
Datum: 04.12.2003
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 10. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 K 3473/99
ECLI: ECLI:DE:FGK:2003:1204.10K3473.99.00

Tenor:

Die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1994 und 1996 vom 2.2.1999, zuletzt geändert mit Bescheiden vom 27.09.2000 und der Einkommensteuerbescheid 1995 vom 2.02.1999 in Form der Einspruchsentscheidung vom 6.05.1999 werden dahin geändert, dass die Gewinnerhöhung aus dem Komplex "Börsentermingeschäfte" (1994: 73.260 DM; 1995: 82.615 DM; 1996: 18.634 DM) und aus dem Komplex "Vermögensverwaltung A" (1995: 70.569 DM) rückgängig gemacht werden und dass die Zinsen aus dem "Darlehen A" mit jeweils 57,25 % (statt bisher jeweils 30,95 %) berücksichtigt werden.

Die Berechnung der danach festzusetzenden Einkommensteuer wird dem Beklagten aufgegeben.

Die Kosten des Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Die Revision wird zugelassen.

Das Urteil ist wegen der Kostenentscheidung ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des Kostenerstattungsanspruchs des Klägers abwenden, soweit nicht der Kläger zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

- Die Beteiligten streiten über die Ergebnisse einer Außenprüfung für die Streitjahre 1994 bis 1996, insbesondere darüber, ob Verluste aus Börsentermingeschäften im Rahmen des Gewerbebetriebs des Klägers berücksichtigt werden können. 2
- Der Kläger ist Volks- und Betriebswirt und war bis einschließlich 1987 als leitender Angestellter tätig, zuletzt im Vorstand der B. Er leitete unter anderem das Ressort "Finanzen und Kapitalanlagen". Nach seinem Ausschied aus der B wollte der Kläger seine 13-jährige Berufserfahrung auf dem Gebiet von Kapitalanlagen auf eigene Rechnung verwerten. Seit 1988 betrieb er ein kaufmännisches gewerbliches Unternehmen über Vermögensanlagen. In diesem Rahmen tätigte er hauptsächlich Differenzgeschäfte an der Terminbörse mit kurzen Laufzeiten (Börsentermingeschäfte i.S. der §§ 50 ff. BörsG) für eigene und für fremde Rechnung, insbesondere Handel mit DAX-Futures, Bund-Futures und Optionen auf diese Werte. Die Geschäfte führten zu einer permanenten Umschichtung des Vermögens. Das für den Betrieb benötigte Kapital legte der Kläger aus seinem Privatvermögen ein. Bis dahin im Privatvermögen gehaltene Wertpapiere sind dem Betrieb nicht zugeführt worden (Prüfer-Handakte, Bl. 33). Ziel war es, eine im An- und Verkauf bestehende Kursdifferenz des Optionsgegenstands (z. B. ausländische Währung, Wertpapiere) zu realisieren. Der Kläger wollte durch die spekulativen Anlagen das Betriebskapital möglichst schnell zu vergrößern, um damit eine bessere Basis für den systematischen Aufbau eines festen Kundenstamms zu schaffen; darüber hinaus beabsichtigte er, das anvertraute Kapital der Kunden zu mehren und daran durch Erfolgsprovision zu partizipieren. Langfristige, auf die Erzielung von Zins- und Dividendenerträgen ausgerichtete Kapitalanlagen tätigte der Kläger nicht. 3
- Wie in den Vorjahren ermittelte der Kläger seinen Gewinn in den Streitjahren auf der Grundlage einer maschinellen Buchführung durch Bestandsvergleich. Sämtliche Geschäftsabschlüsse verbuchte der Kläger unmittelbar betrieblich (also nicht erst im Rahmen der vorbereitenden Abschlussbuchungen oder nach Abzeichnung der Verluste). 1988 hatte der Kläger schwerpunktmäßig Aktien-, Dollar- und brit. Pfund-Optionen erworben. Insbesondere die Dollar-Optionen führten aufgrund ungünstiger Kursentwicklungen zu großen Verlusten. Da der Kläger zur Abwicklung der hoch spekulativen Börsentermingeschäfte bei den Banken eine Sicherheitsleistung (sog. Margin) erbringen musste und das Geld dafür wegen der hohen Verluste in den ersten Jahren nur noch begrenzt vorhanden war, wurde sein Handlungsspielraum bezüglich der Termingeschäfte immer geringer. 4
- Eine 1991 für die Jahre 1988 und 1989 durchgeführte Betriebsprüfung führte nicht zur Änderung der Besteuerungsgrundlagen. Während dieser Prüfung hatte der Kläger eine namentliche Liste von 46 Personen aus dem gesamten Bundesgebiet vorgelegt, die von ihm regelmäßig besucht und betreut wurden, um mögliche Kapitalanleger zu gewinnen. Dabei war es bis 1991 zu fünf Vertragsabschlüssen gekommen. Im Zuge der Prüfung wurde die Zuordnung der Börsentermingeschäfte für eigene und für fremde Rechnung zum betrieblichen Bereich vom Beklagten nicht in Frage gestellt, allerdings ergingen die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1990 bis 1993 vorläufig hinsichtlich der gewerblichen Einkünfte, weil der Beklagte Zweifel an der Gewinnerzielungsabsicht des Klägers hatte. Eine Differenzierung zwischen Geschäften des Klägers auf eigene Rechnung und für fremde Rechnung erfolgte im Rahmen der Vorläufigkeit nicht. 5
- Um sein Betriebskapital wieder zu stärken, entließ der Kläger sein Personal und betätigte sich seit 1993 zusätzlich als Berater von Versicherungsgesellschaften, Privatkunden und Unternehmen, was ihm erhebliche Gewinne einbrachte (1993: 167.350 DM; 1994: 440.150; 1995: 396.857 DM; Prüfer-Handakte, Bl. 31). Die Börsentermingeschäfte betrieb der Kläger 6

auch in den Streitjahren 1994 bis 1996, und zwar vorwiegend auf eigene Rechnung und zu einem geringen Teil für fremde Rechnung (nach Prüfer-Handakte, Bl. 31 für insgesamt drei Kunden; nach BP-Bericht, Bl. 5 nur für einen Kunden). Die Fortsetzung der Anlagentätigkeit erklärte der Kläger damit, möglichst schnell einen Kapitalstock aufbauen zu wollen, um auch später für sich und seine Kunden Termingeschäfte in lohnender Höhe durchführen zu können. Denn wegen seines hohen Alters (57) könne er seine Tätigkeit als Unternehmensberater nur noch auf absehbare Zeit ausüben. Soweit die Termingeschäfte auf eigene Rechnung durchgeführt wurden, erbrachten sie auch in den Streitjahren ausschließlich Verluste; in den Jahren 1988 bis 1996 hatten die Eigengeschäfte zu Verlusten von insgesamt 785.351 DM geführt. Gewinne wurden nur erwirtschaftet, soweit die Geschäfte auf fremde Rechnung durchgeführt wurden, weil der Kläger im Rahmen der Fremdgeschäfte geringere Risiken einging als im Rahmen der Eigengeschäfte.

In den Einkommensteuererklärungen der Streitjahre hatte der Kläger insgesamt gewerbliche Gewinne erklärt (1994: 70.229 DM; 1995: 260.526 DM; 1996: 352.772 DM). Die Einkommensteuerbescheide ergingen zunächst erklärungskgemäß unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. In der Zeit vom 7. bis zum 13. Juli 1998 fand in den Geschäftsräumen des Klägers eine erneute Außenprüfung statt. Bei den Gesprächen mit dem Kläger und im Entwurf eines Prüfungsberichts äußerte der Prüfer erneut Zweifel an der Absicht des Klägers, Gewinn zu erzielen. Am 15. Oktober 1998 fand unter Beteiligung des Klägers eine Schlussbesprechung statt (der im BP-Bericht angegebene 15. August 1998 ist fehlerhaft, vgl. Beklagten-Schreiben vom 25. Januar 1999). Im Anschluss an die Schlussbesprechung rückte der Beklagte von seiner Würdigung teilweise ab. Der abschließende BP-Bericht vom 7. Dezember 1998 enthält neben zahlreichen inzwischen nicht mehr streitigen Punkten (Rechenfehler des Beklagten, Abzug privater Schuldzinsen, Verlustvortrag) folgende Feststellungen:

a) Eigengeschäfte (BP-Bericht Tz 12) 8

Der Prüfer stellte fest, dass der Kläger durch Börsentermingeschäfte für fremde Rechnung in den Jahren 1994 bis 1996 Gewinne in Form von Erfolgsbeteiligungen (1994: 2.899 DM; 1995: 4.212 DM; 1996: 5.692 DM) erzielt hatte, während durch Börsentermingeschäfte auf eigene Rechnung ausschließlich Verluste erwirtschaftet wurden. Ursache sei gewesen, dass der Kläger im Rahmen der Fremdgeschäfte für seine Kunden erheblich geringere Risiken als in der Anfangsphase seiner Tätigkeit eingegangen sei (Zielsetzung einer Vermögensmehrung um ca. 20%), während er die Eigengeschäfte nach wie vor mit der Zielsetzung betrieben habe, dass eingesetzte Vermögen um 35% pro Jahr zu mehren. Der Prüfer vertrat daher die Ansicht, die Eigengeschäfte seien dem privaten Bereich zuzuordnen und als "Spiel und Wette" steuerlich irrelevant. Eine betriebliche Veranlassung könne bei Geschäften dieser Art nur dann angenommen werden, wenn sie auch objektiv zur Stärkung des Betriebskapitals geeignet seien. Dies könne nur dann angenommen werden, wenn die Gewinnchance höher zu beurteilen sei als das Verlustrisiko. Das sei nicht der Fall, weil der Kläger die Fehler der Vergangenheit fortgesetzt und die Eigengeschäfte nach wie vor mit überhöhten Gewinnserwartungen betrieben habe. Auch die Absicherung durch Aktienbestände, die zwar zu einer Verringerung der Gewinnerwartung, aber auch zu einer erheblichen Verringerung des Verlustrisikos geführt hätte, habe der Kläger entgegen seiner Ankündigung im Rahmen der Vor-BP nicht vorgenommen. Ungeschriebener Grundsatz spekulativer Vermögensanlagen sei es, solche Anlagen nur zu tätigen, wenn das eingesetzte Kapital verzichtbar sei und sein Verlust verkraftet werden könne, ohne die Existenz des Betriebs zu gefährden. Derart einsetzbares Kapital sei im Betriebsvermögen des Klägers wegen der Verluste der Vorjahre jedoch nicht vorhanden gewesen. Die bloße Möglichkeit, irgendwann

einmal den großen Gewinn zu erzielen, reiche nicht aus, um die betriebliche Veranlassung bejahen zu können. Die Gewinne für die Streitjahre und für die im Hinblick auf die gewerblichen Einkünfte vorläufigen Jahre 1990 bis 1993 seien deshalb wie folgt zu erhöhen:

1990 47.724 DM	10
1991 65.217 DM	11
1992 55.209 DM	12
1993 99.483 DM	13
1994 73.260 DM	14
1995 82.615 DM	15
1996 18.634 DM	16

b) BP-Bericht Tz 13: Verlust "Vermögensverwaltung A" 17

Im Rahmen der Vermögensanlage auf fremde Rechnung waren dem Kläger im Jahr 1988 von seinem langjährigen Freund A 100.000 DM anvertraut worden. Der Anlagebetrag hatte sich aufgrund von Verlusten durch Börsentermingeschäfte bis Ende Oktober 1989 auf 63.465 DM reduziert. Den Verlust hatte A vertragsgemäß komplett zu tragen. Nach einem am 17. November 1989 zwischen dem Kläger und A geschlossenen Vertrag sollte die Vermögensverwaltung durch den Kläger für A zwar fortgeführt werden, jedoch eine Risikoübernahme des Klägers dahin erfolgen, dass zumindest der bis dahin verbliebene Betrag von 63.465 DM an A zurückgezahlt werden sollte. Diese Vertragsgestaltung war nach Ansicht des Prüfers nicht fremdüblich und nur im Hinblick auf die zwischen dem Kläger und A bestehende Freundschaft gewählt worden. Die im weiteren Vertragsverlauf entstandenen Verluste sah der Prüfer als privat veranlasst an und erhöhte den Gewinn des Jahres 1995 wie folgt:

a. <u>1995</u>	19
Garantiesumme 63.465 DM	20
übersteigender Verlust 7.104 DM	21
Gewinnerhöhung 70.569 DM	22

c) BP-Bericht Tz 17: Zinsen "Darlehen A" 23

1993 hatte der Kläger bei seinem Freund A ein Darlehen in Höhe von 430.000 DM aufgenommen, das wie folgt verwendet wurde: 24

Tilgung Hypothekendarlehen betrieblicher Anteil 133.128 DM 30,95%	25
Tilgung Hypothekendarlehen privater Anteil 183.843 DM 42,75%	26
Liquidität betr. private Differenzgeschäfte (s.o.) 113.029 DM 26,30%	27

Der betriebliche Anteil des Darlehens betrug nach Ansicht des Prüfers daher nur 30,95% (133.128 DM); er hielt nur die auf den betrieblichen Anteil entfallenden Zinsen für abziehbar. Gewinnerhöhung deshalb:

1993 4.700 DM 29

1994 8.907 DM 30

1995 8.907 DM 31

1996 8.907 DM 32

Im Anschluss an die Betriebsprüfung ergingen am 2. Februar 1999 die Änderungsbescheide für die Streitjahre 1994 bis 1996. Ebenfalls am 2. Februar 1999 wurden die vorläufig ergangenen Einkommensteuerbescheide der Jahre 1990 bis 1993 geändert und dementsprechend auch der Verlustfeststellungsbescheid auf den 31. Dezember 1993 mit Bescheid, der keinen vortragsfähigen Verluste mehr ausweist. 33

Der Einspruch des Klägers blieb ohne Erfolg. Zur Begründung bezog sich der Beklagte in der Einspruchsentscheidung vom 6. Mai 1999 im Wesentlichen auf den BP-Bericht. Das Einspruchsverfahren gegen die übrigen Änderungsbescheide vom 2. Februar 1999 wurde vom Beklagten zum Ruhen gebracht. 34

Der Kläger macht geltend, die Börsentermingeschäfte für eigene Rechnung könnten bereits aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht dem privaten Bereich zugeordnet werden. Der Kläger habe diese Form von Eigengeschäften, die bereits Gegenstand der Vor-BP gewesen seien, unverändert seit 1988 betrieben. Dort sei die Zuordnung zum betrieblichen Bereich nicht beanstandet worden. Der Beklagte sei an die Entscheidung im Rahmen der Vor-BP gebunden, weil er im Vertrauen darauf Vermögensdispositionen getätigt habe. Wäre bereits im Rahmen der Vor-BP die Entscheidung gefallen, die Geschäfte mit Finanzderivaten auf eigene Rechnung dem privaten Bereich zuzurechnen, so hätte er das Volumen der Eigengeschäfte auf die Hälfte reduziert, um nach Steuern die gleichen Ergebnisse zu erzielen wie im Betriebsbereich. Die Vermögensdisposition liege daher darin, dass der Kläger die Geschäfte im Vertrauen auf ihre Zuordnung zum betrieblichen Bereich unverändert weiterbetrieben habe. 35

Nach der bis einschließlich Veranlagungszeitraum 1998 gültigen Rechtslage habe es im Übrigen keinen Vorteil gebracht, Geschäfte mit Finanzderivaten gewerblich zu betreiben, weil Gewinne aus diesen Geschäften nicht steuerbar gewesen seien. Die vom Beklagten zur Begründung seiner geänderten Rechtsansicht angeführten Entscheidungen seien nicht einschlägig, weil sie Sachverhalte beträfen, in denen die Spekulationsgeschäfte branchenuntypisch gewesen seien oder in denen sie erst nach Verlustentstehung in der Buchhaltung des Betriebs erfasst worden seien. Hinzu komme, dass er - der Kläger - über eine eigene Büroorganisation verfüge, die speziell auf die Geschäfte mit Finanz-Derivaten ausgerichtet gewesen sei (Computeranalysen, Simulationsprogramme sowie tägliche Kurserfassung) und darüber hinaus über eine 25-jährige Berufserfahrung. So habe er in den Jahren 1983 bis 1987 als Vorstandsmitglied der B das damals noch in den Kinderschuhen steckende Geschäft mit Finanz-Derivaten mit Erfolg aufgebaut. 36

Er sei schon deshalb gezwungen, auch Geschäfte auf eigenes Risiko durchzuführen, um gegenüber seinen Kunden glaubhaft zu sein. Die objektive Eignung von Termin-/Differenzgeschäften zur Stärkung des Betriebskapitals könne nicht ernsthaft bestritten 37

werden, zumal dieser Markt von der Börsenaufsicht überprüft und reglementiert werde; es gäbe keinen funktionierenden Markt, der objektiv nicht zur Erzielung von Gewinnen geeignet sei. Banken, Versicherungen und größere Kapitalgesellschaften, die treuhänderisch Gelder Dritter verwalteten, würden Geschäfte dieser Art in größerem Umfang betreiben.

Des Weiteren trug der Kläger - für das Gericht nachvollziehbar und vom Beklagten unbestritten - vor, in den Streitjahren insgesamt 95 Terminkontrakte auf eigene Rechnung zu haben. Extrem hohe Verluste seien nur bei 10 dieser Kontrakte angefallen und ausschließlich auf subjektive Fehler zurückzuführen (zu späte Glattstellung nach Anfangsgewinnen). Diese Fehler seinerseits hätten ihre Ursache im hohen psychischen und zeitlichen Druck gehabt, dem er ständig ausgesetzt gewesen sei. Die übrigen Geschäfte hätten in der Summe sogar zu 81.000 DM Gewinn geführt. Subjektive Fehler könnten aber kein Grund für die Versagung der steuerlichen Anerkennung sein. 38

Der Vertrag mit A über die Verwaltung von 100.000 DM bzw. die nach dem 31. Oktober 1989 verbliebenen 63.465 DM sei schon deshalb anzuerkennen, weil der Vertrag vom 17. November 1989 bereits im Rahmen der Vor-BP kontrolliert und nicht beanstandet worden sei. Im Übrigen sei der Vertrag nicht ungewöhnlich sondern das Ergebnis einer kaufmännischen Überlegung. Der mit dem Kläger befreundete A sei der erste Kunde des Klägers im Bereich der Vermögensverwaltung für fremde Rechnung gewesen. A habe den Vertrag beenden wollen, nachdem sich der Verlust auf über 36.000 DM summiert habe. Aus Imagegründen sei es gegenüber potenziellen Kunden wichtig gewesen, A als Kunden "bei der Stange zu halten". Der Vertrag sei auch nicht unüblich gewesen. Dazu legte der Kläger zwei in den Jahren 1991 und 1992 abgeschlossene Verwaltungsverträge mit fremden Dritten vor, in denen er von vornherein die Rückzahlung des gesamten eingezahlten Kapitals garantiert habe. Seit 1994 garantiere er vertraglich allen Kunden eine 50%ige Verlustbeteiligung. Der Beklagte hat dem nicht widersprochen. 39

Schließlich seien auch die verausgabten Zinsen aus dem "Darlehen A" zumindest insoweit abziehbar, als sie der Finanzierung von Börsentermingeschäften gedient hätten. In der mündlichen Verhandlung ist der Kläger nach Hinweis des Gerichts von dem darüber hinausgehenden Begehren abgerückt, für das Jahr 1996 auch die auf den Teil der Darlehenssumme entfallenden Zinsen abzuziehen, der für den privaten Grundstücksanteil verwandt wurde (für die Jahre 1994 und 1995 hatte der Beklagte die auf diesen Darlehenstil entfallenden Zinsen im Rahmen der großen Übergangsregelung einkunftsmindernd berücksichtigt; in der Steuererklärung für 1996 hatte der Kläger unwiderruflich die Beendigung der Nutzungswertbesteuerung erklärt). 40

Der Kläger beantragt, die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1994 und 1996 vom 2. Februar 1999, zuletzt geändert mit Bescheiden vom 27. September 2000 und den Einkommensteuerbescheid 1995 vom 2. Februar 1999 in Form der Einspruchsentscheidung vom 6. Mai 1999, dahin zu ändern, dass die Gewinnerhöhung aus dem Komplexen "Börsentermingeschäfte", "Vermögensverwaltung A" vollständig und aus dem Komplex "Darlehen A" insoweit rückgängig gemacht wird, als das Darlehen der Finanzierung von Börsentermingeschäften gedient hat. 41

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. 42

Der Beklagte bestreitet nicht die subjektive Absicht des Klägers, sein Betriebskapital mit den Eigengeschäften zu stärken. Er ist aber unter Hinweis auf die Feststellungen der Betriebsprüfung der Ansicht, dass der Kläger die objektive Eignung der Termin-/Differenzgeschäfte zur Verstärkung seines Betriebskapitals weder nachgewiesen noch 43

glaubhaft gemacht hat.

Entscheidungsgründe

44

Die Klage ist begründet. Der Kläger konnte auch die auf eigene Rechnung getätigten Börsentermingeschäfte dem betrieblichen Bereich zuordnen; es ist nicht Aufgabe der Finanzverwaltung, im Rahmen der steuerrechtlichen Beurteilung die Qualität unternehmerischer Entscheidungen abzuschätzen und unrichtige Entscheidungen als privat veranlasst einzuordnen.

45

1. Betriebsausgaben sind Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind (§ 4 Abs. 4 EStG). Auch bei den Verlusten aus Börsentermingeschäften, die der Kläger auf eigene Rechnung getätigt hat, handelt es sich um betrieblich veranlasste Aufwendungen in diesem Sinne.

46

a) Der Kläger hatte in den Streitjahren Börsentermingeschäfte in Form von Verträgen über den Erwerb von Wertpapieren bzw. Aktienoptionen, vertretbaren Sachen oder Devisen zu festgelegten Konditionen auf einem bestimmten späteren Zeitpunkt abgeschlossen. Dabei handelte es sich um hoch spekulative (verdeckte) Differenzgeschäfte, die nur äußerlich auf die Lieferung von Waren oder Wertpapieren gerichtet waren, tatsächlich jedoch keinen Güterumsatz zum Inhalt hatten. Sie unterschieden sich von echten Termingeschäften dadurch, dass sie nicht effektiv durch den Austausch von Währungen/Wertpapieren/Waren am Termintage zum vereinbarten Kurs abgewickelt werden sollten; vielmehr hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung nochmals ausdrücklich bekräftigt, dass es den am Geschäft Beteiligten lediglich um die Differenz zwischen dem jeweiligem Termin- und dem Kassakurs ging, die sich am Fälligkeitstag zu ihren Gunsten oder Ungunsten ergab.

47

b) Zu Recht gehen die Beteiligten inzwischen übereinstimmend davon aus, dass die Gewerblichkeit der Tätigkeit des Klägers als solche, der die Börsentermingeschäfte - wenn auch nur zu einem geringen Teil - auch auf fremde Rechnung betrieb und daneben zudem unternehmensberatend tätig war, nicht unter Hinweis auf seine Gewinnerzielungsabsicht in Frage gestellt werden kann. Die Absicht zur Erzielung von Gewinnen ist eine innere Tatsache, die - wie alle sich in der Vorstellung von Menschen abspielenden Vorgänge - nur anhand äußerlicher Merkmale beurteilt werden kann. Selbst bei gesonderter Betrachtung der jeweils getätigten Börsentermingeschäfte lässt sich eine diesbezügliche Gewinnerzielungsabsicht des Steuerpflichtigen regelmäßig nicht in Abrede stellen (BFH-Urteil vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466). Im Streitfall kommt hinzu, dass der Kläger für das Gericht nachvollziehbar dargelegt hat, dass seine Verluste im Rahmen der Eigengeschäfte im Wesentlichen auf eine nur kleine Anzahl (10) der insgesamt in den Streitjahren getätigten Kontrakte (95) zurückzuführen war, während die übrigen Geschäfte in der Summe sogar zu Gewinnen geführt haben. Diesen Vortrag unterstellt das Gericht als zutreffend, weil der Beklagte, dem die Geschäftsunterlagen des Klägers zur Prüfung vorlagen, auf den substantiierten Sachvortrag des Klägers weder im Zuge des Verwaltungsverfahrens noch im Rahmen des Klageverfahrens im Einzelnen eingegangen ist. Insoweit war somit keine weitergehende Sachverhaltsermittlung geboten. Für eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht des seit Jahren im Bereich des Börsenterminhandels berufstätigen Klägers bestehen daher keine Anhaltspunkte.

48

c) Der erkennende Senat teilt nicht die Ansicht des Beklagten, dass die verlustbringenden Eigengeschäfte, bei denen der Kläger im Verhältnis zu den von ihm getätigten Fremdgeschäften höhere Risiken eingegangen war, dem Privatbereich des Klägers zuzuordnen sind. Zwar ist die Behandlung von (verdeckten) Differenzgeschäften als

49

gewillkürtes Betriebsvermögen (anders als in Fällen eines echten Wertpapierhandels) mangels eines aktivierbaren Gegenstands der Leistung nicht möglich. Gleichwohl kann der Abschluss von Börsentermingeschäften und damit auch der Verlust daraus betrieblich veranlasst sein, wenn es sich auch um hochspekulative Geschäfte handelt, die vorwiegend im privaten Bereich getätigt werden (BFH-Urteil vom 19. Februar 1997 XI R 1/96, BFHE 182, 567, BStBl II 1997, 399). Dies gilt nach der Rechtsprechung des BFH nicht nur, wenn derartige Geschäfte üblicherweise in der Branche des Steuerpflichtigen anfallen, sondern auch, wenn sie branchenuntypisch sind. Es reicht für die betriebliche Veranlassung aus, wenn nach Art, Inhalt und Zweck des Geschäfts ein Zusammenhang mit dem Betrieb besteht (BFH-Urteile vom 5. März 1981 IV R 94/78, BFHE 133, 379, BStBl II 1981, 658, vom 11. Juli 1996 IV R 67/95 BFH/NV 1997, 114, vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466). Dazu ist erforderlich, dass die Geschäfte nach den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannten Umständen objektiv zur Stärkung des Betriebskapitals geeignet und subjektiv zu diesen Zweck bestimmt sind (BFH-Urteile vom 11. Juli 1996 IV R 67/95 BFH/NV 1997, 114; vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466).

aa) An der objektiven Eignung zur Stärkung des Betriebskapitals fehlt es, wenn sich ein Verlust aus dem betreffenden Geschäft bereits im Zeitpunkt seiner Widmung zu betrieblichen Zwecken abzeichnet. Allerdings kann die objektive Eignung zur Stärkung des Betriebskapitals nicht bereits deshalb in Zweifel gezogen werden, weil das Geschäft risikobehaftet ist. Denn Risiken sind grundsätzlich Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit. Es ist Sache der jeweiligen unternehmerischen Entscheidung, solche Geschäfte und die damit verbundenen Chancen, zugleich aber auch Verlustgefahren wahrzunehmen. Ein Unternehmer ist grundsätzlich darin frei, auch Geschäfte mit einem erheblichen Verlustrisiko wegen der mit ihnen einhergehenden Chancen wahrzunehmen. Es ist nicht Aufgabe der steuerrechtlichen Beurteilung, die Qualität unternehmerischer Entscheidungen abzuschätzen und ggf. im Ergebnis als unrichtig einzuschätzende Entscheidungen als privat veranlasst zu behandeln. Auch unternehmerische Fehlentscheidungen, so krass sie sich auch für den Außenstehenden darstellen mögen, bleiben betrieblich veranlasst (BFH-Urteile vom 8. Juli 1998 I R 123/97, BFHE 186, 540, BFH/NV 1999, 269, vom 8. August 2001 I R 106/99, BFHE 196, 173, BStBl II 2003, 487; Verluste aus Termingeschäften in Höhe von 2,5 Mio. DM; BFH-Beschluss vom 11. Februar 2003 I B 159/01, BFH/NV 2003, 1093; a.A. BMF-Schreiben vom 19. Dezember 1996, BStBl I 1997, 112, unter 2.). Deshalb sind auch hoch spekulative Börsentermingeschäfte nicht per se der Zuordnung zur betrieblichen Sphäre entzogen. Unstreitig können derartige Geschäfte zum betrieblichen Bereich von Kreditinstituten und branchenverwandten Unternehmen (z.B. Brokerhäusern) gehören. Für die Einordnung dieser Geschäfte ist daher zwar zunächst bedeutsam, dass sie vorwiegend im privaten Bereich getätigt werden. Dieses Indiz wird jedoch bereits dann neutralisiert, wenn es sich bei den Börsentermingeschäften um *branchentypische* Risikogeschäfte handelt, für die die betriebliche Veranlassung regelmäßig bejaht werden kann (BFH-Urteile vom 19. Januar 1977 I R 10/74, BFHE 121, 199, BStBl II 1977, 287 für branchentypische Geschäfte eines Bankiers; ferner BFH-Urteile vom 5. März 1981 IV R 94/78, BFHE 133, 379, BStBl II 1981, 658, vom 11. Juli 1996 IV R 67/95 BFH/NV 1997, 114; vom 8. August 2001 I R 106/99, BFHE 196, 173, BStBl II 2003, 487; vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466, vom 19. Februar 1997 XI R 1/96, BFHE 182, 567, BStBl II 1997, 399).

50

bb) Je weiter Art und Inhalt des Geschäfts von der Haupttätigkeit des Unternehmens entfernt sind, steigt jedoch die Gefahr eines Verlusts, denn um so weniger kann der Unternehmer Chancen und Risiken des Geschäfts bewerten. Deshalb ist der betriebliche Zusammenhang bei branchenfremden Termingeschäften besonders sorgfältig zu prüfen (z. B. bei Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts). Entscheidend ist, ob nach objektiven Kriterien unter

51

Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung der Geschäfte von einer Eignung zur Verstärkung des Betriebskapitals ausgegangen werden kann. Dafür reicht es zwar nicht aus, dass generell die Möglichkeit besteht, mit Börsentermingeschäften Gewinne zu erzielen (BFH-Urteile vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466, vom 19. Februar 1997 XI R 1/96, BFHE 182, 567, BStBl II 1997, 399, vom 11. Juli 1996 IV R 67/95 BFH/NV 1997, 114). Von vornherein ausgeschlossen ist eine Zuordnung von Risikogeschäften zum betrieblichen Sektor allerdings auch bei branchenfremden Unternehmen nur dann, wenn die Geschäfte den "reinen" Glücksspielen, wie etwa Lotto, Toto oder Roulette, gleicherachtet werden könnten. Das trifft indessen entgegen der Ansicht des Beklagten nicht auf die vom Kläger getätigten Börsentermingeschäfte zu. Zwischen diesen und den reinen Glücksspielen bestehen grundlegende Unterschiede. Reine Glücksspiele um Geld finden außerhalb des Wirtschaftskreislaufs im gesellschaftlichen Bereich statt; ihre Ergebnisse hängen meist vom Zufall ab. Anders als professionelle Vermögensanlagen erfordern Glücksspiele keine nennenswerte geistige Tätigkeit und Überwachung; sie dienen dem Zeitvertreib und dem "Nervenkitzel" des Spielers. Demgegenüber geht der Terminspekulant die Risiken ein, die im Wirtschaftskreislauf vorgegeben sind. Bei der seriösen, auf Kenntnissen beruhenden Terminspekulation handelt es sich um eine geistige Tätigkeit, die aus den Erfahrungen der Vergangenheit und aus der Beobachtung der gegenwärtigen Ereignisse die künftige Entwicklung prognostiziert, um durch entsprechende geschäftliche Handlungen wirtschaftliche Vorteile zu erzielen (BFH-Urteil vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Spekulant aufgrund jahrelanger Termin- und Spekulationsgeschäfte sachkundig ist. Da durch Börsentermingeschäfte bei hinreichender Sachkunde und ständiger Kurs- bzw. Marktbeobachtung ohne weiteres nachhaltig Gewinne erzielt werden können, steht ein negatives Spekulationsergebnis der steuerlichen Berücksichtigung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn das Ergebnis im Wesentlichen auf unternehmerische Fehleinschätzungen zurückzuführen ist und sich somit nicht von vornherein bereits bei Abschluss des betreffenden Terminkontrakts abzeichnete (BFH-Urteile vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466; vgl. ferner BFH-Urteil vom 5. März 1981 IV R 94/78, BFHE 133, 379, BStBl II 1981, 658).

cc) Im Streitfall waren die vom Kläger auf eigene Rechnung getätigten Börsentermingeschäfte danach ohne weiteres objektiv zur Stärkung des Betriebskapitals geeignet. Der Kläger, der auch auf fremde Rechnung Börsentermingeschäfte abgeschlossen hatte, betätigte sich bei Abschluss der auf eigene Rechnung geschlossenen Geschäfte nicht in einem für ihn branchenfremden, sondern vielmehr in einem branchentypischen Bereich. Er wickelte sämtliche Börsentermingeschäfte über eine eigene Büroorganisation ab, die speziell auf die Geschäfte mit Finanz-Derivaten ausgerichtet gewesen war (Computeranalysen, Simulationsprogramme sowie tägliche Kurserfassung) und verfügte zudem über jahrelange Berufserfahrung auf dem Gebiet der Börsentermingeschäfte aus dem Aufbau des Geschäfts mit Finanz-Derivaten für die Agrippina-Versicherung. Für die objektive Eignung der vom Kläger getätigten Börsentermingeschäfte zur Stärkung des Betriebskapitals spricht im Streitfall außerdem, dass der Kläger für das Gericht nachvollziehbar vorgetragen hat, dass sich die Verluste des Klägers nicht schon bei Abschluss der jeweiligen Kontrakte abgezeichnet haben, sondern auf subjektive Fehler seinerseits zurückzuführen waren. So hatte der Kläger in den Streitjahren insgesamt 95 Terminkontrakte abgeschlossen, von denen nur 10 zu besonders hohen Verlusten führten (wegen einer zu späten Glattstellung nach Erzielung von Anfangsgewinnen), während die übrigen Geschäfte in der Summe sogar zu Gewinnen geführt hatten.

52

53

dd) Ebenso wenig wie der Beklagte hat das Gericht Zweifel daran, dass die vom Kläger getätigten Börsentermingeschäfte auch subjektiv zur Stärkung des Betriebskapitals bestimmt waren.

aaa) Innere Vorgänge sind nur anhand objektiver Umstände des Einzelfalls feststellbar. 54
Deshalb ist im Zweifel entscheidend, wie die Geschäfte tatsächlich abgewickelt und buchhalterisch behandelt wurden. Die Zuordnung zur betrieblichen Sphäre setzt danach zunächst einen eindeutigen, nach außen verbindlich manifestierten Widmungsakt des Steuerpflichtigen voraus (BFH-Urteil vom 20. April 1999 VIII R 63/96, BFHE 188, 358, BStBl II 1999, 466). Ist die betriebliche Widmung des Geschäfts von Anfang an durch eine zeitnahe betriebliche Verbuchung bereits im Rahmen der laufenden Buchhaltungsarbeiten des Steuerpflichtigen nachvollziehbar (etwa bei Anschaffung über das betriebliche Bankkonto und entsprechender Verbuchung der Sollstellung oder durch Einbuchung eines betrieblichen Darlehens), so spricht dies für eine betriebliche Veranlassung des Vorgangs. Abzulehnen ist die betriebliche Veranlassung hingegen, wenn entsprechende Buchungen erst im Rahmen des Jahresabschlusses, also bei Vornahme der vorbereitenden Abschlussbuchungen erfolgen, oder wenn die Einbuchung erst erfolgt, nachdem sich ein Verlust bereits abgezeichnet hat oder der Steuerpflichtige einen Verlust zumindest befürchten musste (BFH-Urteile vom 11. Juli 1996 IV R 67/95 BFH/NV 1997, 114, vom 5. März 1981 IV R 94/78, BFHE 133, 379, BStBl II 1981, 658).

bbb) Im Streitfall hat der Kläger seinen Gewinn in den Streitjahren auf der Grundlage einer 55
maschinellen Buchführung durch Bestandsvergleich ermittelt. Er hat dabei sämtliche Geschäftsabschlüsse unstreitig über das betriebliche Bankkonto abgewickelt und unmittelbar betrieblich verbucht (also nicht erst im Rahmen der vorbereitenden Abschlussbuchungen oder nach Abzeichnung der Verluste). Damit hat er im Rechnungswesen eindeutig seinen Willen dokumentiert, die betreffenden Geschäfte seiner betrieblichen Sphäre zuzuordnen.

Für die Streitjahre kommt hinzu, dass die Zuordnung der auf eigene Rechnung getätigten 56
Börsentermingeschäfte zum betrieblichen Bereich für den Kläger nicht unmittelbar vorteilhaft war. Hätte der Kläger die auf eigene Rechnung abgeschlossenen Börsentermingeschäfte im Privatbereich getätigt, hätten diese als (verdeckte) Differenzgeschäfte wegen des fehlenden Leistungsaustauschs und ihres Charakters als Spiel und Wette keiner Einkunftsart unterlegen; sie wären - bis 1998 einschließlich - auch nicht als Spekulationsgeschäfte erfasst worden (BFH-Urteil vom 8. Dezember 1981 VIII R 125/79 BFHE 135, 426, BStBl II 1982, 618), obwohl es sich der Sache nach um typische Spekulationsgeschäfte handelt (vgl. Schmidt/Heinicke, EStG 22. Aufl., § 23 Rz 33 zu der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Neufassung des § 23 EStG durch Art. 1 Nr. 31 Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. März 1999, BGBl I, 402); vom Kläger erzielte Gewinne wären bei Zuordnung der Geschäfte zum Privatbereich in vollem Umfang steuerfrei gewesen. Der Kläger hat überzeugend vorgetragen, er hätte die Börsentermingeschäfte für eigene Rechnung auch dann abgeschlossen, wenn diese von der Vor-BP dem privaten Bereich zugeordnet worden wären. Die Zuordnung der Geschäfte zum betrieblichen Bereich hatte daher aus kaufmännischer Sicht nur vor dem Hintergrund des (doppelten) Umfangs der Geschäfte Bedeutung, wie der Kläger nachvollziehbar dargelegt hat; er konnte nach dem Ergebnis der Vor-BP nicht davon ausgehen, dass der Beklagte eine Zuordnung zum Privatbereich akzeptiert und auf die Besteuerung verzichtet hätte, wenn der Kläger durch die Eigengeschäfte wie erhofft Gewinne erzielt hätte.

2. Da der erkennende Senat danach die betriebliche Veranlassung der vom Kläger auf 57
eigene Rechnung getätigten Börsentermingeschäfte bejaht, führt dies zwangsläufig ebenfalls

zur Bejahung der Verwendung des Darlehensteils von 113.029 DM für betriebliche Zwecke (Liquiditätssicherung), sodass die auf diesen Darlehensteil entfallenden Zinsen abziehbar sind.

3. Auch bei dem vom Kläger aus der Vermögensverwaltung für A erzielten Verlust handelt es sich um betrieblich veranlasste Aufwendungen. Die Annahme des Beklagten, die Risikoübernahme sei nicht fremdüblich, liegt trotz der zwischen dem Kläger und A bestehenden Freundschaft neben der Sache. Zwar hatte der Kläger sich (bereits mit dem im Zuge der Vor-BP vorgelegten Vertrag vom 17. November 1989) zu einer Risikoübernahme dahin verpflichtet, dass zumindest der bis dahin verbliebene Betrag von 63.465 DM an A zurückgezahlt werden sollte. Bei der Würdigung dieser Vereinbarung hat der Beklagte jedoch völlig außer Acht gelassen, dass der Kläger auch in den Jahren 1991 und 1992 aus Imagegründen Verwaltungsverträge mit fremden Dritten abgeschlossen hat, in denen er von vornherein die Rückzahlung des gesamten eingezahlten Kapitals garantiert hat. Ebenso wenig hat der Beklagte den Umstand gewürdigt, dass der Kläger seit 1994 vertraglich allen Kunden eine 50%ige Verlustbeteiligung garantiert. Für den erkennenden Senat nachvollziehbar ist schließlich auch die kaufmännische Überlegung des Klägers, dass es nach einem Verlust von immerhin ca. 36.000 DM für ihn aus Imagegründen gegenüber potenziellen Neukunden wichtig gewesen sei, A als Kunden "bei der Stange zu halten". 58

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 135 Abs. 1, 136 Abs. 1 Satz 3 FGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 151 FGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 59

5. Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Frage zugelassen, inwieweit Börsentermingeschäfte im betrieblichen Bereich von Unternehmen berücksichtigt werden können, für die solche Geschäfte nicht branchenfremd sind. 60