion unter § 42 AO, weitergeholfen, um mißbräuchliche Gestaltungen zu vermeiden.

Wohl auch um diese Imparität zu vermeiden, wird dagegen vielfach vertreten, daß § 15 Abs. 4 Satz 3 durchaus nicht nur eine Abwehrvorschrift gegen Mißbrauchsfälle im engeren Sinne sei und subjektiv auch keine Spekulationsabsicht des Steuerpflichtigen erfordere.⁹ Schließt man sich dieser Auffassung an, dürften die vorgenannten systematischen Bedenken – auch im Hinblick auf die anderen Einkunftsarten – vielleicht ebenso wie der Gedanke einer allzu fiskal-orientierten Betrachtungsweise weniger Platz greifen; im Gegenzug erscheint es dann aber zugleich auch geboten, die Rückausnahme der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes nicht als „Ausnahme der Ausnahme“, sondern als gleichrangig notwendige Eingrenzung des Ausnahmetatbestandes zu Gunsten des Gewerbetreibenden anzusehen.

III. Betriebliche Veranlassung

Die Rechtsprechung und ihr folgend die Literatur in der Praxis beschreitet tendenziell zunächst den letztgenannten Weg. Dies zunächst bei dem allgemein geltenden Merkmal der betrieblichen Veranlassung, welche im Rahmen von § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG – und insoweit durchaus abweichend von Tendenzen bei den anderweitigen Ein-

5 Vgl. hierzu Zacher, steueranwaltsmagazin 2016, 148 ff.

6 Vgl. dazu unten III.

7 Kritisch etwa Kirchhof-Reiß, a.a.O.

8 Vgl. in diesem Sinne etwa Blümich-Bode, EStG, § 15 Rz. 655.

9 Vgl. etwa BFH, Urteil v. 06.07.2016 – 1 R 25/14 m.w.N. zur Gesetzgebungshistorie und zum Meinungsstand.

kunftsarten – großzügig ausgelegt wird. Der Zuordnung zur betrieblichen Sphäre werden selbst der regelmäßigen Geschäftstätigkeit nicht entsprechende oder gar den internen Anweisungen zuwiderlaufende Termingeschäfte als noch betrieblich veranlaßt angesehen¹⁰, sondern sogar solche Geschäfte, welche allenfalls dem gewillkürten Betriebsvermögen zugerechnet werden könnten.¹¹ Im Hinblick auf Kapitalgesellschaften wird ergänzend darauf verwiesen, daß diese ohnehin über keine außerbetriebliche Sphäre verfügten und auch die gleichzeitige Annahme einer vGA durch das entsprechende Termingeschäft eine betriebliche Veranlassung nicht ausschloße.¹² Das Merkmal der betrieblichen Veranlassung ist also im Rahmen von § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG – anders als die Entsprechung bei den anderen Einkunftsarten – regelmäßig nicht das maßgebliche Abschlußkriterium.

IV. Absicherung des „gewöhnlichen Geschäftsbetriebes“

Was grundsätzlich betrieblich veranlaßt ist, muß nicht zugleich zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören. Außerhalb des hier nicht behandelten Finanzsektors mag hier eine Feststellung im Einzelfall schwierig sein. Allerdings: Es erschiene wenn nicht widersprüchlich, so doch als recht sophistisch, wenn man zwar bei der betrieblichen Veranlassung die dargestellten recht großzügigen Maßstäbe anlegen würde, nur um dann bei dem Merkmal des „gewöhnlichen Geschäftsbetriebes“ eine allzu strenge Auslese an anderer Stelle vorzunehmen, um zu letztlich gleichen Ergebnissen zu gelangen. Denn auch im Rahmen des Merkmals des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes kommt es auf die tatsächliche Tätigkeit des Unternehmens an.¹³ Es erschiene auch mit der jedenfalls überwiegend vertretenen Beurteilung des über eine reine Mißbrauchsbekämpfungsvorschrift hinausgehenden Charakters des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG und der Erstreckung nicht nur auf reine Spekulationsgeschäfte unvereinbar, wenn man davon ausginge, daß (außerhalb des Finanzsektors) schon jedes Termingeschäft aufgrund der Unsicherheit des Erfolges im wirtschaftlichen Sinne nicht zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit gehören könne.¹⁴ Damit verbleibt durchaus ein hinreichender Differenzierungsbereich zwischen betrieblicher Veranlassung an sich und Zuordnung zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb. Zu ersterem, aber nicht zu letzterem mag das gehören, was außerhalb der üblichen Geschäftstätigkeit der Art oder der Größenordnung nach liegt, wobei gerade hier der tatsächliche Zuschnitt des Unternehmens eine Rolle spielt. Bei dem einen Unternehmen sind komplexe Finanzierungsgeschäfte generell nicht an der Tagesordnung, bei einem anderen Unternehmen zwar nicht regelmäßig, aber doch nicht ungewöhnlich, und bei einem dritten Unternehmen können auch größere und komplexere Finanzierungsstrukturen durchaus zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb ge-

rechnet werden, wie etwa im Bauträgersgeschäft oder bei dem Bau von Großanlagen.

Darüber hinaus muß die Verbindung des Termingeschäftes zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb des gewerblichen Unternehmens gerade in der Funktion der „Absicherung“ nach dem Wortlaut des Gesetzes bestehen. Wie in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich übereinstimmend anerkannt wird, beinhaltet dies subjektive wie objektive Komponenten. Tatsächlich ist es auch die Feststellung dieser Komponenten, die im Einzelfall in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten und zu Differenzen zwischen dem Steuerpflichtigen und der Finanzverwaltung führt.

V. Subjektiver Sicherungszusammenhang

In der Rechtsprechung wird stets betont, daß neben dem objektiven Nutzungs- und Funktionszusammenhang auch ein subjektiver Sicherungszusammenhang vorliegen muß, auch wenn dieser allein für nicht ausreichend gehalten wird.¹⁵ Allerdings dürfte dieser subjektive Sicherungszusammenhang in den meisten praktischen Fällen nur eine geringe eigenständige Bedeutung haben. Denn er wird regelmäßig daraus geschlossen (und im Einzelfall auch bejaht), daß die objektive Korrelation zwischen Grundgeschäft und dem es sichernden Termingeschäft gegeben ist. Liegt diese nicht vor, nützt allein die subjektive „Sicherungsvorstellung“ nichts; ist er objektiv gegeben, bedarf es wohl extrem atypischer Fallgestaltungen, in denen nachgewiesen werden könnte, daß gleichwohl subjektiv eine solche Sicherung nicht bezweckt worden wäre.

Allerdings: Manchmal findet man auch an dieser Stelle die Argumentation, daß der Gewerbetreibende bei Abschluss des Termingeschäfts habe erkennen können, daß die Realisierung eines positiven Ergebnisses aus dem Sicherungsgeschäft doch unsicher gewesen sei, weshalb ihm schon subjektiv ein solcher „reiner Sicherungszweck“ abzusprechen sei. Eine solche Argumentation verkennt jedoch, daß letztlich jede unternehmerische Entscheidung Risiken in sich birgt und geradezu wesensmäßig mit den Einkünften aus Gewerbebetrieb verbunden ist. Selbst dann, wenn der negative Ausgang eines Termingeschäftes zu den entsprechenden Verlusten führt, würde die steuerliche Berücksichtigung diesen Nachteil nur wirtschaftlich eingrenzen.

¹⁰ Vgl. etwa BFH, a.a.O., wie Fußnote 10.

¹¹ Vgl. hierzu *Schmidt-Wacker*, EStG, § 15 Rz. 901 mit allerdings differenzierender Betrachtung.

¹² *Schmidt-Wacker*, a.a.O., unter Berufung auf BFH, I R 106/99.

¹³ So etwa *Herrmann/Heuer/Raupach-Intemann*, § 15 EStG, Rz. 1560 – im folgend insoweit auch BFH, Urteil vom 06.07.2016 – I R 25/14, trotz grundsätzlich anderer Tendenz.

¹⁴ Diesen Widerspruch, allerdings verneinend BFH, a.a.O.; tendenziell anders FG Baden-Württemberg, Beschluß vom 18.10.2019 – 3 V 1547/19.

¹⁵ Statt aller z.B. BFH, Urteil v. 20.08.2014 – X-R 13/12.

Auch bei unterstellter steuerlicher Berücksichtigungsfähigkeit entstände hierdurch per Saldo für den Gewerbetreibenden kein „Gewinn“. Allein aus dem Wissen um einen potenziell auch negativen Ausgang schon auf den mangelnden subjektiven Sicherungszusammenhang im Sinne eines mindestens „bedingten Vorsatzes“ zu schließen, erscheint daher abwegig.

VI. Objektive Eignung zur Sicherung I – äußere Kongruenz

Hilfreicher für eine sachgerechte Differenzierung sind daher regelmäßig die objektiven Merkmale, die für oder gegen einen Sicherungszweck durch das in Rede stehende Termingeschäft sprechen. Zunächst einmal ist hier – insoweit grundsätzlich nach einhelliger Meinung – eine hinreichende äußere Übereinstimmung zwischen dem zu sichernden Geschäft und dem seiner Absicherung dienenden Termingeschäft nötig. Das klassische Beispiel ist hier ein Darlehen, welches Risiken wie etwa ein Zinsänderungs- oder ein Währungsrisiko enthält. Im Hinblick auf die äußere Kongruenz mit dem Termingeschäft werden dabei typischerweise folgende Parameter genannt:

- Gleichlauf der Höhe der Beträge,
- Gleichlauf der laufenden Zins- und ggf. Tilgungstermine,
- sachlicher und zeitlicher Zusammenhang von Abschluß des zu sichernden Geschäftes und des Termingeschäftes,
- Gleichlauf der Endtermine,

um nur die häufigsten in diesem Zusammenhang genannten Parameter zu nennen. Eine völlige Übereinstimmung dieser Parameter macht sicher die Bejahung des objektiven Sicherungszusammenhangs einfach, wie es umgekehrt nachvollziehbar ist, daß weit „überschießende“ Parameter des „sichernden“ Termingeschäftes auf eine mangelnde Verbindung zu dem zu sichernden Geschäft hindeuten.

Umgekehrt ist dies aber nicht unbedingt der Fall. So ist es im Einzelfall durchaus denkbar, daß etwa der Höhe nach nur ein Teil des zu sichernden Geschäftes der Höhe nach durch das Termingeschäft abgesichert wird. Besteht etwa ein Währungsrisiko im Hinblick auf den vollen Betrag eines zukünftig durchzuführenden Exportgeschäftes, fällt der diesbezügliche Sicherungszweck nicht schon deshalb weg, weil das Unternehmen (ggf. wiederum aus Kostengründen) etwa nur die Hälfte dieses Risikos durch ein Termingeschäft abdeckt. Entsprechendes gilt z. B. für die Fälle, in denen in zeitlicher Hinsicht nur ein bestimmtes Stück des Weges abgesichert wird. Auch kann es vorkommen, daß etwa verschiedene Einzelgeschäfte gemeinsam durch ein übergreifendes Termingeschäft abgesichert werden.¹⁶ Hier ist allerdings auch der Steuerpflichtige und sein Berater gefragt, um solche Zusammenhänge von vorne herein hinreichend zu dokumentieren, wenn sie nicht allein aus den äußeren Daten von dem zu sichernden Geschäft (oder den Geschäften) und dem Termingeschäft hervorgehen. Es er-

scheint durchaus verständlich, daß die Finanzverwaltung bzw. der Betriebsprüfer hier keine Veranlassung sieht, nach einem aus seiner Sicht etwaig „versteckten“ oder übergreifenden Sachzusammenhang aus eigener Veranlassung zu forschen, wenn der Steuerpflichtige hierfür keine Beweismittel getroffen hat. Gibt es aber eine entsprechende Dokumentation, sind auch im Einzelfall etwas komplexere Funktionszusammenhänge, wie sie in der Wirtschaft durchaus vorkommen, zu prüfen.

VII. Objektive Eignung II. – innere Kongruenz

Wird die objektive Eignung zur Absicherung des zu sichernden Geschäftes im Hinblick auf eine hinreichende äußerliche Kongruenz bejaht, bleibt oft als Diskussionspunkt die hier so genannte „innere Kongruenz“. Hiermit ist die gegenläufige Erfolgskorrelation von Grund- und Sicherungsgeschäft gemeint.¹⁷ Vielfach wird dabei jedoch zutreffend darauf hingewiesen, daß eine vollständige Kompensation der Risiken aus dem Grundgeschäft nicht notwendig sei. Es wird keine absolute Deckungsgleichheit der Risiken vom abzusichernden Geschäft und Termingeschäft gefordert, soweit die Risiken des sichernden Termingeschäftes nicht wesentlich über die des zu sichernden Geschäftes hinausgehen. Wenn allerdings für das „besondere“ Risiko des Termingeschäftes keine nachvollziehbaren Gründe genannt werden oder ersichtlich sind, soll der objektive Sicherungszusammenhang entfallen.¹⁸ Hieran ist sicher zunächst richtig, daß bei einem hinsichtlich der Risiken vom Grundgeschäft völlig losgelösten Termingeschäft der „Sicherungszweck“ kaum darstellbar sein dürfte, was allerdings schon die vorstehend angesprochene äußere Kongruenz regelmäßig in Frage stellen dürfte. Darüber hinaus birgt jedoch die Anforderung einer notfalls durch das Gericht festzustellenden inneren Kongruenz von Grundgeschäft und Sicherungsgeschäft das Risiko von erheblichen Fehlsteuerungen.

Dieses liegt zum einen darin begründet, daß – wie eingangs dargestellt – bei idealtypisch gleich informierten Marktteilnehmern mit gleicher Risikoeinschätzung ein exakt gegenläufiges Sicherungsgeschäft im Hinblick auf das zu sichernde Risiko nicht vorkommt. Besteht ein gleicher Informationsstand und eine gleich hohe Risikotoleranz, wird niemand ein Sicherungsgeschäft eingehen bzw. das Sicherungsgeschäft hat modellhaft exakt den Preis, welcher der Höhe des Risikos entspricht. Aus der Sicht ex ante also ein „Null-Summen-Spiel“. Solche Sicherungsgeschäfte

¹⁶ Sog. „Makro-Hedging“. Vgl. zu diesem Aspekt etwa *Kirchhoff-Reiß*, a.a.O., Rz. 415.

¹⁷ BFH, Bundesteuerblatt II, 2015, 177; vgl. auch *Schmidt-Wacker*, § 15 EStG, Rz. 904; *Herrmann/Heuer/Raupach-Intemann*, EStG, § 15 Rz. 1561, jeweils m.w.N.

¹⁸ Differenzierend *Kirchhoff-Reiß*, a.a.O., Rz. 419.

könnten also tatsächlich nur auf der Grundlage subjektiv unterschiedlicher „Spekulationen“ abgeschlossen werden. Deshalb kommt es durchaus häufig vor, daß noch weitere Parameter in das Sicherungsgeschäft mit hineinstrukturiert werden, die sich unabhängig von dem zu sichernden Geschäft entwickeln und für jede Seite – ggf. unterschiedlich beurteiltes – Potenzial im Hinblick auf einen insgesamt gewinn- oder verlustträchtigen Ausgang aus der Kombination der beiden Geschäfte in sich bergen können. Dies per se auszuschließen, kann allerdings nicht die Intention des § 15 Abs. 4 Satz 3-5 EStG sein, weil damit gleichsam aus der Bezugnahme auf Termingeschäfte folgern würde, daß es „reine Absicherungsgeschäfte“ auf dieser Grundlage kaum gäbe. Die Kombination mit weiteren, ggf. unterschiedlich beurteilten Risiken kann als solche daher nicht schädlich sein.

Auch dabei ist wieder zu betonen, daß die Inkaufnahme gewisser – hier zusätzlicher – Risiken im Übrigen gerade das Wesen jedes unternehmerischen Handelns ist. Würde man sie ausschließen bzw. nur ggf. hieraus resultierende positive Ergebnisse der Besteuerung im Rahmen der Einkünfte aus Gewerbebetrieb unterfallen lassen, läge der Vorwurf einer allzu fiskalorientierten Auslegung wohl mehr als nahe.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, daß sich die Rechtsprechung – nicht nur in der Finanzgerichtsbarkeit – aus gutem Grund sehr zurückhaltend bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit unternehmerischer Entscheidungen im Rahmen von rechtlichen Kategorien verhält, welche in einer prozessualen Situation darüber hinaus fast immer eine als Beurteilung ex ante vor dem Hintergrund des inzwischen eingetretenen Wissens um die tatsächliche wirtschaftlich eingetretene Resultat stattfindet. Nur das, was sich ex ante unter Einbeziehung der unternehmerischen Einschätzungsprärogative als zur Absicherung wirklich ungeeignet darstellt, sollte hier bei Anlegung objektivierbarer Maßstäbe ausgeschlossen werden.

VIII. Fazit

Da die rechtssystematisch und rechtstechnisch wenig gelungene Regelung des § 15 Abs. 4 Satz 3-5 EStG verfassungsrechtlich – zumindest im Wesentlichen – nicht zu beanstanden ist¹⁹, muß die Rechtspraxis hieraus das Beste machen. Behandelt man im Rahmen der gewerblichen Einkünfte das Merkmal der betrieblichen Veranlassung eher großzügig, wäre es nicht nur ein innerer Widerspruch, wenn man dann dafür bei dem Merkmal der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes auf objektiver Ebene den Kreis zu eng zöge. Dies gilt schon bei der „äußeren Kongruenz“ der beiden Geschäfte, bei der eine stark überschießende Tendenz des Termingeschäftes schädlich sein mag, aber z.B. auch eine Teilabsicherung durch das Termingeschäft unterhalb des Niveaus des zu sichernden Geschäftes oder einer Mehrzahl von Geschäften möglich bleiben muß. Insbesondere gilt dies aber für die innere Kongruenz, bei der zwar eine gegenläufige Erfolgskorrelation erforderlich, aber zugleich auch hinreichend ist. Eine vollständige oder ausschließlich auf die unsicheren Parameter des zu sichernden Geschäftes bezogene Konstruktion des Termingeschäftes wäre nicht nur praxisfern, sondern würde konsequent zu Ende gedacht solchen Termingeschäften zu Sicherungszwecken auch den wirtschaftlichen Sinn nehmen. Rein spekulative Termingeschäfte lediglich „anlässlich“ eines Grundgeschäftes können damit weiterhin ausgeschieden werden; die unternehmerische Einschätzungsprärogative aus der Sicht ex ante sollte damit aber nicht durch eine juristische Analyse des tatsächlich eingetretenen (Miß-)Erfolges aus der Sicht ex post ersetzt werden. Allerdings sollte der gewerblich tätige Unternehmer, der solche Sicherungsgeschäfte tätigt, auch seinerseits durch eine entsprechende Dokumentation des objektiven wie subjektiven Zusammenhangs die aus vernünftigen unternehmerischen Gesichtspunkten herrührende Sicherungsentscheidung hinreichend dokumentieren.

¹⁹ Vgl. BFH, Urteil v. 28.04.2016 – IV R 20/13, jedenfalls soweit die entsprechenden Verluste nicht endgültig für den Steuerpflichtigen verloren gehen.