
Datum: 08.09.2021
Gericht: Finanzgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 5. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 K 881/20 F
ECLI: ECLI:DE:FGD:2021:0908.5K881.20F.00

Tenor:

Das Verfahren wird in Bezug auf die Feststellung des verrechenbaren Verlustes nach § 15a Abs. 4 EStG auf den 31.12.2017 eingestellt.

Der Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für das Jahr 2017 vom 10.4.2019 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 31.3.2020 wird dahingehend geändert, dass anstelle des bei den Einkünften aus Kapitalvermögen angesetzten Verlustes in Höhe von 699.500 € die im Streitjahr geltend gemachten Aufwendungen in Höhe von ebenfalls 699.500 € für die Auflösung des Zinsswaps als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gem. § 21 EStG berücksichtigt werden.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Klägerin ist eine vermögensverwaltende GmbH & Co KG. Sie erzielte im Streitjahr 2017 Einkünfte aus der Vermietung des in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks *G01-G03* in *A-Stadt*. In ihrem Jahresabschluss für 2017 machte sie unter anderem Aufwendungen in Höhe von 669.500 € aus der Auflösung eines Zinsswaps als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gem. § 21 des Einkommensteuergesetzes (EStG) geltend. Diese hatten folgenden Hintergrund: Die Klägerin hatte zur Finanzierung des Erwerbs des Grundstücks *G01-G03* zunächst Darlehen bei der *B AG* (später Teil der *C AG*) aufgenommen. Die Restschulden aus diesen Darlehen von ca. 3,4 Mio. € sowie die durch die

2

vorzeitige Ablösung entstehenden Vorfälligkeitsentschädigungen wurden in den Folgejahren durch ein Darlehen vom 2.11./3.11.2004 über 3.665.000 € mit der Nummer 000000000 bei der D AG abgelöst. Dieses wies einen Zinssatz von 4,75% und eine Laufzeit bis zum 30.11.2014 auf.

Am 29.1.2010/11.2.2010 schlossen die Klägerin und die D AG einen weiteren Darlehensvertrag mit Darlehensnummer 000000001 ab. Dieses Darlehen sollte zum 30.11.2014 ausgezahlt werden und der Prolongation des Darlehens mit der Nummer 000000000 dienen. Die Darlehenshöhe belief sich auf 2,5 Mio. €. Der Zinssatz war variabel und richtete sich nach dem 1-Monats-Euribor zzgl. einer Marge von 1,1% pro Jahr für eine Zinsperiode von einem Monat. Die Tilgung des Darlehens sollte grds. in 120 gleich hohen Monatsraten von 8.333,33 € erfolgen. Als Ende der Darlehenslaufzeit war im Darlehensvertrag der 30.11.2024 aufgeführt. Tatsächlich führte die Klägerin das Darlehen bereits bis zum 31.7.2018 vollständig zurück, da sie mehrere Sondertilgungen vornahm. Bezüglich der Einzelheiten zu den Sondertilgungen wird auf das Schreiben der D vom 9.12.2019 Bezug genommen.

3

Darüber hinaus trafen die Klägerin und die D am 28.1.2010 eine Vereinbarung über einen sog. Zinsswap. Eine entsprechende Vereinbarung wurde nachträglich am 11.2.2010 schriftlich fixiert. Der anfängliche Bezugsbetrag belief sich auf 2,5 Mio. € und sollte sich ab dem 31.12.2014 um 8.333,33 € pro Monat reduzieren. Anfangsdatum des Swapgeschäfts war der 28.11.2014, Enddatum der 29.11.2024. Die Vereinbarung sah vor, dass die Klägerin einen monatlichen Festbetrag in Höhe eines Zinses von 4,7% auf den Bezugsbetrag an die D AG zu zahlen hatte. Umgekehrt war die D AG zur Zahlung eines variablen Betrags auf der Basis des 1-Monats-Euribor auf den Bezugsbetrag an die Klägerin verpflichtet.

4

Am 10.1.2017 kamen die Klägerin und die D AG überein, den Zinsswap zum 12.1.2017 aufzulösen. Der Marktzins für ein Ersatzgeschäft lag am Auflösungstag bei ca. 0,15%. Zur Abgeltung musste die Klägerin eine Ausgleichszahlung in Höhe von 699.500 € leisten.

5

Der Beklagte (das Finanzamt --FA--) berücksichtigte im Bescheid für 2017 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen (Feststellungsbescheid) vom 10.4.2019 die betreffenden Aufwendungen aus der Auflösung des Zinsswaps nicht – wie erklärt – bei den Einkünften der Klägerin aus Vermietung und Verpachtung, sondern bei den Einkünften aus Kapitalvermögen gem. § 20 EStG. Zur Begründung verwies es in den Erläuterungstexten darauf, dass § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG alle Zahlungen umfasse, die kraft des durch den Zinsswapvertrag bestehenden Dauerschuldverhältnisses erfolgt seien. Demnach fielen auch alle laufenden Zinszahlungen hierunter. Diese seien aber über § 20 Abs. 8 EStG den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen. Eine solche Verknüpfung sei dagegen in den Fällen nicht mehr anzunehmen, in denen das Termingeschäft vorzeitig beendet werde. In diesem Fall handele es sich um Einkünfte aus Kapitalvermögen. Insoweit werde auf Rz. 176 des Anwendungsschreibens zur Abgeltungssteuer vom 18.1.2016 (Bundessteuerblatt --BStBl-- 2016, 85) hingewiesen, wonach Ausgleichszahlungen aus der Auflösung von Zinsswap-Geschäften nicht zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehören würden.

6

Die Klägerin legte gegen diesen Feststellungsbescheid Einspruch ein. Der Zinsswap stehe in einem eindeutigen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Die Aufwendungen seien daher gem. § 20 Abs. 8 EStG dieser Einkunftsart zuzuordnen. Dies werde durch die Urteile des Finanzgerichts (FG) Rheinland Pfalz vom 9.4.2019 4 K 1734/17 und des FG Köln vom 18.12.2018 8 K 3086/16 bestätigt.

7

8

Im Rahmen des Einspruchsverfahrens führte das FA mit Schreiben vom 26.11.2019 aus, dass im vorliegenden Fall bereits der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den Zahlungen aus dem Zinsswap und der Darlehensfinanzierung nicht eindeutig ersichtlich sei. Der eingereichte Darlehensvertrag vom 29.1.2010 stelle lediglich eine Anschlussfinanzierung dar. Es sei nicht nachgewiesen, dass das ursprüngliche Darlehen der Finanzierung der Immobilie gedient habe. Unterstelle man jedoch einen solchen Finanzierungszusammenhang, fehle es an einem Nachweis, wie sich die Ausgleichszahlung an die *DAG* berechnet habe. In rechtlicher Hinsicht sei das von der Klägerin zitierte Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 9.4.2019 nicht auf den Streitfall übertragbar, denn in dem zugrunde liegenden Fall sei nicht nur der Zinsswap, sondern auch das zugrunde liegende Darlehensverhältnis gekündigt worden. Im Streitfall sei jedoch ausschließlich der Zinsswap gekündigt worden. Anders als im vom FG Rheinland-Pfalz zu beurteilenden Fall sei daher nicht eine Umschuldung das auslösende Moment für die Ausgleichszahlung gewesen. Der Streitfall sei vielmehr mit dem vom Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 13.1.2015 IX R 13/14 entschiedenen Fall vergleichbar. Es habe sich – wie hier – um den Fall eines isolierten Close-outs gehandelt, in dem die Swapvereinbarung vorzeitig beendet worden sei, ohne dass zugleich auch das zugrunde liegende Darlehensverhältnis beendet worden wäre. Für diesen Fall habe der BFH entschieden, dass die inhaltliche Verknüpfung von Grund- und Sicherungsgeschäft gelöst werde und keine Zurechnung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung mehr erfolgen könne. Vor diesem Hintergrund habe das FA die Ausgleichszahlung mit Recht als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen behandelt.

Mit Einspruchsentscheidung vom 31.3.2020, auf die wegen ihres Inhalts Bezug genommen wird, wies das FA den Einspruch der Klägerin gegen den Feststellungsbescheid für 2017 als unbegründet zurück. 9

Hiergegen richtet sich die fristgemäß erhobene Klage, zu deren Begründung die Klägerin ergänzend ausführt: Bei dem hier streitgegenständlichen Zinsswap handele es sich um ein Sicherungsgeschäft, durch das die Zinszahlungen ausgetauscht worden seien, ohne dass es zum Austausch des Kapitalbetrages gekommen sei. Der Zinsswap ermögliche es dem Darlehensnehmer, für ein variabel verzinsliches Darlehen wirtschaftlich betrachtet einen synthetisch erzeugten Festzins zu zahlen, in dem die jeweiligen Zinszahlungsverpflichtungen aus dem variablen Darlehensvertrag mit den fest vereinbarten Zinszahlungsverpflichtungen aus dem synthetischen Festzinskredit getauscht würden. 10

Hiervon ausgehend bestehe ein Zusammenhang des Zinsswaps mit den von der Klägerin erzielten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, sodass die Auflösung des Zinsswaps zu Werbungskosten bei den Einkünften gem. § 21 EStG führen müsse. Durch die gesetzlich angeordnete Subsidiarität des § 20 Abs. 8 EStG sei eine Zuordnung des Zinsswaps zu den Einkünften aus Kapitalvermögen ausgeschlossen. Gegenteiliges lasse sich auch nicht dem BFH-Urteil vom 13.1.2015 IX R 13/14 entnehmen. Diese Entscheidung habe das Jahr 2007 und damit eine heute nicht mehr gültige Rechtslage betroffen. Ferner sei es in dieser Entscheidung nicht um die Berücksichtigung von Aufwendungen, sondern um die Frage gegangen, ob eine Ausgleichszahlung, die die Bank an den Kläger gezahlt habe, den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung oder aus Kapitalvermögen zuzurechnen sei. Der BFH sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Ausgleichszahlung der seinerzeit gültigen Vorschrift des § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG unterfallen sei. Die Frage, wie bei Beendigung eines mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht im Zusammenhang stehenden Zinsswaps zu verfahren sei, habe der BFH nicht entschieden. 11

Auch wenn mittlerweile § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buch. a EStG die grundsätzliche Regelung für die Behandlung von Zinsswaps enthalte, ändere dies nichts daran, dass vorrangig zu überprüfen sei, ob der Zinsswap nicht mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung in Zusammenhang stehe. Diese Einkunftsart gehe aufgrund der Regelung des § 20 Abs. 8 EStG stets vor. Maßgebend sei daher, wodurch der Zinsswap veranlasst sei. Stehe der Abschluss eines solchen Geschäfts in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Erwerb einer Immobilie und den daraus erwachsenden Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, seien die Einnahmen und Ausgaben des Zinsswaps dieser Einkunftsart zuzurechnen. Ein realisierter Verlust aus den Transaktionen führe folglich zu einer Minderung der Vermietungseinkünfte (Watrin/Riegler, Finanz-Rundschau --FR-- 2015, 1049). Der wirtschaftliche Zusammenhang werde stets dadurch begründet, dass die geleisteten Aufwendungen durch die erzielten Einnahmen veranlasst seien. Die Aufwendungen müssten daher aus einer Handlung resultieren, die mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung im Zusammenhang stünden. Genauso verhalte es sich hier. Die Aufnahme des durch eine Grundschuld abgesicherten Darlehens und der Abschluss des Zinsswaps hätten der Finanzierung des Grundbesitzes *G01-G03* in *A-Stadt* gedient. Hieraus erkläre die Klägerin bis heute Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Auch das Tilgungsdarlehen über 2,5 Mio. Euro sei bei der *D AG* aufgenommen worden. Es habe zur Umfinanzierung des Ursprungsdarlehens gedient. Sämtliche Zinszahlungen seien insoweit durchgehend als Werbungskosten berücksichtigt worden, und zwar auch die laufenden Zahlungen aus dem Zinsswap-Geschäft. Dieser Zusammenhang sei auch nicht durch dessen Beendigung gelöst worden. Die Veranlassung sei durchgehend aus der Vermietungstätigkeit abzuleiten. Damit sei die Zahlung nicht anders als eine Vorfälligkeitsentschädigung zu behandeln, die wegen einer Umfinanzierung während der Vermietungsphase anfalle und unstreitig als Werbungskosten abzugsfähig sei.

Für die Auffassung der Klägerin sprächen die Urteile des FG Köln vom 18.12.2018 8 K 3086/16 (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2019, 602, Revision eingelegt, Az. des BFH IV R 5/19) und des FG Rheinland-Pfalz vom 9.4.2019 4 K 1734/17 (EFG 2019, 901). Letzteres habe in einem vergleichbaren Streitfall ausgeführt, dass Ausgleichszahlungen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzugsfähig seien, wenn sie wegen der vorzeitigen Beendigung eines Zinsswaps infolge einer Umschuldung erfolgten. Das Gericht habe in den Urteilsgründen ausdrücklich betont, dass die im Zuge einer Umschuldung anfallende Ausgleichszahlungen für die vorzeitige Beendigung eines Zinsswaps, den der Steuerpflichtige zur Absicherung gegen Zinsänderungsrisiken in Bezug auf ein für eine weiterhin vermietete Immobilie aufgenommenes Darlehen abgeschlossen habe, vergleichbar mit Vorfälligkeitsentschädigungen seien, die als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung absetzbar seien, wenn die Vorfälligkeitsentschädigung durch eine vorzeitige Rückzahlung des Darlehens ausgelöst werde, das zur Finanzierung eines weiterhin vermieteten Grundstücks diene. Im vorliegenden Streitfall sei zwar keine vorzeitige Rückzahlung des Darlehens erfolgt. Hierauf komme es aber auch nicht an, weil infolge der vertraglich vereinbarten übereinstimmenden Laufzeiten von Darlehen und Zinsswap und aufgrund des wirtschaftlichen Zusammenhangs mit dem Einkunftserzielungsobjekt, der vermieteten Immobilie, die Veranlassung durch die Vermietungstätigkeit offensichtlich sei. Diese Kausalität sei auch ohne vorzeitige Rückzahlung des Darlehens gegeben, zumal die Klägerin die Darlehenslaufzeit durch Sondertilgungen faktisch verkürzt habe.

Die Klägerin beantragt,

13

14

15

den Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für das Jahr 2017 vom 10.4.2019 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 31.3.2020 in der Weise zu ändern, dass die im Streitjahr geltend gemachten Aufwendungen aus der Auflösung des Zinsswaps in Höhe von 699.500 € als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt werden, hilfsweise, die Revision zuzulassen..

Das FA beantragt, 16

die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Revision zuzulassen. 17

Streitig sei die steuerliche Würdigung der Ausgleichszahlung für die Beendigung des Zinsswaps. Das FA halte insoweit an den Ausführungen im Schreiben vom 26.11.2019 fest. Darüber hinaus fehle es an Unterlagen bzgl. der Auflösung des Zinsswaps. Insbesondere sei nicht erkennbar, wie sich der zu zahlende Betrag errechne. Unklar sei daher u.a., ob die Berechnung der Höhe der Abschlusszahlung aufgrund einer bei Vertragsschluss festgelegten Berechnung oder anhand des Zinsniveaus am Markt zum Zeitpunkt der Auflösung erfolgt sei. 18

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 19

A. Das Klageverfahren war einzustellen, soweit in Bezug auf die Feststellung gem. § 15a Abs. 4 EStG in der mündlichen Verhandlung die Klagerücknahme erklärt worden ist. 20

B. Im Übrigen ist die Klage zulässig und begründet. 21

Zu Unrecht hat das FA die Zahlung zur Ablösung des Zinsswaps in Höhe von 699.500 € als Aufwendungen bei den Einkünfte aus Kapitalvermögen und nicht bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung behandelt. 22

I.1. Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buch a EStG gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch der Gewinn bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Unter diese Vorschrift fallen grds. auch sog. Zinsswaps (vgl. etwa Urteil des Hessischen FG vom 26.10.2020 6 K 271/18, Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst --DStRE-- 2021, 916; Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Anm. 481). 23

2. Allerdings sieht die Zuordnungsnorm des § 20 Abs. 8 Satz 1 EStG vor, dass Einkünfte der in den Absätzen 1, 2 und 3 des § 20 EStG bezeichneten Art zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus Vermietung und Verpachtung gehören, soweit sie diesen Einkünften zuzurechnen sind. Voraussetzung für eine Zuordnung zu den letztgenannten Einkünften ist, dass die Einkünfte i.S.v. § 20 Abs. 1 oder 2 EStG in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Vermietung von unter § 21 EStG fallenden Wirtschaftsgütern stehen (Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Anm. 659). 24

3. Ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen die laufenden Einkünfte sowie Einkünfte aus der Auflösung einer Zinsswap-Vereinbarung über § 20 Abs. 8 EStG vorrangig den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gem. § 21 EStG zuzurechnen sind, ist derzeit höchstrichterlich noch nicht geklärt. 25

a) Zur Rechtslage vor Einführung der Abgeltungssteuer hat der BFH mit Urteil vom 13.1.2015 IX R 13/14 (BStBl II 2015, 827) entschieden, dass Einnahmen aus außerhalb der Veräußerungsfrist getätigten Finanztermingeschäften i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG 26

a.F. einkommensteuerrechtlich mit Blick auf § 23 Abs. 2 Satz 1 EStG nicht schon deshalb den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen seien, weil die den Einnahmen zu Grunde liegenden Geschäfte ursprünglich der Absicherung des Risikos steigender Zinsen im Zusammenhang mit der Finanzierung von Anschaffungskosten fremdvermieteter Immobilienobjekte gedient hätten. Der im Streitfall steuerrechtlich zu beurteilende veräußerungsähnliche Vorgang, nämlich die Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, sei gegenüber einer durch § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erfassten Nutzungsüberlassung abzugrenzen. Im Gegensatz zu dem von § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erfassten zeitlich begrenzten Überlassen zur Nutzung stehe der in § 23 EStG geregelte Veräußerungsvorgang, der als Verfügung auf den Bestand eines Rechts unmittelbar einwirke. Im Streitfall bildeten die der Klägerin zugeflossenen Ausgleichszahlungen kein Entgelt für eine nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG steuerbare Nutzungsüberlassung, sondern seien allein durch die Beendigung des mit den Zinsswaps vertraglich erworbenen Rechts auf einen Differenzausgleich veranlasst. Die Ausübung des mit der vereinbarten "break-clause" verbundenen Sonderkündigungsrechts durch die Klägerin stelle eine Verfügung über den Bestand des Rechts dar, die von Gesetzes wegen einer Veräußerung gleichgestellt sei und unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. der Besteuerung unterliege. Der Senat könne offenlassen, ob ein vormals bestehender wirtschaftlicher Zusammenhang, der etwa in der Verknüpfung einer Immobilienfinanzierung mit einem Finanztermingeschäft erblickt werden könnte, stets ausreiche, um (laufende) Einnahmen aus solchen Geschäften den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzuordnen. Denn im Streitfall habe ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang jedenfalls in dem Zeitpunkt nicht mehr vorgelegen, als die Klägerin die inhaltliche Verknüpfung von Immobilienfinanzierung und Zinsabsicherung gelöst und das Recht auf einen Differenzausgleich beendet habe.

b) In der jüngeren finanzgerichtlichen Rechtsprechung wird eine vorrangige Zuordnung der laufenden Gewinne oder Verluste aus einem Zinsswap zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung i.d.R. bejaht, wenn dieser sowohl subjektiv dazu bestimmt als auch objektiv dazu geeignet sei, ein Darlehen, das zur Finanzierung einer Immobilie aufgenommen worden sei, abzusichern (vgl. etwa FG Köln, Urteil vom 18.12.2018 8 K 3086/16, EFG 2019, 602, Revision eingelegt, Az. des BFH IV R 5/19). Die laufenden Gewinne oder Verluste aus dem Swapgeschäft teilten das Schicksal der Schuldzinsen und seien wie diese als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu qualifizieren, wenn Darlehensvertrag und Swapgeschäft eine wirtschaftliche Einheit bildeten und die Swapkosten einen zinsähnlichen Charakter hätten. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Darlehensvertrag und Swapgeschäft könnten sich daraus ergeben, dass sie zeitgleich mit – zumindest annähernd – übereinstimmenden Laufzeiten abgeschlossen würden, inhaltlich eng aufeinander abgestimmt und durch dieselbe Zweckbestimmung miteinander verknüpft seien und der in dem Zinsswap-Vertrag festgelegte Bezugsbetrag der Höhe der Darlehensvaluta entspreche (vgl. Urteil des FG Köln vom 30.1.2019 7 K 2736/17, abrufbar in juris, unter Anknüpfung an das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 17.04.2013 4 K 2859/09, ebenfalls abrufbar in juris; vgl. zu den Anforderungen des Weiteren die Urteile des FG Rheinland-Pfalz vom 9.4.2019 4 K 1734/17, EFG 2019, 901 und des Hessischen FG vom 26.10.2020 6 K 271/18, DStRE 2021, 916).

27

Mit der Frage, ob auch eine Zahlung zur Ablösung eines Zinsswaps über § 20 Abs. 8 EStG vorrangig den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzuordnen ist, haben sich für die Zeit nach Einführung der Abgeltungssteuer – soweit ersichtlich – bislang lediglich zwei finanzgerichtliche Entscheidungen befasst. Das FG Rheinland-Pfalz hat in seinem Urteil vom 9.4.2019 4 K 1734/17 (EFG 2019, 901) einen solchen Zusammenhang bejaht und zur Begründung ausgeführt: Die Klägerin habe nicht nur die Zinsswap-Vereinbarung, sondern

28

auch die zugrundeliegende Darlehensvereinbarung gekündigt und im Anschluss daran ein neues Darlehen aufgenommen. Daher stehe die an die Bank geleistete Ausgleichszahlung aus der vorzeitigen Beendigung des Zinsswaps in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Erzielung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Die Umschuldung und die damit verbundene vorzeitige Beendigung des Zinsswap-Vertrags sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die ursprüngliche Annahme der Klägerin steigender Zinsen im Nachhinein als falsch erwiesen habe, so dass sich das realisierende Risiko aus der Kombination von Darlehen und Zinsswap-Geschäft als größer herausstellt habe als die Vorteile aus der erhofften Verringerung des Zinsaufwandes. Die mit der Zinsswap-Vereinbarung beabsichtigte Planungssicherheit sei vor diesem Hintergrund nicht mehr als Sicherungsmittel erforderlich gewesen. Bei einer wertenden Betrachtung sei damit auslösendes Moment für die Ausgleichszahlung die Umschuldung für das Grundstück und damit letztlich die Steigerung der Mieteinnahmen gewesen. Der Auffassung des erkennenden Senats stehe das BFH-Urteil vom 13.1.2015 IX R 13/14 nicht entgegen. Der BFH habe nur zur Fallkonstellation eines sog. „isolierten close-out“ Stellung bezogen, in der die Zinsswap-Vereinbarung vorzeitig beendet worden sei, ohne dass zugleich das zugrunde liegende Darlehen vorzeitig beendet worden wäre. In diesen Fällen werde nach der Rechtsprechung des BFH die inhaltliche Verknüpfung von Grund- und Sicherungsgeschäft gelöst, mit der Folge, dass eine Zurechnung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nicht erfolgen könne. Aus dem Urteil könne jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass Ausgleichszahlungen aus der Auflösung von Zinsswap-Vereinbarungen generell nicht zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehörten.

Dieser Auffassung hat sich auch das Hessische FG in seinem Urteil vom 26.10.2020 6 K 271/18 (DStRE 2021, 916) angeschlossen und eine einmalige Ablösezahlung für die vorzeitige Beendigung eines Zinsswaps als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung anerkannt. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Senat, anders als in dem vom BFH mit Urteil vom 13.1.2015 IX R 13/14 (BStBl II 2015, 827) entschiedenen Fall, im Streitfall keine Durchbrechung des Veranlassungszusammenhangs durch Abschluss der Auflösungsvereinbarung als neues, isoliert zu betrachtendes Termingeschäft erkennen könne, weil auch die Auflösung weiterhin im Zusammenhang mit der Finanzierung des Objekts 1 gestanden habe. Entscheidend sei hierbei, dass der Kläger aus Anlass der Auflösung des Swap 1 mit der Sparkasse einen neuen, unter Ausschöpfung der zu diesem Zeitpunkt günstigen Marktzinsen gestalteten Darlehensvertrag abgeschlossen habe, welcher als Nominalbetrag das Darlehen 1 und den Ablösebetrag für den Swap 1 umfasst und weiterhin der Finanzierung des Objektes 1 gedient habe, da die Sicherheiten aus dem alten Darlehen 1 für den neuen Darlehensvertrag fortbestanden hätten. Bei wirtschaftlicher Betrachtung habe der Kläger die aus dem Swap 1 entstandenen und der Vermietung des Objektes 1 zugeordneten Risiken in Gestalt der (ansonsten gegenüber der Bank geschuldeten) Fortzahlung der für ihn äußerst ungünstigen Swap-Zinsen in CHF bis zum Laufzeitende des Swap 1 beendet und stattdessen eine für ihn günstigere neue Anschlussfinanzierung gewählt. Damit sei die Auflösung des Swaps 1 als Bestandteil einer Umfinanzierung der gesamten, zuvor einheitlich dem Objekt 1 zugeordneten Finanzierung aus Darlehen 1 und Swap 1 anzusehen. Dem Ablösebetrag sei insoweit die Funktion einer Art Vorfälligkeitsentschädigung für die entgangenen CHF-Zinsen der Bank bis zum Ende der Laufzeit des Swap 1 zugekommen.

29

c) In der Literatur wird von Baldauf die Auffassung vertreten, dass weder laufende Gewinne und Verluste noch Ausgleichszahlungen im Zusammenhang mit einem Zinsswap den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zugeordnet werden könnten. Denn mit der zusätzlich eingegangenen Wette auf die künftige Zinsentwicklung habe sich der

30

Darlehensnehmer eine ganz neue Einkunftsquelle erschlossen. Dass der Darlehensnehmer Einnahmen aus einem Swapgeschäft dazu verwende, gestiegene Zinsaufwendungen für sein Immobiliendarlehen zu kompensieren, könne für die Zuordnung zu einer Einkunftsart keine Rolle spielen. Daran könnten auch der zeitliche Zusammenhang zwischen dem Abschluss von Darlehen und Zinsswap sowie der Umstand, dass Laufzeit, Kapitalbetrag und Zinstermine beider Geschäfte aufeinander abgestimmt würden, nichts ändern. Erst recht lägen keine Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung vor, wenn der Darlehensnehmer den Zinsswap vorzeitig beende, weil seine Wette auf einen steigenden Zins aufgegangen sei (Baldauf in EFG 2015, 405 ff.).

Nach der überwiegenden Literaturauffassung sollen die laufenden Einnahmen oder Ausgaben aus dem Swapgeschäft den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzuordnen sein, wenn dessen Abschluss in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer Immobilieninvestition und den daraus erwachsenen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung steht. Nach der Auffassung von Watrin/Riegler soll hierfür eine mittelbare Verbindung ausreichen. Maßgeblich seien die Umstände, die den Steuerpflichtigen bewogen hätten, die Aufwendungen zu tätigen oder das für die Aufwendungen maßgebliche Geschäft abzuschließen. Lügen die Motive oder Beweggründe hierfür in den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, sei der für die Zuordnung notwendige Veranlassungszusammenhang hergestellt (Watrin/Riegler, FR 2015, 1049, 1056). Insgesamt sei darauf abzustellen, ob das Zinsswap-Geschäft Teil eines ganzheitlichen Finanzierungskonzeptes sei (Watrin/Riegler, FR 2015, 1049, 1056). Nach der Auffassung von Kreft/Schmitt-Hohmann (Betriebs-Berater --BB-- 2009, 2404, 2406) ist ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gegeben, wenn der Zinsswap-Vertrag zum Zwecke der Absicherung der Zinsrisiken eines Darlehensgeschäftes abgeschlossen wird, die Laufzeit und der Betrag von Swap-Vertrag und Darlehensvertrag identisch und auch die Zinszahlungstermine- und Zinsanpassungstermine abgestimmt sind.

31

In Bezug auf Auflösungszahlungen aus einem Swapgeschäft sind Watrin/Riegler (FR 2015, 1049, 1057) der Auffassung, dass eine Verknüpfung mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nicht mehr anzunehmen sei, in denen das Termingeschäft vorzeitig bspw. durch eine Veräußerung oder Kündigung beendet werde. Der einem Zinsswap innewohnende Spekulationscharakter trete in diesem Fall gegenüber dem Sicherungszweck in den Vordergrund. Zu dem gleichen Ergebnis kommen auch Kreft/Schmitt-Hohmann (BB 2009, 2404, 2406). Bei der Veräußerung eines Zinsswaps könne ein Veräußerungsgewinn oder -verlust erzielt werden. Mit einer solchen Veräußerung werde der unmittelbare wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Grundgeschäft und Swapgeschäft beendet, weil dann der Zinsswap nicht mehr der Absicherung der Zinsbelastung aus dem Darlehensvertrag diene. Dafür spreche auch, dass z.B. Gewinne aus einem Darlehensverzicht steuerlich ebenfalls nicht als Zinsertrag behandelt würden.

32

Eine gegenteilige Meinung vertritt Zacher (Steueranwaltsmagazin 2016, 148 ff.). Erweise sich die vernünftige kaufmännische Erwartung, die der Steuerpflichtige bei Abschluss des Zinsswaps gehabt habe, im Nachhinein als falsch und übersteige das sich realisierende Risiko aus der Kombination von Darlehen und Zinsswap die Vorteile aus der erhofften Verringerung des Zinsaufwands im Vergleich zu einem „einfachen“ Darlehen, möge es sich um fehlgeschlagene Aufwendungen handeln. Eine Trennung danach, ob diese laufend oder erst am Ende in Form einer Ausgleichszahlung anfielen, sei aber nicht sachgerecht und ändere auch nichts daran, dass sie aufgewandt worden seien, um den Finanzierungsaufwand zu reduzieren. Richtigerweise sei daher der Finanzierungszusammenhang entscheidend

33

dafür, ob die Zuordnung einer laufenden Zahlung oder eine Schlusszahlung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung erfolgen könne.

d) Die Finanzverwaltung ist der Auffassung, dass laufende Zahlungen aus Zinsswap-Geschäften den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen seien. Wenn die Zinsaufwendungen aus Darlehen für kreditfinanzierte Immobilien als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung anzusehen seien, müsse dies auch für Erträge bzw. Aufwendungen, die der Absicherung des Zinsänderungsrisikos aus diesen Darlehen dienten, gelten. Im Unterschied zu Fällen der Beendigung eines Zinsswaps bestehe bei laufenden Zahlungen ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit der Darlehensfinanzierung (OFD NRW, Verfügung vom 21.1.2016 Nr. 03/2016, Der Betrieb --DB-- 2016, 205). Ausgleichszahlungen aus der Auflösung von Zinsswap-Geschäften sollen dagegen nach der Auffassung der Finanzverwaltung nicht zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehören (BMF-Schreiben vom 18.1.2016 IV C 1 – S 2252/08/10004:017, BStBl I 2016, 85, Rn. 176; OFD NRW, Verfügung vom 21.1.2016 Nr. 03/2016, DB 2016, 205)

34

4. a) Der Senat schließt sich der Auffassung von Zacher an, dass eine Unterscheidung zwischen laufenden und einmaligen Zahlungen nicht sachgerecht ist (vgl. Zacher, Steueranwaltsmagazin 2016, 148, 150 ff.). Aus Sicht des Senats kommt es für eine Berücksichtigung der Gewinne oder Verluste aus einem Swap-Geschäft auf das Bestehen eines Veranlassungszusammenhangs zwischen Immobilienanschaffung und Darlehensaufnahme sowie Darlehensaufnahme und Swap-Geschäft an. Jedenfalls dann, wenn das Swap-Geschäft sowohl subjektiv dazu bestimmt als auch objektiv dazu geeignet ist, das Zinsrisiko aus einem Darlehen, das zur Finanzierung einer Immobilie aufgenommen wurde, abzusichern, sind dementsprechend sowohl die laufenden Gewinne und Verluste aus dem Swap-Geschäft als auch eine etwaige Abschlusszahlung als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen. Denn eine Kündigung des Zinsswap-Vertrags vermag einen einmal bestehenden Veranlassungszusammenhang mit der Darlehensaufnahme nicht ohne Weiteres zu durchbrechen (so zutreffend das Hessische FG in seinem Urteil vom 26.10.2020 6 K 271/18, DStRE 2021, 916) und stellt nach Auffassung des Senats auch kein neues, isoliert zu betrachtendes Termingeschäft dar (a.A. der BFH in seinem Urteil vom 13.1.2015 IX R 13/14, BStBl II 2015, 827). Die Kündigung kann vielmehr wirtschaftlich sinnvoll sein, wenn sich die Zinsentwicklung ungünstiger gestaltet als der Steuerpflichtige bei Abschluss des Darlehensvertrags und des Swaps-Geschäfts angenommen hatte. Die Höhe der Zahlung zur Ablösung eines Zinsswaps bemisst sich in der Regel danach, welcher Wert den unverzüglich abzuschließenden Ersatzgeschäften beizumessen ist, die dazu führen, dass die ersatzberechtigte Partei alle Zahlungen und sonstigen Leistungen erhält, die ihr bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung zugestanden hätten (so auch die Regelung im Rahmenvertrag über Finanztermingeschäfte im Streitfall, vgl. Seite 2 Nr. 8). Letztlich handelt es sich bei diesem Betrag also um das stichtagsbezogen ermittelte Äquivalent für die noch ausstehende Summe der laufenden Zahlungen, die bei unterbliebener Kündigung des Zinsswaps bis zum Laufzeitende zu bezahlen gewesen wären. Nach Auffassung des Senats muss es aber im Rahmen der Finanzierungsfreiheit des Steuerpflichtigen liegen, ob er etwaige Nachteile, die aus dem Anschluss des Zinsswaps resultieren, verteilt über die Dauer der Laufzeit oder im Rahmen einer einmaligen Abfindung tragen möchte. Diese Entscheidung kann nicht anders bewertet werden als die Entscheidung, im Rahmen eines fortbestehenden Vermietungsverhältnisses ein Darlehen vorzeitig abzulösen und umzuschulden und dabei eine Vorfälligkeitsentschädigung in Kauf zu nehmen (so im Ergebnis auch die Wertung des Hessischen FG im Urteil vom 26.10.2020 6 K 271/18, DStRE 2021, 916), deren Abzugsmöglichkeit als Werbungskosten allgemein anerkannt ist.

35

36

b) Nach Auffassung des Senats ist die Berücksichtigung der Ablösezahlung bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zudem auch dann möglich, wenn es, anders als in den vom FG Rheinland-Pfalz mit Urteil vom 9.4.2019 4 K 1734/17 (EFG 2019, 901) und vom Hessischen FG mit Urteil vom 26.10.2020 6 K 271/18 (DStRE 2021, 916) entschiedenen Fällen, zum Zeitpunkt der Kündigung des Zinsswaps nicht zu einer Umschuldung in Gestalt des Abschlusses eines neuen Darlehensvertrags kommt. Im Streitfall besteht auch ohne eine solche Umschuldung eine Ähnlichkeit zwischen der Zahlung des Ablösebetrags und einer Vorfälligkeitsentschädigung, denn durch die Kündigung des Zinsswaps ist es nach Ansicht des Senats zu einer faktischen Umschuldung gekommen. Während die Darlehensfinanzierung der Klägerin bis zur Kündigung wirtschaftlich als eine solche anzusehen war, die einem Darlehen mit einem Festzins entsprach, wurde diese Finanzierung durch die Kündigung des Swap-Vertrags im Ergebnis auf eine variable Finanzierung auf der Basis des 1-Monats-Euribors umgestellt.

c) Einer Berücksichtigung der Abschlusszahlung als Werbungskosten kann schließlich auch nicht entgegengehalten werden, dass es im Fall eines Geldzuflusses bei Ablösung des Zinsswaps zu einer asymmetrischen Besteuerung käme. Zwar hat der BFH in seinem Urteil vom 13.1.2015 IX R 13/14 (BStBl II 2015, 827) die Auffassung vertreten, dass der wirtschaftliche Zusammenhang einer Ablösezahlung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung schon deshalb entfallen sei, weil ein Geldzufluss aus einem veräußerungsähnlichen Vorgang betreffend ein zum Privatvermögen gehörendes Wirtschaftsgut nicht als Nutzungsüberlassung i.S.v. § 21 EStG angesehen werden könne. Dieser Auffassung vermag sich der Senat aber nicht anzuschließen, und zwar unabhängig davon, ob die Kündigung eines Zinsswaps als Veräußerung i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buch. b EStG oder als Differenzausgleich i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buch. a EStG anzusehen ist. § 20 Abs. 8 EStG sieht eine Zurechnung der „Einkünfte“ der in den Absätzen 1, 2 und 3 des § 20 EStG bezeichneten Art zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus Vermietung und Verpachtung vor, wenn sie zu diesen gehören. Nach Auffassung des Senats ist das Tatbestandsmerkmal „gehören“ allein veranlassungsbezogen auszulegen. Ist der Veranlassungszusammenhang gegeben, werden dieser Einkunftsart die Einkünfte zugeordnet, die nach dem ursprünglichen Steuertatbestand – hier jedenfalls § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG – als steuerbar und steuerpflichtig anzusehen sind. In diesem Fall kommt es nach Ansicht des Senats nicht darauf an, ob noch zusätzlich die Tatbestandsmerkmale des jeweiligen Einkunftstatbestands erfüllt sind.

37

5. Im Streitfall sieht der Senat den erforderlichen Veranlassungszusammenhang zwischen der Anschaffung der vermieteten Immobilie, deren Finanzierung durch das hier maßgebliche Darlehen und den Zahlungen zur Ablösung des Swapgeschäfts als gegeben an, mit der Folge, dass die Ablösezahlung nicht den Einkünften aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG, sondern über § 20 Abs. 8 EStG den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 EStG zuzuordnen ist.

38

a) Daran, dass das Darlehen mit der Nummer 000000001 in einem Finanzierungszusammenhang mit der vermieteten Immobilie, dem Objekt G01-G03, steht, hat der Senat aufgrund der von der Klägerin im Klageverfahren eingereichten Unterlagen keine Zweifel. Auch das FA hat seine ursprünglich vertretene Auffassung, dass der Finanzierungszusammenhang nicht nachgewiesen sei, spätestens seit dem Schriftsatz vom 13.7.2020 nicht weiter aufrechterhalten.

39

40

b) Des Weiteren ist auch der Veranlassungszusammenhang zwischen Darlehens- und Swapgeschäft gegeben.

(1) Das Darlehensverhältnis war mit einem variablen Zins ausgestattet, so dass ein Zinsänderungsrisiko bestand. Ein Anlass für eine Absicherung war daher gegeben. Diese Absicherung konnte durch das hier maßgebliche Swap-Geschäft auch erreicht werden, denn hierdurch hatte die Klägerin faktisch nur einen Festzins von 4,7% (wohl zzgl. der im Darlehensvertrag vereinbarten Marge auf den Euribor) zu zahlen. 41

(2) Der Abschluss des Darlehensvertrags und des Zinsswaps erfolgten zeitgleich. Das Swapgeschäft wurde telefonisch am 28.1.2010 abgeschlossen und von der Vertreterin der Klägerin am 11.2.2010 nachträglich schriftlich unterzeichnet. Der Darlehensvertrag wurde von dem Sachbearbeiter der D AG am 29.1.2010 und von der Vertreterin der Klägerin (ebenfalls) am 11.2.2010 unterzeichnet. Die geringe zeitliche Differenz von wenigen Tagen zwischen dem telefonischen Abschluss des Swap-Geschäfts und der (schriftlichen) Unterzeichnung des Darlehensvertrags sieht der Senat als unschädlich an, zumal es sich um Geschäfte handelt, für die verschiedene Bankabteilungen zuständig gewesen sein dürften. 42

(3) Sowohl der Darlehens- als auch der Swap-Vertrag haben identische Vertragsparteien. 43

(4) Die Zahlungsverpflichtung der D AG aus dem Swap-Vertrag richtet sich grundsätzlich nach der gleichen Zinsbasis, die auch dem Darlehensvertrag zugrunde liegt, nämlich nach dem 1-Monats-Euribor. Dass die Klägerin im Darlehensvertrag eine zusätzliche Zinsmarge von 1,1% auf den 1-Monats-Euribor zu entrichten hatte, steht der Indizwirkung nicht entgegen, da die finanzierende Bank typischerweise an beiden Geschäften verdienen will. 44

(5) Bezugsbetrag und Laufzeit von Darlehen und Swapgeschäfts sind synchronisiert. Der anfängliche Bezugsbetrag des Swap-Geschäfts von 2,5 Mio. € entspricht der Höhe des aufgenommenen Darlehens. Der Bezugsbetrag des Swap-Geschäfts sollte sich monatlich exakt in der Höhe mindern, in der das Darlehen zu tilgen war (8.333,33 € pro Monat). Während das Darlehen zum 30.11.2014 ausgezahlt werden sollte, sollten die Vereinbarungen des Swap-Geschäfts zum 28.11.2014 in Kraft treten. Die vertragliche Darlehenslaufzeit endete am 30.11.2024, die Laufzeit des Swapgeschäfts am 29.11.2024. 45

Bei Würdigung aller Umstände sieht es der Senat insoweit als unschädlich an, dass sich die tatsächliche Darlehenslaufzeit durch die von der Klägerin geleisteten Sondertilgungen erheblich verringert hat. In diesem Punkt fehlt es zwar an der Synchronisierung von Darlehens- und Swap-Vertrag, da die Sondertilgungen beim Bezugsbetrag des Zinsswaps nicht in Abzug zu bringen waren. Der Senat geht aber ungeachtet dessen davon aus, dass beide Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Willen zu einer Synchronisierung von Laufzeit und Swap-Vertrag hatten und deshalb zu diesem Punkt keine Regelung im Swap-Vertrag getroffen haben. Wie der Prozessvertreter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, stammte das Geld für die Sondertilgungen aus Beteiligungsverkäufen, zu denen sich die Klägerin erst in den Folgejahren entschlossen hatte. 46

(6) Anzeichen dafür, dass mit dem Swap-Geschäft „Spekulationsgewinne“ erzielt und diese, um sich die Möglichkeit einer Verlustverrechnung zu erhalten, gezielt der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung zugeordnet werden sollten, sieht der Senat nicht. Zwar war der 1-Monats-Euribor nach den Feststellungen des Senats zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap-Geschäfts ungewöhnlich stark gefallen. Während dieser im Oktober 2008 noch bei über 5% gelegen hatte, belief er sich am 26.1.2010 nur noch auf 0,426%. Dafür, dass die 47

Klägerin diese Entwicklung für spekulative Zwecke hätte nutzen wollen, vermag der Senat aber keine Beweisanzeichen zu erkennen. Im Übrigen wurden solche auch vom FA nicht dargelegt.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO). 48
Die Klägerin ist zwar insoweit unterlegen, als sie die Klage bzgl. der Feststellung nach § 15a Abs. 4 EStG zurückgenommen hat und daher die Kosten insoweit zu tragen hätte. Da dieser Teil – gemessen am gesamten Streitwert – aber als geringfügig anzusehen ist, waren die Kosten insgesamt dem FA aufzuerlegen.

III. Die Revision wird zugelassen. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung i.S.v. § 115 49
Abs. 2 Nr. 1 FGO.