

---

**Datum:** 27.03.2019  
**Gericht:** Finanzgericht Köln  
**Spruchkörper:** 3. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 3 K 769/16  
**ECLI:** ECLI:DE:FGK:2019:0327.3K769.16.00

---

**Nachinstanz:** Bundesfinanzhof, IX R 20/19

---

**Tenor:**

Der Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2004 vom 07.01.2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 19.02.2016 wird in der Weise geändert, dass die Einkommensteuer für das Jahr 2004 auf den Betrag festgesetzt wird, der sich ergibt, wenn sonstige Einkünfte aus Edelmetall-Pensionsgeschäften in Höhe von ... € berücksichtigt werden. Dem Beklagten wird aufgegeben, die Steuer zu errechnen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens haben die Klägerinnen zu 2% und der Beklagte zu 98 % zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerinnen vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

---

- Zwischen den Beteiligten ist die ertragsteuerliche Behandlung von Edelmetall-Pensionsgeschäften streitig. 2
- Bei den Klägerinnen handelt es sich um die Töchter und alleinigen Rechtsnachfolgerinnen von A (A, zugleich Pensionsgeber), verstorben am ....03.2016, nach Erlass der Einspruchsentscheidung vom 19.02.2016. Die vorliegende Klage wurde von den Töchtern am 18.03.2016 fristgerecht erhoben. 3
- A verfügte bereits einige Zeit vor dem Streitjahr in seinem steuerlichen Privatvermögen über Edelmetallbestände, vor allem Platin und Gold, die auf sogenannten Metallkonten bei den Schweizer Banken Z AG (Z-Bank) und Y AG (Y-Bank) ausgewiesen wurden. Bei der Z-Bank unterhielt A zwei solcher Konten mit den Nummern 1 und 2 und bei der Y-Bank das Konto mit der Nummer 3. Die Konten wurden – wie banküblich – auf US-Dollar lautend geführt, da Edelmetalle im internationalen Handel in US-Dollar gehandelt werden. 4
- Nach Aktenlage nahm A in den Jahren 2003 bis 2005, und dabei insbesondere im Streitjahr 2004, eine Reihe von Geschäften mit zumeist unterschiedlichen Teilmengen seiner Edelmetallbeständen vor, die im Einzelnen wie folgt abgewickelt wurden: So übertrug A im Rahmen dieser Geschäfte bestimmte Teilmengen seines Edelmetallbestandes an die Z-Bank und die Y-Bank gegen Zahlung eines festen Verkaufspreises (Kassageschäft). Zeitgleich wurde vereinbart, dass A die gleiche Teilmenge dieser Edelmetalle zu einem festvereinbarten Zeitpunkt wenige Monate später zu einem festgelegten Rückkaufpreis zurückerwarb (Termingeschäft). Diese Verkäufe mit fest vereinbartem Rückkauf (nachfolgend „Edelmetallgeschäfte“) wurden buchungstechnisch auf den Metallkonten bei der Z-Bank und der Y-Bank abgewickelt, weshalb der Verkaufspreis sowie der Rückkaufpreis bei diesen Geschäften jeweils in US-Dollar ausgewiesen wurden. 5
- Zur näheren Darstellung dieser Geschäfte haben die Klägerinnen beispielhaft für die mit den Edelmetallbeständen auf dem Konto bei der Z-Bank mit der Nummer 1 vorgenommenen Edelmetallgeschäfte die Abrechnungen über die Kassa- und Termingeschäfte (Anlagen 1 bis 3 zur Klageschrift, Bl. 181 bis 197 der Akte), die Kontoauszüge für dieses Konto (Anlage 4 zur Klageschrift, Bl. 198 bis 203 der Akte) sowie die diesen Geschäften zugrundeliegenden Rahmenverträge (Anlage 5 zur Klageschrift, Bl. 204 bis 216 der Akte) vorgelegt. Auf diese Dokumente wird Bezug genommen. 6
- Aus diesen Unterlagen ergibt sich, dass A eine – oftmals, aber nicht immer – unterschiedliche Teilmenge an Platinbarren an die Z-Bank verkaufte, die ihm dafür US-Dollar auf dem Fremdwährungskonto gutschrieb. Unter dem gleichen Datum stellte die Z-Bank eine Bescheinigung aus, wonach diese A die jeweils gleiche Menge Platin zu einem 3 bis 6 Monate in der Zukunft liegenden Termin zu einem festgelegten Preis zurückverkaufte. Dabei entsprach der vereinbarte Rückkaufpreis bei der ganz überwiegenden Anzahl der Geschäfte nicht dem Verkaufspreis, sondern lag unter diesem. In den Abrechnungen der Z-Bank wurde der Verkauf/Kauf mit dem Begriff „Swap“ bezeichnet. 7
- War somit der Rückkaufpreis – wie im Streitjahr ganz überwiegend – geringer als der Verkaufspreis, erzielte A hierdurch im Ergebnis einen Ertrag (sogenannter „positiver Spread“). War der Rückkaufpreis höher als der Verkaufspreis ergab sich – isoliert betrachtet – ein Verlust (sogenannter „negativer Spread“). Die aus den Verkäufen stammenden US-Dollar verblieben nicht auf dem Fremdwährungskonto, sondern wurden – ganz überwiegend – zumeist taggleich für den Erwerb von Wertpapieren, insbesondere festverzinslichen Anleihen, verwendet, aus denen Kapitaleinkünfte erzielt wurden. Aufgrund der Verzinsung der Anleihen ergab sich für A jeweils auch dann – in US-Dollar gerechnet – ein Gewinn, 8

wenn aus dem jeweiligen Verkauf und späterem Rückkauf ein Verlust („negativer Spread“) erzielt wurde.	
Die Geschäfte wurden im Streitjahr überwiegend dergestalt wiederholt, dass mit der Wirkung des Tages des Rückkaufs zugleich ein neuerlicher Verkauf der zurückgekauften Platinbarren erfolgte und zugleich ein weiterer Rückkauf vereinbart wurde.	9
Wie zwischen den Beteiligten unstreitig ist wurden in gleicher Art und Weise die Edelmetallgeschäfte mit den Edelmetallbeständen auf dem weiteren Konto bei der Z?Bank sowie auf dem Konto bei der Y-Bank durchgeführt.	10
In der nachfolgenden Übersicht sind die einzelnen Edelmetallgeschäfte mit Bezug zum Streitjahr 2004 dargestellt:	11
...	12
Wie aus der vorstehenden Übersicht über die Edelmetallgeschäfte mit Bezug zum Streitjahr 2004 ersichtlich, war lediglich bei einem Geschäft der Rückkaufspreis höher als der Verkaufspreis und bei zwei Geschäften waren Verkaufs- und Rückkaufspreis identisch.	13
In seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 2004 erklärte A weder die Erträge aus den Edelmetallgeschäften noch die Zinserträge aus der zwischenzeitlichen Anlage des Verkaufspreises.	14
Die am 26.09.2005 abgegebene Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 2004 führte am 29.12.2005 zur erstmaligen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Veranlagung. Hiergegen legte A am 16.01.2006 Einspruch ein.	15
Am 07.11.2006 beantragte A eine Änderung des Bescheids, die der Beklagte am 28.11.2006 gemäß § 164 Abs. 2 AO vornahm. Der Vorbehalt der Nachprüfung blieb bestehen.	16
Am 31.07.2007 wurde der Bescheid gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO geändert. Zum Vorbehalt der Nachprüfung enthält dieser Bescheid keine Aussage.	17
Gegen diesen Änderungsbescheid legte A am 06.08.2007 Einspruch ein. Am 23.10.2008 nahm A seinen Einspruch gegen den Einkommensteuerbescheid 2004 zurück.	18
Am 11.12.2009 erstattete A eine Selbstanzeige hinsichtlich nicht erklärter Einkünfte aus Kapitalvermögen (Kapitalanlagen in der Schweiz), aus privaten Veräußerungsgeschäften und bezüglich Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG. Die Anzeige umfasste den Zeitraum 1998 bis 2008. Im Rahmen der dabei eingereichten Nacherklärung gab A die Erträge aus den Edelmetallgeschäften zunächst mit geschätzten Werten an, die noch abschließend ermittelt werden sollten.	19
Daraufhin erließ der Beklagte am 18.01.2010 einen nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO geänderten Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr 2004 und berücksichtigte dabei die die von A in seiner Selbstanzeige angegebenen vorläufigen Werte. In den Erläuterungen zu diesem Bescheid wies der Beklagte darauf hin, dass dieser vorläufig hinsichtlich der nacherklärten Einkünfte aus Kapitalvermögen und der sonstigen Einkünfte ergehe, da das Ermittlungsverfahren der Steuerfahndung noch nicht abgeschlossen sei.	20
Gegen diesen Änderungsbescheid legte A am 26.01.2010 Einspruch ein.	21

Ab dem 30.12.2009 führte das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung W eine Betriebsprüfung bei A durch. Die Auswertung der Selbstanzeige erfolgte zudem in Zusammenarbeit mit dem Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung W.	
Während der Außenprüfung wurden die Daten und Beträge bezüglich der im Streitjahr getätigten Edelmetallgeschäfte von A konkretisiert.	23
Im Bericht der Betriebsprüfung vom 11.03.2013 – Textziffer 2.3.2 – wurde zunächst einmal festgestellt, dass der Verkaufspreis im Rahmen der Edelmetallgeschäfte von A in Festgelder und Wertpapiere angelegt worden sei und hieraus Erträge erwirtschaftet worden seien. Diese Erträge seien einvernehmlich als Einnahmen aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG angesetzt worden.	24
Nach übereinstimmender Auffassung zwischen der Finanzverwaltung und den Bevollmächtigten von A seien die Gewinne aus den Verkäufen und Rückkäufen der Edelmetallbestände im Rahmen echter Wertpapier-Pensionsgeschäfte als sonstige Einkünfte i.S.v. § 22 Nr. 3 EStG zu versteuern.	25
Hinsichtlich der Ermittlung dieser Einkünfte habe jedoch keine Einigung erzielt werden können.	26
So vertrete die Finanzverwaltung die Rechtsauffassung, dass die Übertragung des Edelmetalls zum Wechsel des wirtschaftlichen Eigentums führe, jedoch ohne dass zugleich ein Veräußerungstatbestand im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG vorliege. Die Differenzbeträge zwischen Verkaufs- und Wiederankaufspreis seien als sonstige Einkünfte gemäß § 22 Nr. 3 EStG steuerpflichtig. Die Ermittlung der Erträge habe beim Wechsel des Eigentums zu erfolgen. Eine Umrechnung von US-Dollar in Euro sei somit bei jeder Veräußerung und jedem Wiederankauf vorzunehmen.	27
Demgegenüber stünden die Bevollmächtigten von A auf dem Standpunkt, eine Umrechnung der getätigten Geschäfte von US-Dollar in Euro sei nur in Bezug auf den Erfolg des Geschäftes – den Spread –, der in US-Dollar ausgewiesen werde, durchzuführen. Einer jeweiligen Umrechnung bei Übergang des zivilrechtlichen Eigentums bei Übertragung und Rückübertragung des Edelmetalls stehe entgegen, dass dem Erfolg des Geschäfts mangels Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums i.S.v. § 39 Abs. 2 AO weder ein Anschaffungs- noch ein Veräußerungsakt zu Grunde liege. Vielmehr sei Gegenstand des Besteuerungsverfahrens gemäß § 22 Nr. 3 EStG das Pensionsentgelt, welches sich nur technisch aus der Preisdifferenz des Übertragung- und Rückübertragungsvorgangs ermitteln lasse.	28
Auf der Grundlage dieser unterschiedlichen Rechtsstandpunkte gelangten die Bevollmächtigten von A gemäß der nachfolgenden Übersicht zu Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG aus den streitbefangenen Edelmetallgeschäften i.H.v. ... €, der Beklagte hingegen zu solchen i.H.v. ... €.	29
Im Einzelnen berechnen die Beteiligten die aufgrund der streitbefangenen Edelmetallgeschäfte erzielten Erträge wie folgt:	30
...	31
Am 07.01.2015 erließ der Beklagte einen gemäß 173 Abs. 1 Nr. 2 AO geänderten Einkommensteuerbescheid für 2004, in dem er nunmehr u.a. bei den sonstigen Einkünften	32

i.S.v. § 22 Nr. 3 EStG Erträge aus den Edelmetallgeschäften i.H.v. ... € berücksichtigte. In den Erläuterungen zu diesen Bescheid wies der Beklagte darauf hin, dass die Änderung aufgrund des Berichts der Steuerfahndung vom 25.03.2014 sowie der Berichte der Betriebsprüfung vom 11.02. und 11.03.2014 erfolge. Der Einspruch sei damit nicht erledigt.	
Der Bescheid wurde zum Gegenstand des Einspruchsverfahrens.	33
Mit Einspruchsentscheidung vom 19.02.2016 wurde der Einspruch als unbegründet zurückgewiesen. Dabei führte der Beklagte im Wesentlichen aus, dass die Gewinne aus den Edelmetallgeschäften als sonstige Einkünfte im Rahmen echter Wertpapier-Pensionsgeschäfte gemäß § 22 Nr. 3 EStG zu versteuern seien.	34
Im Rahmen eines echten Wertpapier-Pensionsgeschäftes übereigne der Pensionsgeber dem Pensionsnehmer gegen Zahlung eines Kaufpreises einen Vermögenswert. Im gleichen Rechtszug verpflichte sich der Pensionsnehmer, diese Vermögenswerte in gleicher Menge und gleicher Art wieder zu einem zuvor vereinbarten Zeitpunkt gegen Zahlung des Rückkaufpreises zurückzuliefern, wobei es im Rahmen der Rückübertragungsverpflichtung als ausreichend angesehen werden solle, dass es sich um gattungsgleiche Vermögenswerte handele. Im Streitfall bestehe hinsichtlich der zivilrechtlichen Zuordnung der Geschäfte zu den so genannten echten Wertpapier-Pensionsgeschäften und bezüglich der steuerlichen Einordnung dieser Geschäfte unter die Bestimmung des § 22 Nr. 3 EStG zwischen den Beteiligten Einvernehmen.	35
Streitig sei lediglich die Besteuerung der Währungsschwankungen der Erträge.	36
Im Rahmen eines echten Wertpapier-Pensionsgeschäftes seien die Differenzbeträge zwischen Verkaufs- und Wiederankaufspreis als sonstige Einkünfte gemäß § 22 Nr. 3 EStG steuerpflichtig und im Zeitpunkt der Zahlung zu erfassen. Die Übertragung des Edelmetalls führe zum Wechsel des wirtschaftlichen Eigentums, ohne dass zugleich ein Veräußerungstatbestand im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG vorliege. Zutreffend sei er, der Beklagte, bei der Berechnung der Steuerbemessungsgrundlage davon ausgegangen, dass nicht der Erfolg des jeweiligen Geschäfts von US-Dollar in Euro umzurechnen sei. Die Ermittlung der Erträge habe vielmehr beim Wechsel des Eigentums zu erfolgen. Eine Umrechnung von US-Dollar in Euro sei jeweils im Zeitpunkt des Zu- und Abflusses der Kaufpreise nach § 11 EStG vorzunehmen.	37
Besteuert werde das tatsächliche Ergebnis des Pensionsgeschäftes und nicht der Währungsgewinn. Der erzielte und zu versteuernde Ertrag sei dabei jedoch währungsbedingt beeinflusst. Insoweit bestehe ein deutlicher Unterschied zur reinen Versteuerung von echten Währungsschwankungen. Die Auswirkungen würden noch deutlicher zu erkennen sein, wenn die Frage zu beantworten wäre, wie die Besteuerung in dem Fall erfolge, in dem wegen Insolvenz nur ein Teilbetrag der eingegangenen Verpflichtung zurückgezahlt werden könne. Auch hier wäre auf das tatsächliche Ergebnis abzustellen und nicht auf den Erfolg, wie ihn der Einspruchsführer definiere.	38
Der Auffassung, dass lediglich eine Umrechnung des steuerlichen Ergebnisses im Zeitpunkt des Rückerwerbs vorzunehmen sei, könne daher nicht gefolgt werden.	39
Im Rahmen der hiergegen gerichteten Klage machen die Klägerinnen geltend, dass A das Privatvermögen schon seit jeher ganz überwiegend und langfristig in physische Edelmetalle angelegt habe, da A kein Vertrauen in Papiergeld bzw. Währungssysteme, in Aktien oder Bankenprodukte besessen habe. A habe mit den Edelmetallbeständen grundsätzlich keinen	40

Handel betrieben.

Da die Banken aus den in den Tresoren gelagerten und sehr werthaltigen Edelmetallen keinen echten Nutzen hätten ziehen können, hätten sie A vorgeschlagen, dass A den Banken die Edelmetallbestände für bestimmte Zeiträume vorübergehend leihen solle. Daraus würden sich für A zusätzliche Erträge ergeben, ohne dass A sich um etwas kümmern müsse. Ein Verlustrisiko für die Edelmetallbestände bestünde definitiv nicht, da diese letztlich immer bei A verbleiben würden. Unter diesen Voraussetzungen habe A dann den Geschäften zugestimmt. 41

Im Rahmen der Edelmetallgeschäfte habe A sodann die Erträge aufgrund der positiven Spreads erzielt. Daneben sei der als Verkaufspreis vereinbarte US-Dollar-Betrag im Zeitraum zwischen Verkauf und Rückkauf festverzinslich angelegt worden. Die hieraus erzielten Erträge seien ordnungsgemäß versteuert worden und nicht Gegenstand der Klage. 42

Die Z-Bank und die Y-Bank hätten ihrerseits den Edelmetallbestand im Zeitraum zwischen Verkauf und Rückkauf zu Sicherungs- und Beleihungszwecken einsetzen und hierdurch wirtschaftliche Vorteile generieren können. 43

Aus den aufgeführten Edelmetallgeschäften habe A im Streitjahr 2004 insgesamt einen Ertrag – positiven Spread – i.H.v. ... US-Dollar erzielt. Dieser positive Spread sei für Zwecke der Besteuerung nach § 22 Nr. 3 EStG nur einmalig, und zwar im Zeitpunkt des Zuflusses zum jeweiligen Rückübertragungstichtag in einen Eurobetrag umzurechnen. Unter Berücksichtigung der jeweiligen taggenauer Umrechnungskurse der EZB seien somit ... € der Besteuerung zu unterwerfen. 44

Demgegenüber rechne der Beklagte im Rahmen der Ermittlung der Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG die US-Dollar-Beträge sowohl im Zeitpunkt des Verkaufs als auch im Zeitpunkt des Rückkaufs der Edelmetallbestände in Euro um. Durch dieses Vorgehen des Beklagten fielen höhere steuerpflichtige Einkünfte an, da fiktive und nicht realisierte Währungsgewinne infolge des im Vergleich zum US-Dollar steigenden Euro-Wechselkurses berücksichtigt würden. 45

Aufgrund dieser Währungsdifferenzen, die sich im Streitjahr nachteilig für A ausgewirkt hätten, gelange der Beklagte bei der Einkünfteermittlung zu Einkünften i.H.v. insgesamt ... €, mithin zu Einkünften, die um ... € über den Berechnungen der Klägerinnen lägen. 46

In zivilrechtlicher Hinsicht sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei den streitbefangenen Edelmetallgeschäften um echte Pensionsgeschäfte handele. Nach der Legaldefinition des § 340b Abs. 1 und 2 HGB lägen echte Pensionsgeschäfte dann vor, wenn der Pensionsnehmer die Verpflichtung übernehme, die Vermögensgegenstände des Pensionsgeschäftes zu einem bestimmten Zeitpunkt an den Pensionsgeber zurück zu übertragen. Die Rückübertragungsverpflichtung müsse sich auf gleichartige Wirtschaftsgüter beziehen, d.h. auf Vermögensgegenstände gleicher Art, Menge und Güte. 47

Diese Voraussetzungen seien im Hinblick auf die von A der Z-Bank und der Y-Bank jeweils überlassenen Edelmetallbestände gegeben. 48

Hinsichtlich der steuerrechtlichen Einordnung der echten Pensionsgeschäfte sei zwischen den Beteiligten unstrittig, dass es sich dabei nicht um steuerpflichtige private Veräußerungsgeschäfte i.S.v. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 EStG handele. 49

Ebenso sei zwischen den Beteiligten unstreitig, dass der positive Spread aus echten Pensionsgeschäften – verstanden als positive Differenz zwischen dem Verkaufs- und dem Rückkaufpreis – gemäß § 22 Nr. 3 EStG zu versteuern sei. Denn der positive Spread entspreche wirtschaftlich einem zusätzlich gezahlten Entgelt für die Überlassung des Pensionguts und begründe folglich ein steuerpflichtiges Pensionsentgelt.

Umstritten sei im Streitfall lediglich, wie diese Einkünfte gemäß § 22 Nr. 3 EStG zu ermitteln seien. 51

Soweit der Beklagte dabei davon ausgehe, dass der positive Spread als Entgelt aus diesen echten Pensionsgeschäften währungsbedingt beeinflusst sei, sei dies unzutreffend. Denn bei den streitbefangenen echten Pensionsgeschäften handele es sich wirtschaftlich um wechselseitige Sachdarlehen. Das echte Pensionsgeschäft setze sich aus zwei Darlehen zusammen, nämlich der vorübergehenden Überlassung des jeweiligen Edelmetallbestandes sowie der vorübergehenden Überlassung des jeweiligen Fremdwährungsguthabens in US-Dollar. Das eigenständige Wirtschaftsgut Fremdwährung in US-Dollar sei A von den Banken nur für einen von vornherein festgelegten Zeitraum übertragen worden – genauso wie umgekehrt der Edelmetallbestand den Banken von A. Nach Ablauf des festgelegten Zeitraums sei A verpflichtet gewesen, den Banken das jeweilige Fremdwährungsguthaben abzüglich des positiven Spreads als Pensionsentgelt zurück zu übertragen. Aus diesem Grunde sei das Sachdarlehen bezüglich der Fremdwährung in US-Dollar für steuerliche Zwecke genauso wie das Sachdarlehen bezüglich der Edelmetallbestände zu behandeln. 52

Zur Steuerbarkeit von Währungsschwankungen bei Fremdwährungsguthaben im Privatvermögen habe der BFH mit Urteil vom 30.11.2010 (VIII R 58/07, BStBl. II 2011, 491) entschieden, dass diese bis zur Einführung der Abgeltungssteuer steuerlich unbeachtlich seien, da sie wirtschaftlich nicht durch die Erzielung von Kapitaleinkünften, sondern durch die private Vermögenssphäre veranlasst seien. Dies ergebe sich insbesondere auch aus der bis zur Einführung der Abgeltungssteuer geltenden Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2, 2. Halbsatz i.V.m. § 52 Abs. 37b EStG. Danach sei bei Wertpapieren und Kapitalforderungen in einer ausländischen Währung der Unterschied zwischen dem Erwerbsertrag und dem Veräußerungserlös zur Ermittlung der Marktrendite in dieser ausländischen Währung zu ermitteln. Auf diese Weise habe der Gesetzgeber Wertveränderungen aufgrund von Währungsschwankungen vom Kapitalertrag abgegrenzt und steuerrechtlich unberücksichtigt gelassen. 53

Eine Besteuerung von Wechselkursgewinnen, die auf den Kapitalstamm entfielen, komme mithin nur in Betracht, wenn der Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts im Sinne des § 23 EStG erfüllt sei und der Wechselkursgewinn tatsächlich zufließe. Dies sei im Streitfall nicht gegeben. 54

Das Fremdwährungsguthaben sei im Rahmen eines echten Pensionsgeschäftes übertragen worden, weshalb die Anschaffung und Tilgung des Fremdwährungsdarlehens wegen der zeitgleich bestehenden Rückübertragungsverpflichtung nicht zu einer Veräußerung der jeweiligen Wirtschaftsgüter geführt habe. 55

Den Vertragsparteien sei es bei den Edelmetallgeschäften ausschließlich darum gegangen, durch den Einsatz der Pensionsgüter Edelmetallbestand und Fremdwährungsguthaben einen Erfolg in Form des Spreads zu erzielen. Die Vertragsparteien hätten gerade kein Währungsgeschäft durchführen bzw. keine Währungs- oder Kursgewinne generieren wollen. 56

Gegen die Steuerpflicht der fiktiven Währungsgewinne spreche zudem, dass sie zu keinem Zeitpunkt hätten realisiert werden können, sollen oder realisiert worden seien.

Der in der Regelung des § 23 EStG zum Ausdruck kommende Grundgedanke des Einkommensteuergesetzes zur Frage der Steuerbarkeit von Wertveränderungen des Vermögensstammes im Privatvermögen laute, dass lediglich realisierte Werterhöhungen oder Wertminderungen zu besteuern sein. Dies folge aus dem Realisationsprinzip, welches aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot und dem Leistungsfähigkeitsprinzip abgeleitet werde. Danach dürfe nur eine am Markt durch einen Leistungsaustausch (Umsatzakt) realisierte Wertsteigerung steuerlich erfasst werden. 58

Für die streitbefangenen Edelmetallgeschäfte sei die Einheit des Verkaufs- und Rückkaufgeschäftes aufgrund ihrer gegenseitigen Abhängigkeit kennzeichnend. Aufgrund dieser Einheitlichkeit und der gegenseitigen Abhängigkeit habe es vorliegend zu keinem Zeitpunkt zu einer für eine Realisation notwendigen Marktbewertung der Edelmetallbestände bzw. des Fremdwährungsguthabens kommen können. Weil Verkauf und Rückkauf nicht der notwendigen Marktkontrolle unterlegen hätten, habe theoretisch jeder Preis zwischen den Parteien des Pensionsgeschäftes vereinbart und dennoch der gleiche wirtschaftliche Erfolg erzielt werden können. 59

Dies zeige, dass dem echten Pensionsgeschäft die fehlende, für eine steuerliche Realisation aber notwendige, Marktbewertung des Pensionsguts immanent sei. 60

Dass es im Hinblick auf den Verkauf und den Rückkauf des Pensionsguts an einem Umsatzakt am Markt fehle und die Parteien eines Pensionsgeschäftes daran auch kein Interesse gehabt hätten, beweise die Verteilung des Wertrisikos beim echten Pensionsgeschäft. Denn allein der Pensionsgeber trage aufgrund der durchgehend bestehenden Rückkaufsverpflichtung zu einem im Vorhinein festgelegten Preis stets das Risiko der Wertveränderung des Pensionsguts. Dies bedeute im Hinblick auf die Fremdwährungsguthaben, die A für die pensionsweise hingegebenen Edelmetallbestände erhalten habe, dass die Banken sowohl vor dem Abschluss des Pensionsgeschäftes als auch während der Pensionszeit das Risiko der Wertschwankungen der Fremdwährungsguthaben getragen hätten. 61

Umgekehrt habe A durchgehend das Kursrisiko der Edelmetallbestände, die A pensionsweise an die Banken gegeben habe, getragen. 62

Folglich trage vor, während und nach dem Pensionsgeschäft stets die gleiche Person das Kurs- und Währungsrisiko des Pensionsguts. 63

Die durchgängige Tragung des Kursrisikos durch eine Person sei der maßgebliche Unterschied zu einem Kauf (und Rückkauf) etwa von Wertpapieren in Fremdwährung ohne Pensionsabrede, mit dem gegebenenfalls ein Währungsgewinn realisiert werde. Denn beim einfachen Kauf eines Wertpapiers gegen Fremdwährung komme es durch den Tausch der Fremdwährung gegen das Wertpapier zu einem damit verbundenen Wechsel der Risikotragung von Verkäufer auf den Käufer. 64

Soweit der Beklagte darlege, dass A Einnahmen in Höhe des Erlöses aus der Veräußerung der Edelmetalle an die Banken erzielt habe, sei dies aus steuerlicher Sicht unrichtig. Die Edelmetalle seien allenfalls zivilrechtlich im Rahmen eines Pensionsgeschäftes veräußert worden. Aus steuerlicher Sicht begründeten die Pensionsgeschäfte hingegen zwei gegenläufige Sachdarlehen, nämlich einerseits über die Edelmetallbestände sowie 65

andererseits über die US-Währungsguthaben. Eine steuerliche Veräußerung des Pensionsguts liege nach ganz vorherrschender Meinung bei Pensionsgeschäften nicht vor.

Soweit der Beklagte davon ausgehe, dass die im Rahmen der Pensionsgeschäfte gewährten US-Währungsguthaben bei A Veräußerungserlöse und damit steuerlich zu berücksichtigenden Einnahmen begründet hätten, so sei diese Auffassung ebenfalls unrichtig. Die Gewährung der US-Währungsguthaben sei im Rahmen des Pensionsgeschäftes steuerlich als Sachdarlehen zu qualifizieren. Sachdarlehen begründeten jedoch beim Darlehensnehmer weder bei der Auszahlung steuerliche Einnahmen gemäß § 22 Nr. 3 EStG noch bei der Rückzahlung steuerliche Werbungskosten. Das Zu- und Abflussprinzip des § 11 EStG finde entgegen der Auffassung des Beklagten auf die Auszahlung und die Tilgung eines Sachdarlehens keine Anwendung. Die beiden im Rahmen des Pensionsgeschäftes gegenläufig gewährten Sachdarlehen begründeten also nicht die Einnahmen aus § 22 Nr. 3 EStG, sondern vielmehr die steuerlich relevanten Leistungen i.S.v. § 22 Nr. 3 EStG, aus denen Einnahmen erzielt würden. Einnahmen würden beim Steuerpflichtigen im Rahmen eines Pensionsgeschäftes somit in Höhe des positiven Spreads erzielt, auf den das Zuflussprinzip natürlich auch anzuwenden sei und der für Zwecke der steuerlichen Einkünfteermittlung in Euro umzurechnen sei.

Der Vorsitzende hat mit Verfügung vom 22.02.2019 die Beteiligten darauf hingewiesen, dass auch unter Berücksichtigung des Zuflussprinzips sich im Streitfall die Frage stellen könne, ob nicht der positive Spread im Rahmen der streitbefangenen Edelmetall-Pensionsgeschäfte bereits im Zeitpunkt des Verkaufs der Edelmetalle erzielt werde, also in dem Zeitpunkt, in dem der Veräußerungserlös zufließe und in dem bereits feststehe, dass nach den zeitgleich getroffenen vertraglichen Regelungen nur ein geringerer Betrag für den zeitnahen Rückkauf der Edelmetalle aufgewandt werden müsse. Dies gelte jedenfalls für die Edelmetall-Pensionsgeschäfte mit einem aus Sicht von A positiven Spread.

Auf diesem Wege gelange man zu Einkünften in Höhe von lediglich ... €, wie sich aus der nachfolgenden Tabelle ergebe.

...

Dieser Betrachtungsweise des Gerichts haben sich die Klägerinnen mit der Maßgabe angeschlossen, dass dann aber auch das Geschäft mit dem negativen Spread vom 22.11.2004/23.05.2005 und einem Verlust i.H.v. umgerechnet ... € in dieser Weise behandelt werden müsste, sodass sich die der Besteuerung zu unterwerfenden Einkünfte aus Edelmetall-Pensionsgeschäften auf ... € verminderten.

Die Klägerinnen beantragen,

den Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr 2004 vom 07.01.2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 19.02.2016 dahingehend zu ändern, dass bei der Festsetzung der Einkommensteuer sonstige Einkünfte aus Edelmetallgeschäften – vor Verlustverrechnung – lediglich i.H.v. ... € statt i.H.v. ... € Berücksichtigung finden,

die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären

und im Unterliegensfall die Revision zuzulassen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen

und im Unterliegensfall die Revision zuzulassen.	77
Er steht auf dem Standpunkt, dass A im Streitfall Einnahmen aus der Verpensionierung der Edelmetalle in Höhe des Erlöses aus der Veräußerung der Edelmetalle an die Banken erzielt habe. Dieser Einnahmen seien nach § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG im Zeitpunkt des Zuflusses zu berücksichtigen. Das bei Rückkauf des Edelmetalls vom Steuerpflichtigen zu entrichtende Entgelt sei im Zeitpunkt des Abflusses nach § 11 Abs. 2 Satz 1 EStG als Werbungskosten von den Einnahmen abzuziehen.	78
Da die Veräußerungsentgelte in US-Dollar-Beträgen entrichtet worden seien, seien die Einnahmen und Werbungskosten und folglich die Einkünfte aus den Edelmetall-Pensionsgeschäften währungsbedingt beeinflusst. Eine Umrechnung lediglich des Gesamtergebnisses komme nicht in Betracht, da dies die tatsächlichen wirtschaftlichen Folgen und das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit außer Acht lasse.	79
Diese Sichtweise entspreche zudem auch der steuerlichen Behandlung der sogenannten Stillhaltergeschäfte, die nach alter Rechtslage ebenfalls unter § 22 Nr. 3 EStG zu subsumieren seien. So sei die Stillhalterprämie im Zeitpunkt des Zuflusses beim Stillhalter zu versteuern und zu diesem Zeitpunkt – werde sie in einer Fremdwährung gezahlt – in Euro umzurechnen. Später geleistete Aufwendungen des Stillhalters – wie z.B. der Differenzausgleich und die Glattstellungsprämie – seien zwar nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO rückwirkend im Kalenderjahr des Zuflusses der Einnahmen aus dem Stillhaltergeschäft als Werbungskosten zu berücksichtigen, seien aber im Zeitpunkt des Abflusses in Euro umzurechnen, sofern sie in einer Fremdwährung geleistet würden.	80
Letztlich seien auch im betrieblichen Bereich Währungsschwankungen zu berücksichtigen.	81
<b>Entscheidungsgründe</b>	82
Die Klage ist überwiegend begründet.	83
Zu Unrecht ist der Beklagte davon ausgegangen, dass bei der Ermittlung der aus den streitbefangenen in US-Dollar ausgeführten Edelmetall-Pensionsgeschäften erzielten Einkünften eine Umrechnung sowohl jeweils des Veräußerungspreises als auch des Rückkaufspreises in Euro zu erfolgen hat und die sich dabei ergebenden Wechselkursschwankungen den erzielten Überschuss erhöhen. Der angefochtene Einkommensteuerbescheid für 2004 ist insoweit rechtswidrig und verletzt die Klägerinnen in ihren Rechten gemäß § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO.	84
Nicht begründet ist die Klage hingegen insoweit, als die Klägerinnen die Berücksichtigung eines Verlustes begehren, der sich aus einem Geschäftsvorfall im Streitjahr ergibt, bei dem ein gegenüber dem späteren Rückkaufspreis höherer Veräußerungspreis vereinbart worden ist.	85
I. Bei den durch die streitbefangenen Edelmetall-Pensionsgeschäften erzielten Erträgen, den sogenannten positiven Spreads, handelt es sich um sonstige Einkünfte aus Leistungen im Sinne des § 22 Nr. 3 EStG. Hiervon geht der Senat in Übereinstimmung mit den Beteiligten aus. Denn die positive Differenz zwischen dem Veräußerungs- und dem Rückkaufspreis stellt das Entgelt für eine vom Pensionsgeber erbrachte Leistung dar, nämlich die zeitlich befristete Überlassung der Edelmetallbestände an den Pensionsnehmer, die betreffenden Banken, die diese zu den von ihnen verfolgten Zwecken – etwa zur Erfüllung einer eigenen	86

Lieferverpflichtung, als Sicherheit oder zur Erzielung von Einkünften – genutzt haben.

1. In zivilrechtlicher Hinsicht handelt es sich bei den streitbefangenen Geschäften um sogenannte echte Pensionsgeschäfte. 87

a) Von Pensionsgeschäften spricht man allgemein, wenn ein Pensionsgeber ihm gehörende Vermögensgegenstände – zumeist börsennotierte Wertpapiere, aber auch andere Wirtschaftsgüter (vgl. Haisch in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, Stand Januar 2015, § 5 Rn. 1559) – auf Zeit gegen Entgelt auf einen anderen, den Pensionsnehmer, bürgerlich-rechtlich überträgt. Echte Pensionsgeschäfte liegen vor, wenn der Pensionsnehmer die Wirtschaftsgüter zu einem vorbestimmten oder vom Pensionsgeber zu bestimmenden Zeitpunkt gegen Entrichtung des empfangenen oder eines im Voraus vereinbarten Betrages auf den Pensionsgeber zurück zu übertragen hat. Bei unechten Pensionsgeschäften ist der Pensionsnehmer dagegen nur zur Rückübertragung berechtigt. Dabei wird allgemein nicht in Zweifel gezogen, dass der Pensionsnehmer im Falle eines echten Pensionsgeschäftes zivilrechtlicher Eigentümer des Pensionsguts wird. Diesem stehen dann auch als zivilrechtlichem Eigentümer die Erträge zu, die durch den Einsatz des Pensionsgutes erzielt werden (vgl. hierzu Beschluss des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982 GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272; zudem BFH-Urteil vom 23.11.1983 I R 147/78, BStBl. II 1984, 217). 88

Eine gesetzliche Definition dieser charakteristischen Wesensmerkmale eines Pensionsgeschäftes ist auf der Grundlage von Art. 12 der EG-Bankbilanz-Richtlinie (Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 08.12.1986) durch das Bankbilanzrichtlinie-Gesetz (BGBl. 1990 I S. 2570) im Jahre 1990 für den Bereich der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute in § 340b HGB geschaffen worden. Insbesondere die Absätze 1 und 2 dieser Vorschrift bilden die genannten Tatbestandsmerkmale eines echten Pensionsgeschäftes ab. Unabhängig von der Frage, ob ihre Regelungen allein für die genannten Institute zur Anwendung gelangen, oder auch für Nichtinstitute Geltung beanspruchen können (vgl. zu dieser Streitfrage und ihrem Meinungsstand Böcking/Becker/Helke in MüKo HGB, 3. Auflage 2013, § 340b Rn. 2; Löw in MüKo Bilanzrecht, 1. Auflage 2013, § 340b Rn. 1), handelt es sich um eine ergänzende Vorschrift des Handelsbilanzrechts für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute – wie insbesondere auch die Bilanzierungsregel in Absatz 4 der Vorschrift zeigt –, sodass ihr Erkenntniswert für den Streitfall im Hinblick auf den privaten Charakter des Geschäfts für den Pensionsgeber nur sehr begrenzt ist. 89

Auch wenn es zur wesensmäßigen und charakteristischen Ausgestaltung eines Pensionsgeschäftes gehört, dass das Pensionsgut nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums vom Pensionsnehmer auf den Pensionsgeber zurück zu übertragen ist, muss es sich dabei nicht um den identischen, hingegebenen Vermögensgegenstand, dasselbe Wirtschaftsgut handeln, das zurückübertragen wird. Bilden vielmehr vertretbare Gegenstände – was bei Pensionsgeschäften sehr häufig der Fall ist – das Pensionsgut und ist z.B. die Rückgabe von Wertpapieren einer bestimmten Gattung oder die Rückgabe gleichartiger Vermögensgegenstände vereinbart, so liegt ein echtes Pensionsgeschäft auch dann vor, wenn gleichartige Vermögensgegenstände, also Gegenstände gleicher Menge, Art und Güte zurückübertragen werden (vgl. Löw in MüKo Bilanzrecht, 3. Auflage 2013, § 340b Rn. 7; Kienle in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage 2017, § 105 Rn. 18; Böcking/Becker/Helke in MüKo HGB, 3. Auflage 2013, § 340b Rn. 14; Haisch in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, Stand Januar 2015, § 5 Rn. 1559/1560). 90

b) Im Streitfall ergibt sich aus den zwischen A und den Schweizer Banken getroffenen vertraglichen Vereinbarungen, dass die betreffenden Edelmetallbestände für einen abgegrenzten Zeitraum – zumeist drei oder sechs Monate – auf die Schweizer Banken 91

übertragen werden sollten und zugleich vereinbart wurde, dass diese die betreffenden Edelmetallbestände zu einem von vornherein festgelegten Zeitpunkt und Rückkaufpreis an A zurückübertragen sollten.

Die Frage, ob es sich im Rahmen der Rückübertragung um die identischen Edelmetallbestände gehandelt hat, oder um gleichartige Edelmetalle, also um solche in vergleichbarer Menge, Art und Güte, kann dabei dahinstehen. Denn die betreffenden Geschäfte erfüllen in zivilrechtlicher Hinsicht in beiden Fallalternativen die Tatbestandsvoraussetzungen eines echten Pensionsgeschäftes. 92

2. Für die steuerliche Behandlung der Erträge aus den streitbefangenen Pensionsgeschäften – also der positiven Differenz zwischen dem Verkaufs- und Rückkaufpreis, insbesondere für deren Berechnung vor dem Hintergrund der fremdwährungsbasierten Verkaufs- und Rückkaufpreise sowie der Wechselkursschwankungen – ist es von ausschlaggebender Bedeutung, welcher Einkunftsart diese zuzuordnen sind. Und hierfür ist der wirtschaftliche Charakter der streitbefangenen Edelmetall-Pensionsgeschäfte entscheidend. 93

a) Dabei ist zunächst einmal festzustellen, dass bei der steuerlichen Betrachtung von echten Pensionsgeschäften zumeist die Frage im Vordergrund steht, ob der Pensionsnehmer neben dem zivilrechtlichen Eigentum auch das wirtschaftliche Eigentum am Pensionsgut erwirbt und wem die aus dem Einsatz des Pensionsguts gezogenen Erträge als Einkünfte zuzurechnen sind (zum Streitstand hinsichtlich dieser umstrittenen Fragen Haisch in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, Stand Januar 2015, § 5 Rn. 1560 ff.; Blümich/Krumm, EStG, Stand März 2018, § 5 Rn. 1082; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Auflage 2019, § 5 Rn. 270). 94

Allerdings braucht der Senat diesen Streitfragen nicht weiter nachzugehen. Denn zum einen geht es im Streitfall nicht darum, wem die durch den Einsatz des Pensionsguts erzielten Erträge zuzurechnen sind, sondern darum, welcher Einkunftsart diejenigen Erträge zuzuordnen sind, die sich daraus ergeben, dass im Rahmen der betreffenden Pensionsgeschäfte ein über dem Rückkaufpreis liegender Verkaufspreis vereinbart wird, in welchem Veranlagungszeitraum diese positive Differenz unter Zufluss- und Abflussgesichtspunkten zu erfassen ist und insbesondere welchen Einfluss die genannten Wechselkursschwankungen auf die Berechnung der insoweit erzielten Einkünfte haben. 95

Zum anderen wird die Beantwortung der vorgenannten Fragen nicht entscheidend dadurch erleichtert, dass geklärt wird, ob im Streitfall neben dem zivilrechtlichen Eigentum auch das wirtschaftliche Eigentum auf die Banken als Pensionsnehmer übergegangen ist. Denn für die Abgrenzung der sonstigen Einkünfte aufgrund von Leistungen zu solchen aufgrund privater Veräußerungsgeschäfte ist die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums dann nicht von weitergehender Bedeutung, wenn zuvor bereits das zivilrechtliche Eigentum übertragen worden ist (Klein/Ratschow, AO, 14. Auflage 2018, § 39 Rn. 13/14). 96

b) Unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Charakters der streitbefangenen Edelmetall-Pensionsgeschäfte vertritt der erkennende Senat den Rechtsstandpunkt, dass es sich bei der dabei erzielten positiven Differenz zwischen dem Veräußerungs- und dem Rückkaufpreis um sonstige Einkünfte aus Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG handelt. 97

Grundsätzlich ist der Einkunftstatbestand des § 22 Nr. 3 EStG nach dem Wortlaut von Satz 1 subsidiär gegenüber allen anderen Einkunftsarten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 EStG sowie gegenüber allen anderen Tatbeständen des § 22 EStG selbst. 98

Von § 22 Nr. 3 EStG werden entgeltliche Leistungen im Privatbereich erfasst, die keine den Regelungen der §§ 17, 20 Abs. 2 und 23 EStG zugeordneten Veräußerungen darstellen und auch keinen veräußerungsähnlichen Charakter aufweisen (vgl. BFH-Urteile vom 19.02.2013 IX R 35/13, BStBl. II 2013, 578; vom 19.02.2013 IX R 65/10, BFH/NV 2013, 1085). Es darf sich dabei nicht um ein Entgelt für die Aufgabe der Substanz eines Wirtschaftsguts handeln (vgl. BFH-Urteil vom 11.04.2017 IX R 46/15, BFH/NV 2017, 1030). Die Gegenleistung muss vielmehr durch das Verhalten des Steuerpflichtigen ausgelöst sein (vgl. BFH-Urteil vom 14.04.2015 IX R 35/13, BStBl. II 2015, 795).

Entscheidend ist somit, ob das Entgelt als Ausgleich für den endgültigen Verlust eines Wirtschaftsguts in seiner Substanz oder für die Gebrauchsüberlassung zur Nutzung, den Verzicht auf eine Nutzungsmöglichkeit oder deren Beschränkung, etwa durch eine Belastung, gezahlt wird, während der Vermögenswert, aus dem die Nutzungen fließen, in seiner Substanz erhalten bleibt (vgl. BFH-Urteile vom 11.02.2014 IX R 25/13; BStBl. 2014, 566; vom 02.07.2018 IX R 31/16, BStBl. II 2018, 759). Diese Abgrenzung erfolgt nach der Art des Wirtschaftsguts und dem wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung. Die zivilrechtliche Form der Vereinbarung ist aber nicht entscheidend. Die Nutzung kann im Einzelfall auf einem obligatorischen oder einem dinglichen Recht beruhen, sie muss jedoch auf jeden Fall zeitlich begrenzt sein (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Auflage 2019, § 22 Rn. 136 ff.; Blümich/Nacke, EStG, Stand November 2016, § 22 Rn. 163). 100

Ein Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 EStG stellt hingegen – gleichsam spiegelbildlich zum Vorgang der Anschaffung – die entgeltliche Übertragung des angeschafften Wirtschaftsguts auf einen Dritten dar. Maßgebend ist – wie bei der Anschaffung – regelmäßig bereits das obligatorische Geschäft, jedoch nur, wenn es zu einem dinglichen Vollzugsakt kommt. Die Vorschrift des § 23 EStG erfasst als Veräußerungsgeschäft grundsätzlich nur Wirtschaftsgüter, die zuvor angeschafft worden sind. Hieraus ergibt sich zwingend das Erfordernis der Nämlichkeit (Identität) zwischen angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut. Diese Nämlichkeit setzt allerdings keine absolute Identität voraus, ausreichend ist vielmehr die bloße wirtschaftliche Identität (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Auflage 2019, § 23 Rn. 12 ff.; Blümich/Ratschow, EStG, Stand April 2017, § 23 Rn. 121 ff., 126 ff.; im Übrigen zum Veräußerungsbegriff im Rahmen des § 17 EStG Blümich/Vogt, EStG, Stand Juli 2016, § 17 Rn. 340 ff.; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Auflage 2019, § 17 Rn. 94 ff). 101

Das Bestehen einer vertraglich vereinbarten Rückübertragungsverpflichtung muss dem Vorliegen eines Veräußerungstatbestandes als dauerhafter und endgültiger Übertragung eines Wirtschaftsgutes nicht entgegenstehen; allerdings muss diese Verpflichtung dann an bestimmte Bedingungen geknüpft sein (vgl. BFH-Urteil vom 07.03.1995 VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Bei einer späteren Rückabwicklung wegen Vertragsstörungen oder dem Eintritt einer auflösenden Bedingungen liegt hingegen ein Ereignis mit steuerlicher Rückwirkung im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO vor, sodass das Veräußerungsgeschäft mit all seinen steuerlichen Wirkungen ohnehin rückwirkend entfällt (vgl. Blümich/Vogt, EStG, Stand Juli 2016, § 17 Rn. 342-344; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Auflage 2019, § 17 Rn. 96). 102

Auch der Umstand, dass das Veräußerungsgeschäft zeitlich vor dem Ankaufsgeschäft stattfindet, hindert nicht das Vorliegen eines Veräußerungstatbestandes, wie die Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG betreffend die sogenannten Leerverkäufe zeigt (vgl. Blümich/Ratschow, EStG, Stand April 2017, § 23 Rn. 121 und 173 ff.). 103

aa) In Anbetracht dieses Begriffsverständnisses des steuerlichen Veräußerungstatbestandes kann das echte Pensionsgeschäft nicht als ein Veräußerungsgeschäft im Sinne von § 23 104

EStG angesehen werden. Dementsprechend handelt es sich bei der positiven Differenz zwischen dem Veräußerungs- und dem Rückkaufpreis auch nicht um einen Veräußerungsgewinn, sondern um ein Entgelt, das der Pensionsnehmer für die vorübergehende Überlassung des Pensionsgutes bezahlt.

So wird ein Veräußerungsgeschäft im Allgemeinen durch die vorherige Anschaffung und zeitlich nachfolgende Veräußerung eines Wirtschaftsguts gekennzeichnet. Der Veräußerungstatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG will die in diesem Zeitraum eingetretene Werterhöhung des betreffenden Wirtschaftsguts, die gleichzeitig auch eine Leistungsfähigkeitssteigerung des Eigentümers des betreffenden Wirtschaftsguts dokumentiert, erfassen (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Auflage 2019, § 23 Rn. 1; Blümich/Ratschow, EStG, Stand April 2017, § 23 Rn. 10). 105

Zwar wird – wie dargestellt – das Vorliegen eines Veräußerungstatbestandes nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Veräußerung eines Wirtschaftsgutes zeitlich vor seinem Erwerb erfolgt. Jedoch ist für ein solches Geschäft – einen Leerverkauf – kennzeichnend, dass das veräußerte Wirtschaftsgut letztendlich beim Erwerber verbleiben soll. Die spätere Anschaffung erfolgt insoweit von einem Dritten und gerade nicht vom Erwerber des Veräußerungsgeschäftes. 106

Beim echten Pensionsgeschäft erfolgt hingegen die Veräußerung mit der feststehenden Maßgabe, dass der Erwerber das erworbene Wirtschaftsgut nach einem vorab festbestimmten Zeitraum und Rückkaufpreis auf den Veräußerer zurückübertragen soll. In einem solchen Vorgehen kann wirtschaftlich aber nicht die Realisierung einer zwischen Anschaffung und Veräußerung eingetretenen Wertsteigerung liegen. 107

Zwar muss auch eine Rückübertragungsverpflichtung – wie dargestellt – nicht unbedingt dem Vorliegen eines Veräußerungstatbestandes entgegenstehen. Dies betrifft jedoch die Fälle, in denen diese Verpflichtung an den Eintritt bestimmter Bedingungen geknüpft wird, sodass es bei deren Eintritt nicht zu einer Rückabwicklung der Veräußerung, sondern zu einer Rückveräußerung kommt. Steht beim echten Pensionsgeschäft jedoch von vorne herein fest, dass nach einem begrenzten, fest vereinbarten Zeitraum das übertragene Wirtschaftsgut zu einem festgelegten Preis zurück zu übertragen ist, handelt es sich wirtschaftlich nicht um die Veräußerung eines Wirtschaftsgutes, sondern nur um seine zeitweise Überlassung. 108

Wollte man im Streitfall die Veräußerung der betreffenden Edelmetallbestände in den Kontext eines tatsächlichen Veräußerungstatbestandes stellen, so müsste man die betreffenden Veräußerungen in Beziehung zu ihren jeweiligen – früheren – Anschaffungsvorgängen setzen. Abgesehen davon, dass weder nach dem Sachvortrag der Beteiligten noch nach Aktenlage Erkenntnisse darüber vorliegen, inwieweit die Veräußerungen innerhalb der Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG erfolgt sind, werden die Veräußerungsvorgänge im Rahmen eines echten Pensionsgeschäftes wirtschaftlich aber nicht dem Begriff eines Veräußerungsgeschäftes gerecht. Denn die Veräußerung eines Pensionsgutes und sein bereits bei der Veräußerung fest vereinbarter kurzfristig nachfolgender Rückerwerb zu einem zu diesem Zeitpunkt bereits festgelegten Rückkaufpreis entsprechen nicht den charakteristischen Wesensmerkmalen eines Veräußerungstatbestandes im Sinne eines dauerhaften und endgültigen Verlustes des übertragenen Wirtschaftsguts. 109

Im Streitfall war von vornherein beabsichtigt, die betreffenden Edelmetallbestände nur für einen kurzen, jedenfalls eng begrenzten Zeitraum den Banken zu überlassen. 110

Der Umstand, dass es sich möglicherweise bei der Rückübertragung nicht um dieselben, identischen Edelmetallbestände gehandelt hat, diese als Gattungsgegenstände nur in gleicher Menge, Art und Güte zurückübertragen worden sind, steht dieser Wertung nicht entgegen, da – jedenfalls wirtschaftlich gesehen – die betreffenden Edelmetallbestände als Pensionsgut nicht dauerhaft den Banken verblieben sind.

Damit stehen die streitbefangenen Edelmetall-Pensionsgeschäfte jedoch wirtschaftlich betrachtet einer Leihe oder einem Sachdarlehen wesentlich näher als einem Veräußerungstatbestand. Denn charakteristisches wirtschaftliches Wesensmerkmal eines Veräußerungstatbestandes ist, dass das veräußerte Wirtschaftsgut dauerhaft beim Empfänger verbleiben soll, wie umgekehrt das hierfür gezahlte Entgelt dauerhaft dem Veräußerer verbleiben soll. Darauf waren jedoch die hier zu beurteilenden Pensionsgeschäfte gerade nicht angelegt. 112

Im Fachschrifttum wird die steuerliche Behandlung von Ausgleichsleistungen des Pensionsnehmers an den Pensionsgeber für die vorübergehende Überlassung eines Pensionsgutes – fast ausschließlich wird hier das Wertpapier-Pensionsgeschäft betrachtet – nur ganz vereinzelt erörtert, dann aber mit dem Ergebnis, dass dieses Entgelt in Gestalt einer Dividenden- oder Zinsausgleichszahlung bzw. eines sogenannten Repozinses den Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG zuzurechnen ist (vgl. z.B. Häuselmann FR 2010, 200 (205); für die Zeit nach Einführung der Abgeltungssteuer so im Übrigen auch das BMF im Abgeltungssteuer-Erlass vom 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 173). Berücksichtigt man ferner, dass das echte Pensionsgeschäft aufgrund der lediglich vorübergehenden Übertragung des Pensionsgutes vom Pensionsgeber auf den Pensionsnehmer dem wirtschaftlichen Gehalt nach ohne weiteres der Wertpapierleihe oder dem Wertpapierdarlehen gleichgestellt werden kann, so bestätigt sich diese Rechtsauffassung. Denn die im Bereich der Wertpapierleihe für die zeitlich begrenzte Nutzungsüberlassung gezahlten Entgelte werden mehr oder weniger einhellig als Einnahmen im Sinne des § 22 Nr. 3 EStG angesehen (vgl. Killat in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, Stand September 2016, § 22 Rn. 430; Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, Stand Februar 2014, § 20 Rn. 295; Hamacher/Dahm in Korn, EStG, Stand September 2017, § 20 Rn. 104, 105, 640 und 642; Blümich/Nacke, EStG, Stand November 2016, § 22 Rn. 168, Stichwort Wertpapierleihe; Oho/v. Hülst, DB 1992, 2582 (2584); vgl. im Übrigen auch OFD Frankfurt, Verfügung vom 25.06.1996, DB 1996, 1702). 113

Unabhängig von den unterschiedlichen Möglichkeiten der konkreten Ausgestaltung des vom Pensionsnehmer für die zeitweilige Überlassung des Pensionsguts an den Pensionsgeber gezahlten Entgelts geht der Senat jedenfalls mit den Beteiligten davon aus, dass die Vereinbarung eines gegenüber dem jeweiligen Verkaufspreis geringeren Rückkaufspreises und die sich hieraus ergebende positive Differenz – der positive Spread – wirtschaftlich als Entgelt der Banken an A für die befristete Überlassung der Edelmetallbestände gewollt gewesen ist. 114

bb) Bei den streitbefangenen Einnahmen handelt es sich aber nicht nur um keine Veräußerungsgewinne, diese stellen auch keine Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 EStG dar. 115

Im Streitfall käme insoweit nur § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG a.F. in Betracht, wonach zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art gehören, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt. 116

- Unter § 20 Abs. Nr. 7 EStG a.F. fallen alle auf eine Geldleistung gerichteten Forderungen ohne Rücksicht auf die Dauer der Kapitalüberlassung und den Rechtsgrund des Anspruchs. Keine Kapitalforderungen sind Sachforderungen, z.B. aus Wertpapierdarlehen (Übereignung von Wertpapieren auf Zeit mit der Verpflichtung, dass der Darlehensnehmer Papiere gleicher Menge, Art und Güte zurück zu übereignen hat) oder Forderungen, die auf die Lieferung von Gold gerichtet sind. (vgl. hierzu nur mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BFH Blümich/Ratschow, EStG, Stand August 2015, § 20 Rn. 308 ff. sowie Schmidt/Levedag, EStG, 38. Aufl. 2019, § 20 Rn. 115). 117
- Insbesondere enthalten Sachdarlehen im Sinne von § 607 BGB keine Kapitalforderungen, weil mit ihnen nicht Geldbeträge (Kapital), sondern Sachen geschuldet werden. Ihre Erträge fallen deshalb nicht unter 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG a.F., sondern sind als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG steuerbar (vgl. Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, Stand Februar 2014, § 20 Rn. 295, sowie Blümich/Ratschow, EStG, Stand August 2015, § 20 Rn. 308). 118
- Da der streitbefangene positive Spread das Entgelt für die vorübergehende Überlassung der Edelmetallbestände darstellt, kann es sich mithin nicht um einen Ertrag aus einer Kapitalforderung handeln. 119
- II. Hinsichtlich der Berechnung und damit der Höhe der von A im Rahmen der streitbefangenen Edelmetall-Pensionsgeschäften erzielten Einkünfte in Gestalt des positiven Spreads geht der Senat davon aus, dass die positive Differenz zwischen dem Veräußerungs- und dem Rückkaufpreis jeweils zum Zeitpunkt der Veräußerung zu ermitteln und allein zu diesem Zeitpunkt aus der Fremdwährung US-Dollar in Euro umzurechnen ist. Damit ergeben sich die vom Vorsitzenden in seinem Hinweisschreiben 22.02.2019 und auf Seiten 20/21 des Tatbestandes ermittelten Einkünfte. 120
1. Nach Auffassung des Senats ergibt sich bereits aus dem für die Überschusseinkunftsarten geltenden Zufluss-Abfluss-Prinzip gemäß § 11 EStG, dass der positive Spread A bereits im Zeitpunkt der Veräußerung der Edelmetallbestände zugeflossen ist. 121
- a) Die Einkünfte im Sinne von §§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, 22 EStG werden gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG durch den Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten ermittelt. Für diese Überschussermittlung bestimmt § 11 Abs. 1 und 2 EStG den Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen sowie des Abflusses der Aufwendungen (vgl. nur Schmidt/Krüger, EStG, 38. Auflage 2019, § 11 Rn. 3 und 5). 122
- b) Nach § 11 Abs. 1 EStG werden Einnahmen innerhalb des Kalenderjahres bezogen, in dem sie zugeflossen sind. Und zugeflossen sind Einnahmen dann, wenn der Steuerpflichtige wirtschaftlich über sie verfügen kann. Das ist dann der Fall, wenn die Einnahme in das Vermögen des Steuerpflichtigen übergegangen ist (Eintritt des Leistungserfolges). Erforderlich ist insoweit der wirtschaftliche Übergang des geschuldeten Gutes oder das Erlangen der wirtschaftlichen Dispositionsbefugnis über dieses. Dies richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, nach der Art des zugewandten Vorteils sowie den Umständen des jeweiligen Einzelfalles (vgl. hierzu nur Schmidt/Krüger, EStG, 38. Auflage 2019, § 11 Rn. 15 ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BFH). 123
- Bereits mit der Bezahlung des Veräußerungspreises durch die Banken für die Überlassung der Edelmetallbestände im Rahmen der Pensionsgeschäfte hat A die wirtschaftliche Verfügungsmacht über denjenigen Teil des Veräußerungspreises erworben, der ihm letztlich als Entgelt für das Pensionsgeschäft verbleiben sollte, nämlich in Gestalt des Differenzbetrages gegenüber dem geringeren Rückkaufpreis. 124

Schon deshalb kann sich der Senat nicht der Rechtsauffassung des Beklagten anschließen, wonach die sonstigen Einkünfte aus den Pensionsgeschäften erst im Zeitpunkt des Rückkaufs zu berechnen und steuerlich zu erfassen gewesen sind. Denn in diesem Zeitpunkt kam es jeweils nur zu einem Abfluss aus dem Vermögen des Pensionsgebers. Warum erst zu diesem Zeitpunkt A der positive Differenzbetrag zwischen Veräußerungs- und Rückkaufpreis zugeflossen sein soll, ist für den Senat vor dem Hintergrund der dargestellten Grundsätze des Zuflusses von Einnahmen nach § 11 Abs. 1 EStG nicht nachvollziehbar. 125

Soweit der Beklagte darüber hinaus zuletzt den Standpunkt vertreten hat, im Zeitpunkt der Bezahlung des Veräußerungspreises komme es zu einem entsprechenden Zufluss des Gesamtbetrages als Einnahme auf Seiten des Pensionsgebers, so erscheint auch dies nicht sachgerecht. Denn vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt bereits zeitlich und betragsmäßig feststehenden Rückzahlungsverpflichtung des Pensionsgebers kann man den Gesamtbetrag des Veräußerungserlöses nicht als Einnahme ansehen; dies würde vielmehr der Sachlage in wirtschaftlicher Hinsicht nicht gerecht. 126

2. In Höhe des Rückkaufpreises handelte es sich bei der Zahlung der Banken hingegen um denjenigen Betrag, der nicht bei A als Pensionsgeber verbleiben sollte, sondern der im Zeitpunkt des vereinbarten Rückkaufs an die Banken zurückzuzahlen gewesen ist. 127

Der unterhalb des Veräußerungspreises liegende Rückkaufpreis stellt sich nach Auffassung des Senats bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als eine Art Darlehen dar, das weder im Zeitpunkt der Bezahlung des Veräußerungserlöses noch im Zeitpunkt der Leistung des Rückkaufpreises ertragsteuerliche Wirkungen entfaltet. 128

Gegenüber einer Edelmetall-Leihe oder einem Edelmetall-Darlehen hat das echte Edelmetall-Pensionsgeschäft für den Pensionsgeber den Vorteil, dass für den Zeitraum, in dem das Pensionsgut dem Pensionsnehmer gegenständlich überlassen wird, dieser in Gestalt des Veräußerungsentgelts einen Vermögenswert erhält, mit dem A seinerseits „arbeiten“ bzw. „wirtschaften“ und Erträge erzielen kann und der ihm zudem als Sicherheit für den Fall dient, dass der Pensionsnehmer mit seiner Verpflichtung zur Rückübertragung des Pensionsguts in Schwierigkeiten gerät. 129

Damit stellt der Veräußerungspreis in der Höhe, in der A bei der Rückübertragung an den Pensionsnehmer zu zahlen ist, nach Ansicht des Senats bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein kurzfristiges Darlehen – gegebenenfalls auch eine kurzfristige Sicherheit – dar, das bzw. die im Zeitpunkt des Rückkaufs an den Pensionsnehmer zurückzuzahlen ist. Wenn aber der Anteil des Veräußerungspreises, der als Rückkaufpreis vom Pensionsgeber an die Banken als Pensionsnehmer zurückzuzahlen ist, wirtschaftlich gesehen dem Pensionsgeber wie ein Darlehen – oder gegebenenfalls wie eine Sicherheit – nur vorübergehend zur Verfügung steht, fehlt es auch an einem Anknüpfungspunkt, um Veräußerungspreis und Rückkaufpreis zu den unterschiedlichen Zeitpunkten ihrer tatsächlichen Bezahlung jeweils aus der Fremdwährung – dem US-Dollar – in Euro umzurechnen. Denn der Ertrag wird bereits bei Erhalt des Veräußerungspreises in Gestalt des Differenzbetrages zum Rückkaufpreis „netto“ erzielt. Das heißt, der Rückkaufpreis stellt keine Aufwandsposition – also keine Anschaffungskosten, da kein Veräußerungstatbestand vorliegt, und auch keine sonstigen Werbungskosten – in Bezug auf den Veräußerungserlös dar, die im Wege der Saldierung dem Veräußerungserlös gegenüberzustellen wäre und deren Ergebnis zu einem Ertrag oder zu einem Verlust führen würde. Nur bei einer solchen Saldierung könnte man den Verkaufspreis und den Rückkaufpreis zum jeweiligen Zeitpunkt seines Zu- bzw. Abflusses aus der Fremdwährung in Euro umrechnen und bekäme dann das von der Fremdwährung beeinflusste Saldierungsergebnis. Geht man jedoch – wie der 130

erkennende Senat dies tut – davon aus, dass der den Rückkaufpreis übersteigende Anteil des Veräußerungserlöses bereits den Nettoertrag ausweist, also das der Besteuerung zu unterwerfende, keinem Werbungskostenabzug mehr zugängliche, Ergebnis, so kommt nur noch eine Umrechnung dieses Nettoertrages aus der Fremdwährung in Euro in Betracht. Der als Rückkaufpreis zurück zu zahlende Betrag stellt demgegenüber nur einen vorübergehend als Darlehen oder Sicherheit zur Verfügung gestellten Fremdwährungsbetrag dar, der bei Beendigung des Pensionsgeschäfts zurückzugeben ist und dementsprechend keine ertragsteuerlichen Auswirkungen entfaltet. Für die Berechnung des Ertrags aus dem positiven Spread hat eine Umrechnung dieses Rückzahlungsbetrages somit keine Bedeutung.

Soweit der Beklagte demgegenüber davon ausgeht, dass es bei einem Pensionsgeschäft zu einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums komme, ohne dass ein Veräußerungstatbestand vorliege, und der dabei erzielte Ertrag währungsbedingt beeinflusst sei, so wird nicht klar, auf welcher rechtlichen Grundlage dabei eine Berücksichtigung des Rückkaufpreises und dessen Umrechnung beruhen soll. Denn erkennbar geht auch der Beklagte davon aus, dass es sich beim Rückkaufpreis nicht um währungsbeeinflusste Anschaffungskosten handelt, da es sich ja nicht um einen Veräußerungstatbestand handelt. Um welche Art von Werbungskosten es sich im Übrigen in Bezug auf den Veräußerungspreis handeln soll, wird ebenfalls nicht erkennbar. Mangels eines insoweit nicht feststellbaren Veranlassungszusammenhangs zwischen dem Rückkaufpreis und dem Verkaufspreis – denn ersterer dient gerade nicht der Erwerbung, Sicherung und Erhaltung (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG) von letzterem – kommt daher eine Saldierung des im Zeitpunkt des Zuflusses umgerechneten Veräußerungspreises mit dem im Zeitpunkt des Abflusses umgerechneten Rückkaufpreis nicht in Betracht. 131

3. Kommt es aber für die Berechnung der vom Pensionsgeber im Rahmen des Pensionsgeschäftes in Gestalt des positiven Spreads erzielten Einkünfte allein auf den Zeitpunkt des Veräußerungsgeschäfts an, so kann auch nur zu diesem Zeitpunkt ein Fremdwährungsbetrag, der sich aus der Differenz zwischen dem gleichermaßen in US-Dollar vereinbarten Veräußerungs- und Rückkaufpreis ergibt, in Euro umgerechnet werden. 132

Dieses Ergebnis findet im Übrigen seine Bestätigung in der Rechtsprechung des BFH. Denn danach gehören Währungsschwankungen im Privatvermögen bis zur Einführung der Abgeltungsteuer am 01.01.2009 durch das Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007 (BGBl. 2007, 1912) zum nicht steuerbaren Bereich, sofern nicht der Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts erfüllt ist. Insbesondere stellt die Aufnahme eines Fremdwährungsdarlehens keine Anschaffung und seine Tilgung keine Veräußerung eines Wirtschaftsguts im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG dar (vgl. BFH-Urteil vom 30.11.2010 VIII R 58/07, BStBl. II 2011, 491). Der BFH hat diese Entscheidung zwar zu Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG getroffen. Für den Senat sind jedoch keine Gründe ersichtlich, warum diese Grundsätze nicht auch für sonstige, ebenfalls im Privatvermögen entstehende Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG gelten sollen. 133

In der genannten Entscheidung führt der BFH aus, dass bei der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen Währungsgewinne und Währungsverluste in der Zeit bis zur Einführung der Abgeltungssteuer grundsätzlich steuerlich unbeachtlich seien, da sie wirtschaftlich nicht durch die Erzielung von Kapitaleinkünften, sondern durch die private Vermögenssphäre veranlasst seien. Der Grundsatz der Unbeachtlichkeit von Währungskursschwankungen ergebe sich insbesondere aus der mit Steueränderungsgesetz 2001 vom 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3794) eingeführten und bis zur Einführung der Abgeltungssteuer geltenden Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2, 2. Halbsatz i.V.m. § 52 Abs. 37b EStG. Danach sei bei Wertpapieren 134

und Kapitalforderungen in einer ausländischen Währung der Unterschied zwischen dem Erwerbsertrag und dem Veräußerungserlös zur Ermittlung der Marktrendite in dieser ausländischen Währung zu ermitteln. Der Gesetzgeber habe damit Wertveränderungen aufgrund von Währungskursschwankungen vom Kapitalertrag abgegrenzt und steuerrechtlich unberücksichtigt gelassen. Damit stelle das Gesetz sicher, dass Wechselkursgewinne und -verluste, die auf den Kapitalstamm entfielen, weiterhin nicht als Kapitalertrag, sondern allenfalls nach § 23 EStG steuerbar seien. Im Zusammenhang mit der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen sei die Ebene der Einkunftserzielung und die Vermögensebene streng voneinander zu unterscheiden. Insbesondere führten hiernach Verluste, die der Kapitalanleger auf der Vermögensebene erleide, grundsätzlich nicht zu abzugsfähigen Werbungskosten. Zu diesen der Vermögensebene zuzuordnen Verlusten gehört z.B. auch diejenigen, die durch Wechselkurschwankungen veranlasst seien (vgl. BFH-Urteil vom 22.06.2011 I R 103/10, BStBl. II 2012, 115).

Etwas anderes könne sich nur dann ergeben, wenn der Kurs für den Rückkauf im Anlagezeitpunkt vertraglich festgelegt und von der tatsächlichen Kursentwicklung unabhängig sei, um den Anleger im Sinne einer Festgeldgarantie von jedem Risiko zu befreien (Hinweis auf BFH-Urteil vom 19.04.2005 VIII R 80/02, juris). 135

Lediglich in den Fällen der Veräußerung im Sinne der §§ 17 und 23 EStG hat der BFH darauf abgestellt, dass bei einem in ausländischer Währung angeschafften und veräußerten Wirtschaftsgut die für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns maßgeblichen Besteuerungsgrundlagen (Anschaffungskosten, Veräußerungspreis und Veräußerungskosten) zum Zeitpunkt ihrer jeweiligen Entstehung in Euro umzurechnen seien. Dies sei vor der parallelen Tatbestandsstruktur der §§ 17 und 23 EStG auch geboten. Nach beiden Vorschriften sei die Wertdifferenz eines Wirtschaftsguts zwischen zwei Stichtagen zu besteuern. Alle wertbildenden Faktoren des jeweiligen Wirtschaftsgutes seien deshalb zum Zeitpunkt der Anschaffung und Veräußerung zu berücksichtigen (vgl. BFH-Urteil vom 21.01.2014 IX R 11/13, BStBl. II 2014, 385). 136

Hiermit werde nicht etwa eine nicht realisierte Vermögensmehrung besteuert. Um eine Beteiligung in fremder Währung anzuschaffen, müsse der Steuerpflichtige nämlich erst diese Fremdwährung anschaffen, das heißt die deutsche Währung eintauschen. Seine wirtschaftliche Belastung bestehe in dem in deutscher Währung dafür investierten oder umgerechneten Betrag. Der Kurs der ausländischen Währung bestimme durchaus die mit der Anschaffung einhergehende Leistungsfähigkeitsminderung. Diese sei mit dem Veräußerungspreis zu verrechnen, wenn die aus der Veräußerung resultierende Leistungsfähigkeitssteigerung gleichheitsgerecht erfasst werden solle. Dies verlange zugleich die Umrechnung des Veräußerungspreises im Zeitpunkt des Entstehens des Veräußerungsgewinns (vgl. BFH-Urteil vom 24.01.2012 IX R 62/10, BStBl. II 2012, 564). 137

Da es sich im Streitfall bei den streitbefangenen Edelmetall-Pensionsgeschäften aber nicht um Veräußerungsgeschäfte handelt, sondern um Leistungen, für die sonstige Einkünfte erzielt werden, und da es sich zudem um Geschäfte im Privatvermögen handelt, kommt eine Berücksichtigung der Währungskursschwankungen im Zeitpunkt der Veräußerung sowie im Zeitpunkt des Rückerwerbs nicht in Betracht. 138

Von daher vermag auch der Einwand des Beklagten, die Einkünfte aus den Edelmetall-Pensionsgeschäften seien währungsbedingt beeinflusst, diese Beeinflussung führe aufgrund von Währungskursschwankungen zu entsprechenden Leistungsfähigkeitssteigerungen des Pensionsgebers und müsse daher steuerlich erfasst werden, nicht durchzugreifen. Denn die vom Beklagten vorgenommene Betrachtungsweise kann allenfalls für Fremdwährungen im 139

Betriebsvermögen aufgrund der dort geltenden Gewinnermittlung im Wege des Gesamtvermögensvergleichs zutreffend sein. Bei Wirtschaftsgütern im Privatvermögen bedarf es vielmehr – wenn überhaupt – eines tatsächlichen Realisationsaktes, um durch Währungsschwankungen eingetretene Wert- und damit Leistungsfähigkeitssteigerungen steuerlich zu erfassen. Hieran fehlt es jedoch im Streitfall, da weder nach dem Sachvortrag der Beteiligten noch nach Aktenlage ersichtlich ist, dass der Pensionsgeber diese vermeintlichen währungsbedingten Leistungsfähigkeitssteigerungen durch einen entsprechenden Umtausch der Fremdwährung in Euro tatsächlich realisiert hat.

4. Aber auch soweit der Beklagte der Ansicht ist, seine Rechtsauffassung, wonach im Rahmen eines Pensionsgeschäfts sowohl der vereinbarte Veräußerungspreis als auch der Rückkaufspreis aus der Fremdwährung in Euro umzurechnen seien, werde durch die Rechtslage bei sogenannten Stillhaltergeschäften bestätigt, vermag der Senat dem nicht zu folgen. 140

a) Stillhalterprämien im Rahmen von sogenannten Stillhaltergeschäften wurden vor der Einführung der Abgeltungsteuer den Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG zugerechnet (vgl. BFH-Urteil vom 17.04.2007 IX R 40/06, BStBl. II 2007, 608). Seit diesem Zeitpunkt gehören sie gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. 141

Der Beklagte weist hierzu zwar darauf hin, dass die Stillhalterprämie als Einnahme aus dem Stillhaltergeschäft im Zeitpunkt des Zuflusses beim Stillhalter zu versteuern und zu diesem Zeitpunkt in Euro umzurechnen sei, während hingegen geleistete Aufwendungen des Stillhalters in Gestalt des Differenzausgleichs oder der Glattstellungsprämie im Kalenderjahr des Zuflusses der Einnahmen aus dem Stillhaltergeschäft als Werbungskosten zu berücksichtigen, aber im Abflusszeitpunkt in Euro umzurechnen seien. Dieser Hinweis bedarf jedoch einer differenzierten Betrachtung. 142

b) Zunächst einmal unterscheidet der BFH nach der von ihm entwickelten Trennungstheorie zwischen dem Stillhalter- und dem Basisgeschäft (vgl. BFH-Urteil vom 17.04.2007 IX R 40/06, BStBl. II 2007, 608). Die im Rahmen des Stillhaltergeschäftes vereinnahmte Stillhalterprämie ist gemäß § 22 Nr. 3 EStG a.F. den sonstigen Einkünften zuzurechnen. Bei dem Basisgeschäft selbst, also dem Versprechen des Stillhalters gegenüber dem Optionsinhaber, einen bestimmten Basiswert zu einem im Voraus fest vereinbarten Preis und Zeitpunkt von ihm zu kaufen oder an ihn zu verkaufen, handelt es sich hingegen um ein Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 EStG. 143

Vereinbaren die Parteien des Stillhaltergeschäftes, dass anstelle der tatsächlichen Lieferung des Basiswertes bei Ausübung der Option nur die Differenz zwischen dem Marktpreis des Basiswerts und dem Basispreis in Form eines Barausgleich zu leisten ist, zahlt der Stillhalter dem Optionsinhaber den Geldwert dieser Differenz. Bei diesem Differenz- oder Barausgleich handelt es sich aber um einen Verlust aus dem privaten Basisgeschäft, also aus einem privaten Veräußerungsgeschäft, der gemäß § 23 Abs. 3 Satz 8 EStG nicht mit den Einkünften aus dem Stillhaltergeschäft verrechnet werden kann (vgl. BFH-Urteil vom 13.02.2008 IX R 68/07, BStBl. II 2008, 522). Dass mit der Einführung der Abgeltungssteuer ab dem 01.01.2009 der vom Stillhalter zu leistende Barausgleich als Verlust aus einem Termingeschäft gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG berücksichtigungsfähig ist (vgl. BFH-Urteil vom 20.10.2016 VIII R 55/13, BStBl. II 2017, 264), beruht auf der ab diesem Zeitpunkt geltenden dogmatischen Zuordnung der Stillhalterprämie zu den Einkünften aus Kapitalvermögen und hat somit für den Streitfall, für den die Rechtslage im Jahre 2004 maßgeblich ist, keine Bedeutung. 144

Der vom Beklagten eingenommene Rechtsstandpunkt kann sich mithin nicht auf Zahlungen im Rahmen eines Differenz- oder Barausgleichs beziehen, denn diese Aufwendungen stellen gerade keine Aufwandsposition bzw. keine Werbungskosten im Rahmen eines Stillhaltergeschäftes dar.

c) Zwar kann der Stillhalter durch Abschluss eines gegenläufigen Geschäfts eine Glattstellung seines Stillhaltergeschäftes bewirken. Die im Glattstellungsgeschäft gezahlte Optionsprämie kann der Stillhalter dann als Werbungskosten bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG a.F. abziehen (nach Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG ergibt sich dies aus dem 2. Halbsatz dieser Regelung). Das heißt, die im Rahmen des Stillhaltergeschäftes vereinnahmte und die im Glattstellungsgeschäft gezahlte Optionsprämie können miteinander verrechnet werden. Im Gegensatz zum Differenz- oder Barausgleich soll dies deshalb gerechtfertigt sein, weil der Steuerpflichtige das Glattstellungsgeschäft abschließt, um damit seine Einnahmen aus dem Stillhaltergeschäft zu sichern. Dies sei das auslösende Moment für diese Ausgaben und deshalb seien diese dem steuerbaren Bereich zuzuordnen (vgl. BFH-Urteile vom 17.04.2007 IX R 23/06, BStBl. II 2007, 606 sowie vom 13.02.2008 IX R 68/07, BStBl. II 2008, 522). 146

Darüber hinaus sind in diesem Fall in Abweichung und als Ausnahme von § 11 Abs. 2 Satz 1 EStG die im Rahmen des Glattstellungsgeschäftes entstandenen Werbungskosten – in Gestalt der Optionsprämie – dem Veranlagungszeitraum des Stillhaltergeschäftes und der dort vereinnahmten Stillhalterprämie zuzuordnen (vgl. BFH-Urteil vom 18.08.2015 I R 38/12, BFH/NV 2016, 378). 147

Für den Senat ist nicht ersichtlich, dass diese Sach- und Rechtslage mit dem echten Pensionsgeschäft vergleichbar ist. Denn bei der Gegenüberstellung von Stillhalter- und Glattstellungsprämie werden Einnahmen und Ausgaben miteinander saldiert. Werden dabei sowohl Stillhalter- und als auch Glattstellungsprämie in einer Fremdwährung vereinbart, so müssen diese Beträge jeweils im Zeitpunkt ihres Zuflusses bzw. Abflusses in Euro umgerechnet werden. 148

Für das echte Pensionsgeschäft ist jedoch hier festgestellt worden, dass der Ertrag, der durch einen über dem fest vereinbarten Rückkaufpreis liegenden Veräußerungspreis erzielt wird, bereits zum Veräußerungszeitpunkt feststeht und ohne eine Saldierung mit einer Aufwandsposition bestimmt und sodann umgerechnet werden kann. Insoweit kommt es nicht zu einer Gegenüberstellung von Einnahmen (Veräußerungspreis) und Ausgaben (Rückkaufpreis), sondern handelt es sich wirtschaftlich betrachtet bei der Bezahlung des Rückkaufpreises um eine Art Darlehensrückzahlung. 149

Dies schließt es jedoch aus, den positiven Spread aus dem Pensionsgeschäft durch Gegenüberstellung des zeitverschieden aus der Fremdwährung in Euro umgerechneten Differenzbetrages zwischen Veräußerungs- und Rückkaufpreis zu ermitteln. 150

III. Soweit die Klägerinnen der Auffassung sind, im Falle eines negativen Spreads, also der Vereinbarung eines über dem Veräußerungspreis liegenden Rückkaufpreises, sei diese negative Differenz ebenfalls im Zeitpunkt der Veräußerung zu berücksichtigen, sodass aus dem Edelmetall-Pensionsgeschäft vom 22.11.2004 bzw. 23.05.2005 ein Verlust i.H.v. ... € anzusetzen sei, so braucht der Senat dem nicht nachzugehen. 151

Denn bereits unter Berücksichtigung des Zu- und Abflussprinzips bereitet es gedankliche Schwierigkeiten, davon auszugehen, dass der Pensionsgeber bereits im Zeitpunkt des Erhalts des Veräußerungspreises einen Verlust erleidet, obwohl ihm nur Einnahmen aus 152

diesem Geschäft zufließen und A zu diesem Zeitpunkt keine Ausgaben tätigt.

Der eigentliche Verlust in Gestalt des negativen Spreads entsteht vielmehr erst im Zeitpunkt der Zahlung des Rückkaufpreises beim Rückerwerb des Pensionsguts. Allein zu diesem Zeitpunkt fließt aus seinem Vermögen ein Geldbetrag ab, der über demjenigen Betrag liegt, den A für die vorübergehende Überlassung der Edelmetallbestände an die Banken erhalten hat. 153

Der vom Senat eingenommene Rechtsstandpunkt, wonach im Falle des positiven Spreads bereits im Zeitpunkt der Bezahlung des Veräußerungserlöses der den Rückkaufpreis übersteigende Teil des Veräußerungspreises als Ertrag vereinnahmt wird und es sich bei demjenigen Anteil am Veräußerungserlös, der als Rückkaufpreis an den Pensionsnehmer zurückzuzahlen ist, wirtschaftlich betrachtet um eine Art Darlehen handelt, führt im umgekehrten Fall – auch unter dem Gesichtspunkt des Abflusses – dazu, dass erst im Fall des Rückkaufs durch die Bezahlung eines den Veräußerungserlös übersteigenden Rückkaufpreises ein Verlust erzielt wird, dessen steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit zunächst einmal näherer Betrachtung unterzogen werden müsste. 154

Denn insoweit könnte sich die Frage stellen, ob ein Pensionsgeschäft, bei dem der Rückkaufpreis über dem Veräußerungspreis liegt, überhaupt mit der erforderlichen Einkunftserzielungsabsicht betrieben wird. Andererseits könnte zu berücksichtigen sein, dass das Pensionsgeschäft im unmittelbaren Veranlassungszusammenhang mit dem Erwerb von finanziellen Mitteln stand, die zur Erzielung von Kapitaleinkünften eingesetzt wurden, sodass es sich insoweit um Werbungskosten bei dieser Einkunftsart gehandelt haben könnte. 155

Diesen rechtsdogmatischen Überlegungen braucht der Senat jedoch nicht weiter nachzugehen, da der etwaige Verlust erst im Rahmen des Rückkaufsgeschäftes vom 23.05.2005 entstanden wäre und daher nicht im Streitjahr 2004 zu berücksichtigen ist. 156

III. Der angefochtene Einkommensteuerbescheid für 2004 ist daher dahingehend zu ändern, dass bei den sonstigen Einkünften A solche aus Edelmetall-Pensionsgeschäften i.H.v. ... € statt i.H.v. ... € angesetzt werden. 157

Hinsichtlich der Ermittlung des Betrages i.H.v. ... € nimmt der Senat Bezug auf die Seiten 20 und 21 dieses Urteils. 158

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 FGO. Der Senat hat von einer Anwendung der Regelung des § 136 Abs. 1 Satz 3 FGO abgesehen, da das Unterliegen der Klägerinnen zwar prozentual als gering anzusehen sein mag, nach absoluten Maßstäben jedoch nicht als geringfügig bewertet werden kann. 159

V. Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren ergibt sich § 139 Abs. 3 Satz 3 FGO. 160

VI. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 151 Abs. 3, 155 FGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 und 2, 709 Satz 2 ZPO. 161

VII. Die Revision wird gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. 162

