

**Tim Buchholz\***

## **Die Besteuerung von Optionsgeschäften – Anforderungen des Leistungsfähigkeitsprinzips?**

### **Abstract**

Optionsgeschäfte sind Finanzinstrumente, bei denen die Beteiligten auf Kursgewinne bzw. -verluste spekulieren. Wie sich der Börsenkurs eines Wirtschaftsguts entwickelt, kann nie mit Sicherheit vorhergesehen werden. Es handelt sich um risikobehaftete Geschäfte, mit denen hohe Gewinne erzielt werden können; zugleich bergen sie auch die Gefahr hoher Verluste. Der Beitrag analysiert die Besteuerung der Optionsgeschäfte und beantwortet die Frage, inwiefern der Gesetzgeber bei der Gesetzgebung sowie die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung bei der Anwendung der Gesetze das Leistungsfähigkeitsprinzip berücksichtigen.

---

\* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er ist Doktorand und wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Finanz- und Steuerrecht in Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2021 von Prof. Dr. Bernd Heuermann gestellt wurde.

## A. Einleitung

Aus bereichsspezifischer Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt im Steuerrecht das Fundamentalprinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.<sup>1</sup> Im Ertragssteuerrecht verwirklicht der Gesetzgeber dieses Prinzip durch das objektive Nettoprinzip.<sup>2</sup> Aus diesem folgt unter anderem, dass Verluste anerkannt werden und die Möglichkeit des Verlustausgleichs besteht.<sup>3</sup> Die Verlustausgleichsmöglichkeit ist bzw. war jedoch im Rahmen der Optionsbesteuerung durch einige Verlustausgleichsverbote gemäß §§ 15 Abs. 4 S. 3, 20 Abs. 6 S. 5 EStG und § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG erheblich eingeschränkt. Unter anderem wird sogar der Verlustausgleich auf eine Höhe von 20.000 € beschränkt, § 20 Abs. 6 S. 5 EStG. Die Finanzverwaltung kommt mit ihrer Gesetzesauslegung teilweise zum Ergebnis, dass Verluste infolge von Optionsgeschäften steuerlich nicht anerkannt werden. Nach dem BMF-Schreiben vom 18.1.2016 seien beispielsweise Verluste beim Verfall der Option oder beim Barausgleich „einkommensteuerrechtlich ohne Bedeutung“.<sup>4</sup>

Anhand dieser Beispiele wird deutlich, dass die Anerkennung und der Ausgleich von Verlusten mit Gewinnen bei der Optionsbesteuerung nicht in jedem Fall gewährleistet ist. Aus diesem Grund besteht die Gefahr, dass Widersprüche zum Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit entstehen. Vor diesem Hintergrund wird im Kontext der Darstellung der Optionsbesteuerung die Frage erörtert, ob der Gesetzgeber sowie die Finanzverwaltung dem Leistungsfähigkeitsprinzip die notwendige Bedeutung beimessen. Dabei werden auch die Entwicklungslinien der Rechtsprechung des BFHs zur Besteuerung von Optionen aufgezeigt.

## B. Besteuerung von Optionsgeschäften

### I. Definition

Beim Optionsgeschäft erwirbt der Käufer (Optionsinhaber) vom Verkäufer (Stillhalter) gegen Bezahlung einer Optionsprämie (Stillhalterprämie) das Recht,

<sup>1</sup> F. Kirchhof, Das Leistungsfähigkeitsprinzip nach dem Grundgesetz – Zustand und Zukunft, BB 2017, 662 (662). Das Leistungsfähigkeitsprinzip wird teilweise zusätzlich auch freiheitsrechtlich aus der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG hergeleitet, siehe dazu P. Kirchhof, StuW 1985, 319 (323 f.); Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 131 ff.

<sup>2</sup> Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 25. Aufl. 2022, Rn. 610. Ob das objektive Nettoprinzip verfassungsrechtlich zwingend ist, hat das BVerfG bislang offen gelassen, siehe dazu BVerfGE 81, 228 (236 f.).

<sup>3</sup> Birk/Desens/Tappe (Fn. 2), Rn. 611.

<sup>4</sup> BMF, 18.1.2016, IV C 1-S 2252/08, Rn. 27.

eine bestimmte Anzahl an Basiswerten am Ende der Laufzeit oder jederzeit innerhalb der Laufzeit der Option zum vereinbarten Basispreis zu kaufen (Call-Option) oder an ihn zu verkaufen (Put-Option).<sup>5</sup> Der Kauf bzw. der Verkauf des Basiswertes wird als Basisgeschäft bezeichnet.<sup>6</sup> Die Zahlung der Optionsprämie als Gegenleistung für das Optionsrecht wird als Stillhaltergeschäft definiert.<sup>7</sup> Optionen können außerbörslich individuell zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden (OTC-Handel).<sup>8</sup> Hauptsächlich findet der Handel aber mit standardisierten Optionsprodukten an Terminbörsen, wie beispielsweise der *European Exchange* (EUREX), statt.<sup>9</sup>

## II. Möglichkeiten des Erlöschens von Optionen

Eine Option kann aus drei Gründen erlöschen: Ausübung der Option, rechtliche Glattstellung und Verfall durch Ablauf der Optionsfrist.<sup>10</sup> Die Möglichkeiten des Erlöschens werden anhand der Call-Option dargestellt.

### 1. Ausübung der Option

Der Optionsinhaber wird die Option ausüben, wenn der Kurs des Basiswertes gestiegen ist. Die Ausübung des Optionsrechts führt zu einem Anspruch des Optionsinhabers, der entweder auf die Lieferung des Basiswertes zum Basispreis oder auf einen Barausgleich gerichtet ist.<sup>11</sup> Beim Barausgleich ist die Differenz zwischen dem Marktpreis des Basiswertes und dem Basispreis zu zahlen.<sup>12</sup> Der Anleger vereinbart typischerweise einen solchen Barausgleich, da er nicht am Bezugsobjekt, sondern am Gewinn interessiert ist.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> *Jochum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 337. EL 2023, § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, D/3 21.

<sup>6</sup> *Aigner/Balbinot*, Die Besteuerung des Stillhalters von Optionsgeschäften nach § 20 EStG – Aufgabe der Trennungstheorie mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 (UntStRefG 2008), DStR 2015, 198 (198).

<sup>7</sup> *Ebd.*

<sup>8</sup> *Redert*, in: EStG – eKommentar, 2023, § 20 Rn. 455.

<sup>9</sup> *Ebd.*

<sup>10</sup> *Geurts*, in: Bordewin/Brandt, 445. EL 2023, § 20 EStG Rn. 610.

<sup>11</sup> *Helios/Philipp*, Besteuerung von Optionsgeschäften im Abgeltungsteuersystem – Gestaltungsmissbrauch bei der Veräußerung von faktisch wertlosen Optionsscheinen?, BB 2010, 95 (96).

<sup>12</sup> *BMF*, 18.1.2016, IV C 1-S 2252/08, Rn. 36.

<sup>13</sup> *Heuermann*, Entwicklungslinien steuerbarer Veräußerungen von Privatvermögen – Im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung, DB 2013, 718 (719).

## 2. Rechtliche Glattstellung der Option

Die rechtliche Glattstellung erfolgt, indem der Anleger die Opening-Transaktion durch eine Closing-Transaktion beendet.<sup>14</sup> Dazu muss der Anleger ein Gegengeschäft unter einem Closing-Vermerk abschließen, sodass die gegenläufigen Rechte und Pflichten aus beiden Geschäften erlöschen.<sup>15</sup> Beispielsweise wird der Kauf einer Call-Option durch den Verkauf einer Call-Option glattgestellt, indem die gegenläufigen Positionen miteinander verrechnet werden.<sup>16</sup>

## 3. Verfall der Option

Die Option verfällt, wenn der Optionsinhaber die Option nicht innerhalb des vereinbarten Zeitraums ausübt. Bei der Call-Option wird der Optionsinhaber in der Regel auf sein Recht verzichten, wenn der Basispreis den Marktpreis des Basiswertes übersteigt, da er den Basiswert am Markt günstiger erwerben kann.<sup>17</sup>

## III. Besteuerung von Optionen

Im Folgenden wird die Besteuerung von Optionen am Beispiel der Call-Option geschildert.

### 1. Besteuerung im Privatvermögen

Die Besteuerung von Optionen im Privatvermögen wird jeweils für die Rechtslage vor und nach dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 erläutert. Es werden die wesentlichen Probleme, die sich nach der alten Rechtslage ergaben, aufgezeigt. Anschließend wird im Rahmen der Darstellung der Besteuerung nach der aktuellen Rechtslage die Frage beantwortet, ob der Gesetzgeber diese Probleme lösen konnte.

#### *a) Rechtslage vor dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008*

Vor dem Reformgesetz sind Termingeschäfte nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG besteuert worden. Die Norm findet auf Termingeschäfte Anwendung, bei welchen der Erwerb des Rechts nach dem 31.12.1998 und vor dem 1.1.2009 erfolgt ist, § 52a Abs. 11 S. 6 i. d. F. vom 14.8.2007 EStG.

<sup>14</sup> Geurts, in: Bordewin/Brandt (Fn. 10), § 20 EStG Rn. 626.

<sup>15</sup> BMF, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 6.

<sup>16</sup> Geurts, in: Bordewin/Brandt (Fn. 10), § 20 EStG Rn. 626.

<sup>17</sup> Jochum, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn. 5), § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, D/9 27.

## aa) Optionsinhaber

Die Gewinne des Optionsinhabers werden bei den privaten Veräußerungsgeschäften nach § 22 Nr. 2 EStG i. V. m. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 4 a. F. EStG erfasst.<sup>18</sup> Nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a. F. EStG werden Veräußerungsgeschäfte besteuert, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung des Wirtschaftsguts nicht mehr als ein Jahr beträgt. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG, der durch das Steuerentlastungsmodernisierungsgesetz zum 1.1.1999 in Kraft getreten ist, erfasst Termingeschäfte, durch die der Steuerpflichtige „einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts [...] nicht mehr als ein Jahr beträgt.“

Das Termingeschäft ist in § 23 a. F. EStG nicht definiert. Der Begriff folgt den Regelungen des WpHG.<sup>19</sup> Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG sind Termingeschäfte unter anderem Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines bestimmten Basiswertes ableitet.<sup>20</sup> Optionsgeschäfte fallen daher unter die Termingeschäfte i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG.

## (1) Ausübung und Glattstellung der Option

Die Lieferung des Basistitels nach Optionsausübung ist kein Differenzausgleich und daher nicht steuerbar. Der Barausgleich, den der Optionsinhaber nach Ausübung der Option vom Stillhalter erlangt, ist nur nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG als Differenzausgleich steuerbar, wenn zwischen Erwerb der Option und Ausübung nicht mehr als ein Jahr vergangen ist. Die Anschaffungs- und Anschaffungsnebenkosten des Optionsrechts mindern als Werbungskosten die Einnahmen aus dem Barausgleich, § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG.<sup>21</sup> Stellt der Optionsinhaber die Option innerhalb eines Jahres nach Erwerb glatt, indem er ein Gegengeschäft vornimmt, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a. F. EStG vor.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> *Haisch*, Besteuerung von Finanzprodukten unter der Abgeltungssteuer, DStZ 2007, 762 (771).

<sup>19</sup> *BFH*, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, Rn. 13 (juris); BT-Drucks. 14/443, S. 28 Nr. 31.

<sup>20</sup> *BFH*, Urt. v. 6.7.2016 – I R 25/14, Rn. 33 (juris).

<sup>21</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 16.

<sup>22</sup> *Ebd.*, Rn. 17.

## (2) Verfall der Option

Umstritten ist, wie der Verfall der Option steuerlich zu behandeln ist. Konkret geht es um die Frage, ob die Anschaffungs- und Anschaffungsnebenkosten der Option (Optionsprämie und Transaktionskosten) als Werbungskosten nach § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG erfasst werden können. § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG kommt nur zur Anwendung, wenn der Gewinn oder Verlust aus einem Termingeschäft i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG zu ermitteln ist. Werbungskosten können daher nur abgezogen werden, wenn der Verfall der Option eine Beendigung des Rechts i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG ist.<sup>23</sup>

Die Finanzverwaltung vertrat die Auffassung, dass ein Verfall einer Kaufoption einkommensteuerrechtlich keine Bedeutung habe.<sup>24</sup> Diese Ansicht wird damit begründet, dass der Verfall des Optionsrechts ein Vorgang auf der steuerlich nicht relevanten Vermögensebene sei.<sup>25</sup> Der Einwand, es handle sich um einen Vorgang auf Vermögensebene, überzeugt nicht. § 23 a. F. EStG regelt die Besteuerung von Vorgängen auf der Vermögensebene und bildet eine Ausnahme vom Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Vermögensebene im Privatvermögen.<sup>26</sup> Wenn die Voraussetzungen des § 23 a. F. EStG erfüllt sind, kann auch ein Vorgang auf Vermögensebene steuerlich beachtlich sein. Die entscheidende Frage ist also, ob der Verfall der Option den Tatbestand des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG verwirklicht.

Die Rechtsprechung ging zunächst davon aus, dass der Tatbestand nicht erfüllt sei.<sup>27</sup> Das wird mit dem Wortlaut des ersten Halbsatzes begründet: Der Tatbestand werde nur erfüllt, wenn der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich „erlangt“ habe.<sup>28</sup> Beim Verfall der Option erlange der Optionsinhaber nichts, weshalb der Tatbestand nicht verwirklicht werde.

In der Literatur wird diese Rechtsprechung des *BFH* weitgehend abgelehnt.<sup>29</sup> Argumentiert wird mit dem zweiten Halbsatz des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG, dass es nur auf eine „Beendigung des Rechts auf einen

<sup>23</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 – IX R 50/09, Rn. 10 (juris).

<sup>24</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 18.

<sup>25</sup> Begründung des Finanzamts in *BFH*, Urt. v. 12.9.2012 – IX R 50/09 Rn. 5 (juris).

<sup>26</sup> *Jochum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn. 5), § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, D/3 26.

<sup>27</sup> *BFH*, Urt. v. 19.12.2008 - IX R 11/06, 3 b).

<sup>28</sup> *Ebd.*

<sup>29</sup> *Philipowski*, Werbungskosten bei fehlgeschlagenen Termingeschäften, DStR 2007, 1615 (1615); *Philipowski*, Verfall wertlos gewordener Kauf- und Verkaufsoptionen, DStR 2004, 978 (980); *Haisch*, Die steuerliche Behandlung des Verfalls von Optionen im Privatvermögen, DStZ 2008, 81 (82).

Differenzausgleich“ ankomme.<sup>30</sup> Einen tatsächlichen Differenzausgleich im Sinne eines Erlangens wie nach dem Wortlaut des ersten Halbsatzes bedürfe es nicht, weshalb auch der Verfall einer Option erfasst sei.<sup>31</sup> Diese Argumentation verkennt die innere Struktur des § 23 a. F. EStG. Nach dem ersten Halbsatz sind Termingeschäfte steuerbar, durch die Steuerpflichtige einen Differenzausgleich erlangen. Der zweite Halbsatz ergänzt den ersten, indem die Spekulationsfrist von einem Jahr zwischen „Erwerb und Beendigung des Rechts“ geregelt wird. Die im zweiten Halbsatz genannte „Beendigung“ bezieht sich auf den ersten Halbsatz. Folglich lässt sich die Steuerbarkeit eines Verfalls der Option nicht mit einem isolierten Abstellen auf das Wort „Beendigung“ begründen.

Mit seinem Urteil vom 26.9.2012 änderte der *BFH* seine Rechtsprechung und behandelte Verluste, die dem Steuerpflichtigen aus dem Verfall von Optionen erwachsen, als Werbungskosten bei den Einkünften i. S. d. § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG.<sup>32</sup> Der *BFH* begründet die Abziehbarkeit von Verlusten aus dem Verfall in zwei Schritten.<sup>33</sup> Zuerst stellt er fest, dass § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG neben dem positiven auch einen negativen Differenzausgleich erfasst. Daher können in beiden Fällen die Optionsprämien als Werbungskosten geltend gemacht werden. Die Möglichkeit eines negativen Differenzausgleichs wird damit begründet, dass das Gesetz nach allgemeinem steuerrechtlichem Sprachgebrauch mit „Gewinn“ auch den Verlust umfasst.<sup>34</sup> Davon geht auch § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG aus, wenn er den Verlust aus einem Termingeschäft ausdrücklich hervorhebt.<sup>35</sup>

In einem zweiten Schritt stützt sich das Gericht auf ein „*argumentum a maiore ad minus*“.<sup>36</sup> Da eine negative Differenz steuerbar wäre, muss das Weniger – das Nichtausüben einer wirtschaftlich wertlosen Option – schon wegen des Gebots der Gleichbehandlung des Gleichartigen (Art. 3 Abs. 1 GG) ebenso steuerbar sein. Das Weniger (Verfall der Option) erfüllt den Steuertatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 4 a. F. EStG (Erlangen eines Nachteils). Das hat zur Folge, dass die

<sup>30</sup> *Helios/Philipp* (Fn. 11), S. 96.

<sup>31</sup> *Ebd.*

<sup>32</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 - IX R 50/09, Rn. 10 (juris).

<sup>33</sup> *Moritz/Strohm*, Stille Revolution bei der Besteuerung privater Optionsgeschäfte i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG a. F. – Zugleich Anmerkung zum *BFH*-Urteil vom 26.9.2012, DB 2013, 603 (607).

<sup>34</sup> *Drien*, Kapitalverluste nur für „Kleinanleger“? – Zur Verfassungswidrigkeit der Beschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 S. 5f. EStG, FR 2020, 663 (665).

<sup>35</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 - IX R 50/09, Rn. 23 (juris).

<sup>36</sup> *Heuermann* (Fn. 13), S. 719.

Optionsprämien als Werbungskosten nach § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG abgezogen werden können.<sup>37</sup>

Diese gleichheitsgerechte Gesetzesauslegung überzeugt vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips. Denn die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen ist um die aufgewandten Optionsprämien gemindert, unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einem negativen Differenzausgleich kommt oder ob der Steuerpflichtige die Option verfallen lässt.<sup>38</sup> Die Finanzverwaltung hat anschließend den Abzug der Optionsprämien als Werbungskosten für die Rechtslage vor dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 anerkannt. Allerdings hat sie ausdrücklich klargestellt, dass diese Grundsätze keine Anwendung auf die neue Rechtslage finden.<sup>39</sup>

#### bb) Optionsstillhalter

Steigen entgegen der Erwartung des Stillhalters die Kurse, wird der Optionsinhaber die Option ausüben. Dann stellt sich die Frage, ob die daraus resultierenden Verluste des Stillhalters mit den vereinnahmten Stillhalterprämien verrechnet werden können.<sup>40</sup> Die Möglichkeit des Verlustausgleichs hängt wegen des Verlustausgleichsverbots in § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG maßgeblich davon ab, nach welcher Vorschrift die Optionsprämie besteuert und wie der vom Stillhalter zu zahlende Barausgleich behandelt wird.

##### (1) Optionsprämie

Die Rechtsprechung des *BFH* und die Finanzverwaltung trennen zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft (Trennungstheorie/Zwei-Vertrags-Theorie).

Die vom Stillhalter vertraglich eingegangene Bindung und das damit verbundene Risiko, aus der Option in Anspruch genommen zu werden, sei eine wirtschaftlich und rechtlich selbständige Leistung. Die vom Stillhalter vereinnahmte Optionsprämie sei demnach gemäß § 22 Nr. 3 a. F. EStG steuerbar.<sup>41</sup>

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die vereinnahmten Optionsprämien als Teil eines Termingeschäfts den Tatbestand des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F.

<sup>37</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 - IX R 50/09, Rn. 24 (juris).

<sup>38</sup> *Ebd.*, Rn. 25; *Meinert/Helios*, Die Abzugsfähigkeit vergeblicher Aufwendungen bei Termingeschäften im Privatvermögen – Zugleich Anmerkung zu *BFH*, Urt. v. 26.9.2012, IX R 50/09, DStR 2013, 508 (510).

<sup>39</sup> *BMF*, 27.3.2013, IV C 1-S 2256/07.

<sup>40</sup> *Aigner/Balbinot* (Fn. 6), S. 199.

<sup>41</sup> *BFH*, Urt. v. 17.4.2007 - IX R 40/06, Rn. 14 (juris); *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 24.



EStG erfüllen.<sup>42</sup> Das überzeugt angesichts des Wortlauts von § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG nicht. Danach ist „Gewinn oder Verlust bei einem Termingeschäft [...] der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag“. Die Optionsprämie bestimmt sich nicht durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße. Der Stillhalter erhält die Prämie auch, wenn die Option nicht ausgeübt wird.<sup>43</sup> Die Optionsprämie kann folglich nicht nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG besteuert werden. Sie ist nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG steuerbar.

### (2) Lieferung des Basistitels

Infolge der Optionsausübung wird der Stillhalter dem Optionsinhaber den Basiswert liefern. Bei der Call-Option ist das für den Stillhalter ein Veräußerungsgeschäft. Hat der Stillhalter den Basiswert höchstens ein Jahr vor Optionsausübung angeschafft, kann ein Veräußerungsverlust nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a. F. EStG entstehen. Ein Verlustausgleich mit den Einnahmen aus der Optionsprämie ist wegen des Verlustausgleichsverbots in § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG nicht möglich.

### (3) Barausgleich

Ob und wie ein gezahlter Barausgleich unter der alten Rechtslage steuerlich berücksichtigt werden kann, ist umstritten.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist ein gezahlter Barausgleich beim Stillhalter ein einkommensteuerrechtlich unbeachtlicher Vermögensschaden.<sup>44</sup> Diese Ansicht überzeugt nicht. Seit Einführung des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. im Jahre 1999 wird der vereinnahmte Barausgleich beim Optionsinhaber besteuert, sofern zwischen Erwerb und Beendigung der Option nicht mehr als ein Jahr vergangen ist. Wenn der durch den Barausgleich erzielte Gewinn besteuert wird, kann der Verlust nicht der nichtsteuerbaren Vermögenssphäre zugeordnet werden.

Nach Rechtsprechung des *BFH* ist wegen der Trennung zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft der gezahlte Barausgleich nicht als Werbungskosten bei Einkünften nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG abziehbar.<sup>45</sup> Der gezahlte Barausgleich sei

<sup>42</sup> *Wagner*, Die „verwirrende“ Rechtsprechung zu den Einkünften nach § 23 EStG, DStZ 2006, 176 (185).

<sup>43</sup> *Heuermann*, Optionseinräumen kein Termingeschäft – Anmerkung zu *BFH* v. 17.4.2007, HFR 2007, 749 (750).

<sup>44</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 24.

<sup>45</sup> *BFH*, Urt. v. 13.2.2008 - IX R 68/07, Rn. 15 (juris).

als Verlust aus einem Termingeschäft nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a.F. EStG zu erfassen.<sup>46</sup> Das führt dazu, dass wegen des Verlustausgleichsverbots nach § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. die Verluste infolge des gezahlten Barausgleichs nicht mit den Einnahmen aus der Optionsprämie verrechnet werden können.

Dagegen wird in der Literatur teilweise vertreten, dass ein gezahlter Barausgleich zu Werbungskosten bei den Einkünften nach § 22 Nr. 3 a.F. EStG führe.<sup>47</sup> Danach kann der Stillhalter die Verluste infolge des Barausgleichs mit den Optionsprämien verrechnen. Ein Abzug des gezahlten Barausgleichs als Werbungskosten setzt voraus, dass der Barausgleich durch die Einkünfte als Stillhalter nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG veranlasst ist, § 9 Abs. 1 S. 1 EStG. Für diese Veranlassung spreche, dass ein innerer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der vereinnahmten Optionsprämie und dem Barausgleich bestehe. Denn ohne vereinnahmte Optionsprämie wäre es zu keinem Barausgleich gekommen.<sup>48</sup> Gegen die Trennungstheorie wird argumentiert, dass bei der Besteuerung von Optionsgeschäften keine künstliche Aufspaltung in die Tatbestände der § 22 Nr. 3 a. F. EStG und § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG vorgenommen werden dürfe.<sup>49</sup>

Wirtschaftlich betrachtet leuchtet das Argument der künstlichen Aufspaltung zunächst ein. Stillhalter- und Basisgeschäft sind wirtschaftlich miteinander verknüpft. Beispielsweise hängt die Höhe der Optionsprämie im Stillhaltergeschäft maßgeblich vom Preis und der Volatilität des Basiswertes ab.<sup>50</sup> Diese wirtschaftlich geprägte Argumentation verkennt aber, dass die Trennungstheorie Folge der gesetzlichen Konzeption ist. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG erfasst nicht die Optionsprämie, sondern nur Vor- und Nachteile aus dem Basisgeschäft. Die Trennung zeigt sich auch im Wortlaut des § 23 a. F. EStG. In § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Hs. 2 a. F. EStG wird von „Erwerb und Beendigung“ gesprochen, also zwischen Stillhaltergeschäft (Erwerb) und Basisgeschäft (Beendigung) unterschieden. Daher kann die vereinnahmte

<sup>46</sup> BFH, Urt. v. 20.10.2016 - VIII R 55/13, Rn. 17 (juris).

<sup>47</sup> *Philipowski*, Stillhaltergeschäfte: Bar gezahlte Ausgleichsbeträge nicht abziehbar?, DStR 2009, 353 (356); *Helios/Philipp*, Kein Verlustausgleich zwischen Basisgeschäften und Einkünften als Stillhalter, FR 2010, 1052 (1054); *Habne/Krause*, BB-Kommentar: Die Aufspaltung des Optionsgeschäfts in zwei voneinander unabhängige Teile beim „cash-settlement“ widerspricht dem wirtschaftlichen Sachverhalt, BB 2008, 1100 (1101).

<sup>48</sup> *Habne/Krause* (Fn. 47), S. 1101.

<sup>49</sup> *Hick*, Verlustausgleich zwischen Basisgeschäften und Einkünften als Stillhalter – Aussetzung der Vollziehung – Verletzung des Grundrechtsrechts auf effektiven Rechtsschutz, DB 2010, 2534 (2534); *Philipowski*, Die asymmetrische Besteuerung von Stillhaltergeschäften ist nicht gerechtfertigt, DStR 2011, 1298 (1299).

<sup>50</sup> *Aigner/Balbinot* (Fn. 6), S. 201.

Optionsprämie nicht nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG, sondern nur als eigenständige Leistung für das eingegangene Risiko nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG steuerbar sein. Vor diesem Hintergrund ist zwischen dem Stillhalter- und dem Basisgeschäft zu trennen. Der gezahlte Barausgleich ist nicht durch die Einkünfte als Stillhalter nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG veranlasst, sondern ist als Verlust aus einem Termingeschäft nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG zu erfassen.

#### (4) Glattstellung

Nimmt der Stillhalter einer Call-Option eine Glattstellung vor, indem er eine Call-Option derselben Serie mit Closing-Vermerk kauft, ist die zu zahlende Optionsprämie wirtschaftlich betrachtet eine Aufwendung zur Befreiung von der zuvor eingegangenen Stillhalterbindung.<sup>51</sup> Diese Aufwendung dient zur Sicherung der vereinnahmten Optionsprämie. Die für den glattstellenden Kauf gezahlte Optionsprämie ist daher als Werbungskosten bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 a. F. EStG, also auch bei den vereinnahmten Optionsprämien, abzuziehen.<sup>52</sup>

#### cc) Probleme vor dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008

Das Hauptproblem bei der Besteuerung des Optionsinhabers ist die steuerliche Berücksichtigung des Verfalls des Optionsrechts. Hier hat der *BFH* mit seiner gleichheitsgerechten Gesetzesauslegung eine Lösung gefunden, die sowohl dogmatisch als auch vor dem Hintergrund der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit überzeugt. Die Frage der steuerlichen Anerkennung des Verfalls wird sich auch nach der neuen Rechtslage stellen, da die Finanzverwaltung ausdrücklich klargestellt hat, dass die Entscheidung des *BFH* dort keine Anwendung findet.<sup>53</sup>

Bei der Besteuerung des Stillhalters führt die wegen der gesetzlichen Konzeption erforderliche Trennung zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft dazu, dass nur im Fall der Glattstellung der Verlust des Stillhalters mit den vereinnahmten Optionsprämien verrechnet werden kann. Das führt zu Widersprüchlichkeiten innerhalb der verschiedenen Möglichkeiten der Beendigung der Option. Beispielsweise kann der Stillhalter bei einer Glattstellung die Verluste vollständig verrechnen, während er einen gezahlten Barausgleich nicht von den Stillhalterprämien abziehen kann.

<sup>51</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 26.

<sup>52</sup> *Ebd.*

<sup>53</sup> *BMF*, 27.3.2013, IV C 1-S 2256/07.

Ferner kann die Trennung zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft i. V. m. dem Verlustausgleichsverbot des § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG zu erheblichen Widersprüchen mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit führen, wenn es zu einer Ausübung der Option kommt. Vereinnahmt beispielsweise ein Stillhalter 100.000 € Optionsprämie und muss wenige Monate später infolge der Optionsausübung 200.000 € Barausgleich leisten, hat er wirtschaftlich gesehen durch das Optionsgeschäft einen Verlust von 100.000 € erzielt. Er muss jedoch 100.000 € als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG versteuern, während der Verlust in Höhe von 200.000 € nur mit Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften ausgeglichen werden kann. Hat der Steuerpflichtige keine Gewinne nach § 23 a. F. EStG erzielt, führt das dazu, dass diese Verluste seine Steuerlast nicht senken. Mit diesem Beispiel wird deutlich, dass das Verlustausgleichsverbot des § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG in Einzelfällen dazu führt, dass der Steuerpflichtige nicht nach seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit besteuert wird. In solchen Extremfällen kann lediglich die Finanzverwaltung mit dem Erlass nach §§ 163, 227 AO Steuergerechtigkeit im Einzelfall herstellen.

*b) Rechtslage nach dem Unternehmenssteuerreformgesetz 2008*

Mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 führen Optionsgeschäfte jeglicher Art zu Einkünften aus Kapitalvermögen.<sup>54</sup> Die Stillhalterprämien werden nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG besteuert. Die Norm findet auf Stillhalterprämien Anwendung, soweit sie nach dem 31.12.2008 zufließen.<sup>55</sup> § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a und b EStG regelt die Besteuerung des Gewinns bei Termingeschäften, bei denen der Rechtserwerb nach dem 31.12.2008 erfolgt.<sup>56</sup> Nach lit. a wird „der Gewinn bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt“ erfasst. Nach lit. b wird „der Gewinn aus der Veräußerung eines als Termingeschäft ausgestalteten Finanzinstruments“ besteuert.

<sup>54</sup> Heuermann, Barausgleich keine Werbungskosten bei dem Stillhaltergeschäft – Anmerkung, HFR 2008, 573 (574).

<sup>55</sup> Geurts, in: Bordewin/Brandt, (Fn. 10), § 20 Rn. 601.

<sup>56</sup> Ebd.

## aa) Optionsinhaber

## (1) Ausübung und Glattstellung der Option

Die Lieferung des Basistitels ist kein Differenzausgleich und führt zu keinem steuerpflichtigen Gewinn nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG.<sup>57</sup> Der Barausgleich ist als Differenzausgleich nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG steuerbar. Der Gewinn ist nach § 20 Abs. 4 S. 5 EStG die Differenz zwischen Barausgleich und den in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehenden Aufwendungen. Dadurch wird bei Termingeschäften in Abweichung zu § 20 Abs. 9 EStG eine Besteuerung nach dem Nettoprinzip angeordnet.<sup>58</sup> Die gezahlten Optionsprämien sind als in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehende Aufwendungen abziehbar.<sup>59</sup>

Die rechtliche Glattstellung wird steuerlich als Veräußerung der Optionen behandelt, sodass der Tatbestand des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b EStG erfüllt ist. Der Gewinn oder Verlust ergibt sich aus der Differenz aus den vereinnahmten Optionsprämien und den zuvor gezahlten Optionsprämien, § 20 Abs. 4 S. 1 EStG.<sup>60</sup>

## (2) Verfall der Option

Bei der steuerlichen Berücksichtigung des Verfalls der Option ist vergleichbar zur alten Rechtslage umstritten, ob die gezahlten Optionsprämien als Aufwendungen gemäß § 20 Abs. 4 S. 5 EStG, die in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehen, erfasst werden können.

Die Finanzverwaltung hat auch nach der Neuregelung des § 20 EStG weiterhin die Auffassung vertreten, dass ein Verfall des Optionsrechts zum Ende der Laufzeit einkommensteuerrechtlich keine Bedeutung habe.<sup>61</sup> Diese Ansicht der Finanzverwaltung stützt sich auf das Argument, dass der Verfall des Optionsrechts ein Vorgang auf der nicht steuerlich relevanten Vermögensebene sei. Die Grundsätze des *BFH* zum Verfall von Optionen bei der alten Rechtslage sollen nach Schreiben des *BMF* keine Anwendung auf § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG finden.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> *Haisch* (Fn. 18), S. 765.

<sup>58</sup> *Geurts*, in: *Bordewin/Brandt*, (Fn. 10), § 20 Rn. 625.

<sup>59</sup> *Heuermann* (Fn. 13), S. 720.

<sup>60</sup> *Helios/Philipp* (Fn. 11), S. 97.

<sup>61</sup> *BMF*, 13. 6. 2008, IV C 1 – S 2000/07/0009, II Nr. 5.

<sup>62</sup> *BMF*, 27.3.2013, IV C 1-S 2256/07.

Der *BFH* trat mit seinem Urteil vom 12.1.2016 dieser Verwaltungsauffassung entgegen. Die Anwendung des § 20 Abs. 4 S. 5 EStG setze voraus, dass der Gewinn einer nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG steuerbaren Tätigkeit zu ermitteln ist.<sup>63</sup> Das Verfallenlassen einer Option sei nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG steuerbar. Dies wird einerseits mit der Historie der Besteuerung von Termingeschäften und andererseits mit dem Prinzip der Leistungsfähigkeit begründet.<sup>64</sup>

§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG entspricht § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Hs. 1 a. F. EStG. Der zweite Halbsatz, der Termingeschäfte nur der Besteuerung unterwarf, wenn der Zeitraum zwischen „Erwerb und Beendigung des Rechts [...] nicht mehr als ein Jahr beträgt“, ist nicht übernommen worden. Denn der Gesetzgeber wollte „Wertzuwächse zukünftig unabhängig von dem Zeitpunkt der Beendigung des Rechts“ besteuern.<sup>65</sup> Aus dem „gestreckten Tatbestand“ bei Termingeschäften wurde mit § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG ein Tatbestand geschaffen, der nur auf den Abschluss des Termingeschäfts und dessen wirtschaftliches Ergebnis („Gewinn bei Termingeschäften“) abstellt.<sup>66</sup> Es wird nicht mehr zwischen Eröffnungs- und Basisgeschäft getrennt, weshalb die Anschaffung einer Option und der Ausgang des Optionsgeschäfts bei der ertragssteuerrechtlichen Betrachtungsweise als Einheit betrachtet werden müssen.<sup>67</sup> Vor diesem Hintergrund ist § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG teleologisch so auszulegen, dass einen „Vorteil“ aus einem Termingeschäft derjenige „erlangt“, der mit dem Erwerb der Option das bedingte Recht auf einen Barausgleich erwirbt. Daher ist jeder Ausgang des Termingeschäfts ohne zeitliche Beschränkung in vollem Umfang steuerbar. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG erfasst auch den Verfall, weshalb die gezahlten Optionsprämien in diesem Fall Aufwendungen i. S. d. § 20 Abs. 4 S. 5 EStG sind.<sup>68</sup> Dieses Ergebnis entspricht auch dem Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, da die Leistungsfähigkeit des Optionskäufers um die gezahlten Optionsprämien gemindert ist, unabhängig davon, ob er die Option ausübt oder verfallen lässt.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> *BFH*, Urt. v. 12.1.2016 - IX R 48/14 Rn. 13 (juris).

<sup>64</sup> *Ebd.*, Rn. 20.

<sup>65</sup> BT-Drucks. 16/4841, S. 55.

<sup>66</sup> *BFH*, Urt. v. 12.1.2016 - IX R 48/14, Rn. 16 (juris).

<sup>67</sup> *Ebd.*, Rn. 17.

<sup>68</sup> *Ebd.*, Rn. 18.

<sup>69</sup> *Ebd.*, Rn. 20.

Vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass sich die Finanzverwaltung in dem Schreiben vom 12.4.2018 der Ansicht des *BFH* angeschlossen hat.<sup>70</sup> Dabei ist jedoch kritisch zu bewerten, dass die Finanzverwaltung so lange an ihrer Auffassung festgehalten hat, dass der Verfall ein unbeachtlicher Vermögensschaden sei. Mit Änderung des § 20 EStG durch das Unternehmenssteuerreformgesetz wurde eine nicht steuerbare Vermögensebene im Bereich der Kapitalanlage aufgegeben.<sup>71</sup> Daher ist die Ansicht der Finanzverwaltung, die sie vor dem Urteil des *BFH* vertreten hatte, mit der geltenden Rechtslage unvereinbar.

Der Gesetzgeber führte in Reaktion auf die veränderte Verwaltungsauffassung die Verlustausgleichsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG, der für Verluste ab dem 1.1.2021 gilt, ein.<sup>72</sup> Danach dürfen Verluste nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG nur in Höhe von 20.000 € mit Gewinnen i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG ausgeglichen werden. Die Verluste des Verfalls können daher nur noch mit der Stillhalterprämie sowie Gewinnen aus Termingeschäften verrechnet werden. Zudem ist der Verlustausgleich betragsmäßig auf 20.000 € beschränkt.

#### bb) Stillhalter

##### (1) Optionsprämie

Nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG gehören zu den Kapitaleinkünften „Stillhalterprämien, die für die Einräumung von Optionen vereinnahmt werden“. Die vom Stillhalter vereinnahmten Optionsprämien sind mithin als Kapitaleinkünfte steuerbar. Kommt es zur Ausübung der Option, stellt sich wieder die Frage, inwiefern der Stillhalter die Verluste mit der vereinnahmten Optionsprämie verrechnen kann.

##### (2) Lieferung des Basistitels

Die Steuerbarkeit des Veräußerungsvorgangs beim Stillhalter hängt von der Art des Basistitels ab. Ist der Basistitel ein in § 20 Abs. 2 EStG genanntes Wirtschaftsgut, ist die Veräußerung unabhängig von einer Haltedauer steuerbar. Es entsteht ein Veräußerungsverlust nach § 20 Abs. 4 S. 1 EStG. Ist der Basistitel eine Aktie, kann der Verlust wegen des Verlustausgleichsverbots in § 20 Abs. 6

<sup>70</sup> *BMF*, 12.4.2018, IV C 1-S 2252/08, Rn. 27.

<sup>71</sup> *Helios/Link*, Zweifelsfragen der Abgeltungsteuer auf Kapitalerträge auf Finanzinnovationen und offenen Fonds, *DStR* 2008, 386 (387); *Dahm/Hamacher*, Termingeschäfte im EStG – Eine Besteuerungsruipe, *DStR* 2014, 455 (458).

<sup>72</sup> *Dahm/Hoffmann*, Die neue Beschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 S. 5 und 6 EStG – Schlimmer geht immer!, *DStR* 2020, 81 (83).

§ 4 EStG nicht mit den Optionsprämien verrechnet werden. Anzumerken ist, dass der *BFH* beim *BVerfG* eine Entscheidung darüber einholt, ob § 20 Abs. 6 S. 4 EStG mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Bei anderen Wirtschaftsgütern i. S. d. § 20 EStG ist ein Verlustausgleich möglich. Bei Wirtschaftsgütern, die nicht von § 20 EStG erfasst werden, richtet sich die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG. Die Veräußerung ist in diesen Fällen nur steuerbar, wenn sie innerhalb von zwölf Monaten nach Anschaffung des Basiswertes vorgenommen wird.<sup>73</sup> In diesem Fall entsteht ein Veräußerungsverlust nach § 23 Abs. 3 S. 1 EStG. Dieser ist wegen § 23 Abs. 3 S. 7 EStG nicht mit den Optionsprämien verrechenbar.

### (3) Barausgleich

Die Finanzverwaltung vertrat auch nach der neuen Rechtslage weiterhin die Auffassung, dass ein vom Stillhalter zu leistender Barausgleich ein einkommensteuerrechtlich unbeachtlicher Vermögensschaden sei.<sup>74</sup>

In der Rechtsprechung und Literatur wird vertreten, dass der Barausgleich beim Stillhalter zu einem Verlust aus einem Termingeschäft nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG führe, da auch ein negativer Differenzausgleich „erlangt“ werden könne.<sup>75</sup> Für die Berücksichtigung des Verlustes spricht der Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, da der gezahlte Barausgleich die Leistungsfähigkeit des Stillhalters mindert.<sup>76</sup> Wie beim Verfall der Option ist gegen die Argumentation der Finanzverwaltung anzuführen, dass nach Einführung der Abgeltungsteuer bei Kapitaleinkünften nicht mehr streng zwischen Ertrags- und Vermögensebene getrennt wird.<sup>77</sup> Mit der Einführung der Abgeltungsteuer ist der Argumentation der Finanzverwaltung mithin jegliche Grundlage entzogen worden.

Zumindest ist positiv anzumerken, dass die Finanzverwaltung nach dem Urteil des *BFH* anerkannt hat, dass der Barausgleich beim Stillhalter zu einem Verlust

<sup>73</sup> *Geurts*, in: *Bordewin/Brandt*, (Fn. 10), § 20 Rn. 643.

<sup>74</sup> *BMF*, v. 14.12.2007, IV B 8-S000/07, Rn. 4.

<sup>75</sup> *BFH*, Urt. v. 20.10.2016 - VIII R 55/13, Rn. 30 (juris); *Jachmann-Michel*, BB-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung der Kapitaleinkünfte 2017, BB 2018, 854 (857); *Oertel*, in: *Kirchhof/Seer*, EStG, 22. Aufl. 2023, § 20 Rn. 130a.

<sup>76</sup> *Werth*, Berücksichtigung des Barausgleichs des Stillhalters bei Optionsgeschäften als Verlust bei den Einkünften aus Kapitalvermögen – sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Verlusten aus Termingeschäften – Anmerkung, HFR 2016, 213 (215).

<sup>77</sup> *Reislhuber/Bacmeister*, Weitere ausgewählte Aspekte des neuen *BMF*-Anwendungsschreibens zur Abgeltungsteuer, DStR 2010, 684 (685).



aus einem Termingeschäft nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG führt.<sup>78</sup> Nach der neuen Rechtslage war es daher möglich, dass der Stillhalter den Verlust infolge des Barausgleichs mit dem Gewinn aus Optionsprämien vollständig verrechnen kann. Diese Verlustausgleichsmöglichkeit hat der Gesetzgeber mit der Verlustausgleichsbeschränkung in § 20 Abs. 6 S. 5 EStG erheblich beschränkt.<sup>79</sup> Danach dürfen Verluste nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG nur in Höhe von 20.000 € mit Gewinnen i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG ausgeglichen werden.

#### (4) Glattstellung

Die steuerliche Behandlung der Glattstellung beim Stillhalter ist ausdrücklich geregelt. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 2 EStG mindern die im Glattstellungsgeschäft gezahlten Prämien die Einnahmen aus den bereits vereinnahmten Stillhalterprämien.<sup>80</sup> Die Verluste infolge des Glattstellungsgeschäfts werden direkt mit der vereinnahmten Optionsprämie verrechnet.

#### *c) Lösung der Probleme durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008?*

Wie bereits geschildert, waren die steuerliche Behandlung des Verlustes beim Optionsinhaber sowie der Verlustausgleich mit der vereinnahmten Optionsprämie beim Stillhalter die Hauptprobleme nach der alten Rechtslage. Fraglich ist daher, ob der Gesetzgeber diese Probleme lösen konnte.

#### aa) Verfall der Option

In der Gesetzesbegründung ist keine Aussage zur Behandlung des Verfalls einer Option getroffen worden.<sup>81</sup> Hier hat der *BFH* seine Rechtsprechung vom 26.9.2012 zur alten Rechtslage weitergeführt und entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung klargestellt, dass der Verfall zu einem Verlust nach § 20 Abs. 4 S. 5 EStG führt. Dieses Ergebnis überzeugt angesichts der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit. Letztlich wurde das Problem der steuerlichen Behandlung des Verfalls der Option nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Rechtsprechung des *BFH* gelöst. Der Gesetzgeber konterkariert dieses

<sup>78</sup> *BMF*, 12.4.2018, IV C 1-S 2252/08, Rn. 26.

<sup>79</sup> *Dahm/Hoffmann* (Fn. 72), S. 83.

<sup>80</sup> *Aigner/Balbinot* (Fn. 6), S. 199. Die Aufwendungen für das Glattstellungsgeschäft mindern die Einnahmen in Abweichung zu § 11 Abs. 2 S. 1 EStG dem Veranlagungszeitraum, in dem die Stillhalterprämien vereinnahmt wurden. Es handelt sich insoweit um ein rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO, siehe dazu *BFH*, Urt. v. 2.8.2022 – VIII R 27/21, Rn. 14 (juris).

<sup>81</sup> *BT-Drucks.* 16/4841, S. 55.

Ergebnis, indem er den Verlustausgleich ab dem 1.1.2021 durch § 20 Abs. 6 S. 5 EStG erheblich beschränkt.

bb) Besteuerung des Stillhalters

Die Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG führte dazu, dass keine Streitigkeiten mehr darüber bestehen, nach welcher Norm die vereinnahmte Stillhalterprämie besteuert wird.

Die Reform des § 20 EStG ermöglichte bis zur Einführung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG zudem, dass der Stillhalter den Verlust infolge des Barausgleichs mit der vereinnahmten Optionsprämie ausgleichen konnte. Daher wird der Stillhalter im Fall des Barausgleichs nach seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit besteuert. Folglich hatte es der Gesetzgeber geschafft, die Besteuerung von Optionsgeschäften zu vereinfachen und den Verlustausgleich grundsätzlich – bis auf wenige Einzelfälle (Aktien, Wirtschaftsgüter, die nicht unter § 20 ESG fallen) – zu ermöglichen.

Die Verlustausgleichsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG führt dazu, dass ein Verlustausgleich zwischen der vereinnahmten Optionsprämie und dem Barausgleich nur noch in Höhe von 20.000 € möglich ist. In dem bereits zur alten Rechtslage genannten Beispiel,<sup>82</sup> bei welchem der Stillhalter eine Optionsprämie von 100.000 € erlangt und einen Barausgleich von 200.000 € leisten muss, führt das zu folgendem Ergebnis: Die Optionsprämie ist in Höhe von 100.000 € nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 EStG steuerbar, während der Barausgleich zu einem Verlust nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 lit. a EStG in Höhe von 200.000 € führt. Dieser Verlust kann nach § 20 Abs. 6 S. 5 EStG nur in Höhe von 20.000 € verrechnet werden. Der Stillhalter muss daher 80.000 € versteuern, obwohl er wirtschaftlich betrachtet einen Verlust von 100.000 € erzielt hat.

cc) § 20 Abs. 6 S. 5 EStG und das Leistungsfähigkeitsprinzip

Dieses Beispiel zeigt, dass die Verlustausgleichsbeschränkung bei Anlegern, die bei Optionsgeschäften viel Kapital einsetzen, zu einer Besteuerung kommen kann, die im Widerspruch zum Leistungsfähigkeitsprinzip steht. Die Norm betrifft nicht nur die bereits umstrittenen Fälle des Verfalls der Option und des Barausgleichs, sondern bezieht sich auf sämtlich Verluste, die bei Optionsgeschäften entstehen können.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Siehe dazu **B. III. 1. a) cc)**.

<sup>83</sup> *Jachmann-Michel*, Neue Verlustverrechnungsbeschränkungen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, jM 2020, 120 (121).

§ 20 Abs. 6 S. 5 EStG führt zu einer asymmetrischen Besteuerung von Gewinnen und Verlusten, da der Steuerpflichtige den Gewinn aus einem Optionsgeschäft vollständig versteuern muss, während er Verluste lediglich in Höhe von 20.000 € pro Jahr anerkennen lassen kann.<sup>84</sup> Das ist nicht Ausdruck der staatlichen Partizipation am wirtschaftlichen Erfolg des Steuerpflichtigen, sondern eine asymmetrische Besteuerung einzelner Geschäfte.<sup>85</sup> Der Gesetzgeber rechtfertigt diese erhebliche Beschränkung des Verlustausgleichs damit, dass Termingeschäfte spekulativ seien, sodass dadurch hohe Gewinne, aber auch der Totalverlust von Geldanlagen entstehen können.<sup>86</sup> Zwar ist es richtig, dass Optionsgeschäfte spekulativ sind. Daher ist es schwer vorherzusehen, welche Folgen sich für den Staatshaushalt ergeben. Trotzdem gebietet es der Grundsatz der Folgerichtigkeit, dass der Staat den Verlust uneingeschränkt anerkennen muss, wenn er den Gewinn vollständig besteuert.

## 2. Besteuerung im Betriebsvermögen

Die Besteuerung im Betriebsvermögen richtet sich grundsätzlich gemäß §§ 4, 5 EStG nach einem Betriebsvermögensvergleich. Diesem liegt die Reinvermögenszugangstheorie zugrunde, wonach Einkünfte Vermögensmehrungen bzw. Vermögensminderungen innerhalb einer bestimmten Zeitspanne sind.<sup>87</sup> Aus diesem Grund werden beispielsweise Veräußerungsgewinne oder Gewinne aus einem Barausgleich im Betriebsvermögen steuerlich nach §§ 4, 5 EStG erfasst. Es bedarf daher anders als im Privatvermögen keiner ausdrücklichen Regelung für die Besteuerung von Optionsgeschäften wie in §§ 20 Abs. 1 Nr. 11, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG.

### a) Optionsinhaber

Der Optionsinhaber muss die Option als immaterielles Wirtschaftsgut nach § 5 EStG i. V. m. § 255 Abs. 1 HGB mit seinen Anschaffungskosten in Höhe der gezahlten Optionsprämien aktivieren.<sup>88</sup>

Im Fall der physischen Lieferung der Basiswerte sind diese mit ihren Anschaffungskosten zu aktivieren.<sup>89</sup> Die Anschaffungskosten i. S. d. § 255 Abs. 1 HGB setzen sich aus dem Basispreis für die Lieferung sowie dem

<sup>84</sup> *Drüen* (Fn. 34), S. 666.

<sup>85</sup> *Ebd.*

<sup>86</sup> BT-Drucks. 19/15876, S. 68.

<sup>87</sup> *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 2), Rn. 602.

<sup>88</sup> *Johannemann/Herr*, Besteuerung von anteilsbezogenen Kaufoptionen im Betriebsvermögen, RdF 2011, 267 (267).

<sup>89</sup> *Haisch*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, 319. EL 2023, § 5 EStG Rn. 1072.

Buchwert des aktivierten Optionsrechts zusammen. Die Ausübung der Kaufoption ist damit als Anschaffungsvorgang mangels Realisationstatbestands steuerlich erfolgsneutral.<sup>90</sup> Beim Barausgleich ist das Optionsrecht auszubuchen und der erlangte Barausgleich zu aktivieren. Es entsteht ein Gewinn in Höhe des Barausgleichs abzüglich des Buchwerts der Option.<sup>91</sup>

Die rechtliche Glattstellung ist steuerlich wie eine Veräußerung der Option zu behandeln. Es entsteht ein Gewinn oder Verlust in Höhe der Differenz der erhaltenen und gezahlten Prämien.<sup>92</sup> Lässt der Optionsinhaber die Option verfallen, ist das aktivierte Optionsrecht erfolgswirksam auszubuchen.<sup>93</sup>

#### *b) Stillhalter*

Das durch die Optionsprämie vereinnahmte Geld ist zu aktivieren. Dagegen ist für die Verpflichtung des Stillhalters, innerhalb der Optionsfrist den Basiswert möglicherweise verkaufen zu müssen, eine Verbindlichkeit in Höhe der dafür vereinnahmten Optionsprämie auszuweisen. Diese Verbindlichkeit ist erst bei Ausübung oder Verfall der Option auszubuchen.<sup>94</sup> Das ist Ausdruck des Realisationsprinzips i. S. d. § 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 HGB. Der Stillhalter erhält schon bei Abschluss des Vertrags die Optionsprämie. Anschließend muss er noch seine Leistung in Form der Risikoübernahme erbringen. Diese Leistung ist erst bei Beendigung der Option erbracht, weshalb die Verbindlichkeit erst zu diesem Zeitpunkt auszubuchen ist.<sup>95</sup>

Im Fall der physischen Lieferung des Basistitels hat der Stillhalter die zu liefernden Basiswerte und die passivierte Prämie auszubuchen sowie die erhaltenen Basispreise zu aktivieren.<sup>96</sup> In der Höhe der Differenz zwischen Basispreis zuzüglich des Erlöses aus der Ausbuchung der Prämien einerseits und den Buchwerten der Basiswerte andererseits entsteht ein Gewinn oder Verlust.<sup>97</sup>

Muss der Stillhalter infolge der Ausübung der Option einen Barausgleich leisten, entsteht ein Verlust in Höhe des gezahlten Barausgleichs. Dieser Verlust unterliegt dem Verlustausgleichsverbot des § 15 Abs. 4 S. 3 EStG. Danach dürfen „Verluste aus Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen

<sup>90</sup> *Johannemann/Herr* (Fn. 88), S. 270.

<sup>91</sup> *Ebd.*, S. 271.

<sup>92</sup> *Haisch*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, (Fn. 89), § 5 EStG Rn. 1072.

<sup>93</sup> *Krumm*, in: Brandis/Heuermann, 167. EL 2023, § 5 EStG Rn. 1101.

<sup>94</sup> *BFH*, Urt. v. 18.12.2002 - I R 17/02, Ls.

<sup>95</sup> *Hoffmann*, Bilanzielle Behandlung von Optionsprämien beim Stillhalter – Anmerkung, DStR 2013, 678 (681).

<sup>96</sup> *Haisch*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, (Fn. 89), § 5 EStG Rn. 1073.

<sup>97</sup> *Ebd.*

Differenzausgleich [...] erlangt“ nicht mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb verrechnet werden.<sup>98</sup> Dieser Wortlaut entspricht dem des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG. Dieser umfasste nach Rechtsprechung des *BFH* auch den Verlust des Stillhalters infolge des Barausgleichs als negativen Differenzausgleich, weshalb das Gleiche für § 15 Abs. 4 S. 3 EStG gelten muss. Folglich kann der Stillhalter der Kaufoption den Verlust infolge des Barausgleichs nur mit Gewinnen aus einem Barausgleich verrechnen, § 15 Abs. 4 S. 3 EStG.

Stellt der Stillhalter die Option glatt, ergibt sich in Höhe der Differenz zwischen den erhaltenen und den gezahlten Prämien ein Gewinn oder Verlust.<sup>99</sup> Das Verlustausgleichsverbot in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG findet keine Anwendung, da im Fall der Glattstellung kein Differenzausgleich erlangt wird.

#### *c) Probleme bei der Besteuerung von Optionen im Betriebsvermögen*

Die Besteuerung von Optionen im Betriebsvermögen bereitet wegen der Geltung der Reinvermögenszugangstheorie weniger Schwierigkeiten als im Privatvermögen. Da alle Wertzuwächse erfasst werden, ist unstrittig, dass der Verfall der Option steuerlich zu berücksichtigen ist. Probleme entstehen wegen des Verlustausgleichsverbots in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG. Dieses führt einerseits dazu, dass innerhalb der verschiedenen Beendigungsmöglichkeiten der Option Ungleichbehandlungen entstehen, da das Verbot nur beim Barausgleich Anwendung findet. Andererseits kann es zu Widersprüchen mit der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit führen, wenn der Steuerpflichtige keine Gewinne aus Termingeschäften erzielt hat, mit denen die Verluste verrechnet werden können.

#### *d) Ungleichbehandlung bei Besteuerung im Betriebs- und Privatvermögen*

§ 15 Abs. 4 S. 3 EStG enthält im Gegensatz zu § 20 Abs. 6 S. 5 EStG keine Beschränkung des Verlustausgleichs der Höhe nach, sondern schafft lediglich einen Verlustverrechnungskreis für Verluste aus Termingeschäften. Verluste können danach nur mit Gewinnen aus Termingeschäften verrechnet werden.<sup>100</sup> Daher kommt es bei der Optionsbesteuerung im gewerblichen Bereich zu einer Privilegierung gegenüber Privaten. Diese Ungleichbehandlung

<sup>98</sup> *Johannemann/Herr* (Fn. 88), S. 271.

<sup>99</sup> *Haisch*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, (Fn. 89), § 5 EStG Rn. 1073.

<sup>100</sup> Der *BFH* hielt diese Verlustverrechnungsbeschränkung 2016 für verfassungsgemäß, da es sich bei Optionsgeschäften um hochspekulative und besonders risikogeneigte Geschäfte handle, siehe dazu *BFH*, Urt. v. 28.4.2016 – IV R 20/13 Rn. 20 ff. (juris). Eine Prüfung einer Ungleichbehandlung zu privaten Optionseinkünften wurde nicht vorgenommen, da zu diesem Zeitpunkt die Vorschrift des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG nicht existierte.

ist vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftig. Wie bereits erläutert, schränkt der Gesetzgeber die Verlustausgleichsmöglichkeit bei Privaten ein, um fiskalische Haushaltsrisiken zu minimieren.<sup>101</sup> Angesichts des Regelungszwecks ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Gesetzgeber im gewerblichen Bereich keine Beschränkung der Höhe nach regelt.

### C. Resümee

Die Besteuerung nach dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit ist das Fundamentalprinzip im Steuerrecht. Leider ist im Rahmen der Besteuerung von Optionen festzuhalten, dass weder die Finanzverwaltung noch der Gesetzgeber diesem Prinzip die notwendige Bedeutung beimessen. Dies zeigt sich bei der Finanzverwaltung im Rahmen der Streitigkeiten zur steuerlichen Behandlung des Verfalls der Option und des Barausgleichs. Diese qualifizierte den Verfall sowie den Barausgleich im Privatvermögen lange als einen unbeachtlichen Vermögensschaden, obwohl es nach Einführung des § 20 Abs. 2 EStG bei Kapitaleinkünften keine unbeachtliche Vermögensebene mehr gab. Es ist zu begrüßen, dass der *BFH* als „Hüter des Leistungsfähigkeitsprinzips“ mit seiner Rechtsprechung der Finanzverwaltung entgegentrat, sodass der Verlust infolge des Verfalls oder des Barausgleichs im Privatvermögen sowohl nach der alten als auch nach der neuen Rechtslage steuerlich berücksichtigt werden konnte.

Beim Gesetzgeber offenbart sich die Missachtung des Leistungsfähigkeitsprinzips vor allem anhand der Verlustausgleichsbeschränkung in § 20 Abs. 6 S. 5 EStG, da Gewinne vollständig besteuert werden, während Verluste lediglich in Höhe von 20.000 € pro Jahr anerkannt werden. Das verstößt gegen das Gebot der Folgerichtigkeit. Wer Gewinne aus spekulativen Optionsgeschäften sozialisiert, darf die Verluste nicht privatisieren.<sup>102</sup> Der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung sollten sich bei der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung nicht von rein profiskalischen Motiven leiten lassen. Vielmehr sollten sie die Vorschriften bei der Optionsbesteuerung so anpassen bzw. auslegen, dass die einzelnen Bürger leistungsfähigkeitsgerecht belastet werden.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> BT-Drucks. 19/15876, S. 68.

<sup>102</sup> *Driien* (Fn. 34), S. 673.

<sup>103</sup> Einen Vorschlag, wie die Vorschriften der Optionsbesteuerung *de lege ferenda* angepasst werden könnten, gibt *Kissling*, Die einkommensteuerliche Behandlung börsengehandelter Optionsgeschäfte im Rahmen privater Vermögensverwaltung, 2022, S. 220–222.