
Datum: 30.01.2018
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 1. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 K 2992/13
ECLI: ECLI:DE:FGK:2018:0130.1K2992.13.00

Nachinstanz: Bundesfinanzhof, VIII R 13/18

Tenor:

Es wird festgestellt, dass die beim Erwerb der Anteile an dem Investmentfonds A gezahlten Zwischengewinne i.H. von 460.288,90 € im Jahr 2008 negative Einnahmen bei den Einkünften des Klägers aus Kapitalvermögen sind.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Beteiligten streiten über die Abzugsfähigkeit von negativen Zwischengewinnen aus der Beteiligung am Investmentfonds A, einem Teilfonds der Investmentgesellschaft A1.

2

Diese wurde in Luxemburg als Investmentgesellschaft mit variablem Kapital mit Umbrella-Struktur am 28.9.2007 errichtet. Die Gesellschaft war als sogenannter Umbrella-Fonds mit verschiedenen Teilfonds organisiert. Jeder Teilfonds galt als im Verhältnis der Aktionäre untereinander als eigenständiges Vermögen mit spezifischen Vermögensmassen und einer jeweils spezifischen Anlagepolitik.

3

Als einer dieser Teilfonds wurde der im Streitfall relevante Investmentfonds A (Fonds) aufgelegt. Am 8.12.2008 wurden die ersten Anteile ausgegeben. Nach den Angaben im Platzierungsmemorandum (Bl. 156-158 der Einkommensteuerakte des Beklagten) war der Fonds ein thesaurierender Teilfonds, bei dem ein Ertragsausgleich durchgeführt wurde. Das Geschäftsjahr des Fonds lief vom 1.7. bis zum 30.6.

4

Bis zum 16.12.2008 wurden entsprechend der Anlagepolitik des Investmentvermögens und ausweislich des vorgenannten Platzierungsmemorandums sog. Bondstripping-Geschäfte

5

durchgeführt. Dabei erwarb der Teilfonds festverzinsliche Wertpapiere, trennte anschließend die Kupons von den Schuldinstrumenten und veräußerte diese. Hierdurch wurden auf Fondsebene aus „normalen“ festverzinslichen Anleihen bei gleichbleibendem Kurswert/Rücknahmepreis hohe Zinserträge generiert. Diese Geschäfte fanden allesamt vor Ausgabe der Anteile an den Kläger statt.

Gemäß der beim Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) eingereichten Prüfungsunterlagen erwarb der Fonds am 8.12.2008 insgesamt zwei Wertpapiere zu einem Kaufpreis von 1.314.865 € und 540.410 € (Summe 1.855.275 €). 6

Am 16.12.2008 betrug der Nettoinventarwert (vor Ausgabe der neuen Anteile) 1.924.538 €. Bei insgesamt 1.959,824 Anteilen ergab sich ein Anteilswert von 982 € bei einem Zwischengewinn von ca. 452 € je Anteil. Am 31.12.2008 lag der Nettoinventarwert bei 254.382.977 € und es waren 259.040,289 Anteile ausgegeben. Es entstanden somit über den Ertragsausgleich beim Zwischengewinn für das Jahr 2008 insgesamt Verluste i.H.v. 116.200.000 € (257.080,46 x 452 €). 7

Mit Datum vom 19.12.2008 erwarb der Kläger 1.018,496 Anteile an dem Fonds. Die Anschaffungskosten der Wertpapiere zum Kurs von 981,84 € je Anteil betrugen danach 1.000.000,11 €. In der Kaufabrechnung wies die B-Bank (Schweiz) einen steuerpflichtigen negativen Zwischengewinn i.H.v. 460.288,90 € (je Anteil 451,93 €) aus. 8

Im Jahr 2009 erklärte der Kläger ausschüttungsgleiche Erträge des Fonds i.H.v. 18.281 € (je Anteil zum 30.6.2009 17,9495274 €), im Jahr 2010 477.753,23 € (je Anteil zum 30.6.2010 468,51 € und zum 16.7.2010 0,5681 €). 9

Mit Auflösung des Fonds am 19.7.2010 wurden alle Anteile zurückgegeben. Hierbei wurden Zwischengewinne i.H.v. 519,43 € ausgewiesen. 10

Die Veräußerung/Rückgabe unterlag dem Kapitalertragsteuerabzug nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 Investmentsteuergesetz in der Fassung des Streitjahres (InvStG). Die angesetzte Bemessungsgrundlage hierfür betrug laut Bescheinigung der Bank 36.563,04 €. 11

Das BZSt prüfte nach Auflösung des Fonds die Besteuerungsgrundlagen. Es kam zu der Ansicht, dass das Ertragsausgleichsverfahren für das Geschäftsjahr 2008/2009 lediglich auf die Zwischengewinne, nicht aber auf die ausschüttungsgleichen Erträge angewandt wurde. 12

Die Besteuerungsgrundlagen für den Fonds wurden erneut ermittelt und von der H GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mit Bericht vom 6.2.2013 (Bl. 85 ff. der Gerichtsakte -GA-) zertifiziert. Korrekturen der Zwischengewinne im Jahr 2008 waren nicht erforderlich, da die Zwischengewinne von Beginn an unter Berücksichtigung des für den Fonds vorgeschriebenen Ertragsausgleichsverfahrens berechnet wurden. Für das Geschäftsjahr 2009/2010, das am 30.6.2010 endete, wurde ein Ertragsausgleich aus dem Jahr 2008/2009 i.H.v. 115.355.019,03 € angesetzt und je Anteil ein Mehrbetrag von 448,4752 € ermittelt. Mit dieser Korrektur wurde für alle Bereiche das bisher unterlassene Ertragsausgleichsverfahren nachgeholt. 13

Sämtliche vorgenannten Wertansätze auf Fondsebene sind zwischen den Beteiligten unstreitig. 14

Den beim Kauf der Anteile angefallenen negativen Zwischengewinn i.H.v. 460.288,90 € gab der Kläger in der Anlage KAP zur Einkommensteuererklärung des Streitjahres (2008) als 15

negative Einnahmen aus Kapitalvermögen an.

Der Beklagte berücksichtigte den negativen Zwischengewinn im Einkommensteuerbescheid 2008 vom 25.10.2010 nicht. 16

Am 10.11.2010 legte der Kläger gegen den Einkommensteuerbescheid 2008 Einspruch ein. In der Sache begehrte er insbesondere die Berücksichtigung des negativen Zwischengewinns aus dem Fonds als negative Einkünfte aus Kapitalvermögen. Diesbezüglich wies der Beklagte den Einspruch mit einer Teil-Einspruchsentscheidung vom 5.9.2013 zurück. 17

Am 25.10.2010 erging über die negativen Zwischengewinne ein Feststellungsbescheid unter dem Vorbehalt der Nachprüfung nach § 15b Abs. 4 Einkommensteuergesetz (EStG). Diesen hob der Beklagte mit Bescheid vom 8.11.2012 wieder auf. Hiergegen legte der Kläger Einspruch ein. Die Beteiligten haben vereinbart, dass dieses Verfahren zunächst ruht. 18

Der Kläger hat am 23.9.2013 Klage gegen die Teil-Einspruchsentscheidung vom 5.9.2013 erhoben, mit der er die Änderung des Einkommensteuerbescheides 2008 unter Berücksichtigung der negativen Zwischengewinne begehrt. 19

Er ist der Ansicht, der Fonds habe einen ordnungsgemäßen Ertragsausgleich durchgeführt und so alle Anforderungen erfüllt, die das InvStG sowie das BMF-Schreiben vom 18.8.2009 an den Ertragsausgleich stellten. 20

Des Weiteren ist der Kläger der Auffassung, der Prüfungsbericht des BZSt stelle keinen Verwaltungsakt dar und entfalte somit erst recht keine gesetzliche Bindungswirkung für den vom Beklagten erlassenen Einkommensteuerbescheid. Vielmehr handle es sich nur um Feststellungen auf Ebene des Fonds aufgrund dessen Liquidation. Der Beklagte habe bei der Auswertung des Berichts jedoch einen unzutreffend pauschalierten Ansatz verfolgt, indem er den konkreten Einzelfall sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht nicht gewürdigt habe. 21

Die Veröffentlichung der Besteuerungsgrundlagen zum 30.6.2009 sei zwar fehlerhaft gewesen, da der Ertragsausgleich für die ausschüttungsgleichen Erträge nicht berücksichtigt worden sei. In den Jahresbericht des Investmentfonds für das Geschäftsjahr 2008/2009 sei der Ertragsausgleich nicht übernommen worden, da er nach luxemburgischem Recht nicht zulässig gewesen sei. Der Fehler sei jedoch entsprechend § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 S. 3 InvStG zum 30.6.2010 korrigiert worden. Das Ertragsausgleichsverfahren sei in dem verbindlichen Platzierungsmemorandum des Fonds vorgeschrieben gewesen. Auch sei der Zwischengewinn kein Korrektiv für fehlerhafte Besteuerungsgrundlagen. 22

Zudem sei in 2008 die Durchführung des investimentrechtlichen Ertragsausgleichsverfahrens keine Voraussetzung für eine Anerkennung des steuerlichen Zwischengewinns gewesen. 23

Schließlich scheitere ein Verbot der Verlustverrechnung gem. § 15b i.V.m. § 20 Abs. 2b S. 2 EStG an den maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen. Es fehle an der Modellhaftigkeit, dem wirtschaftlich unangemessenen Steuervorteil und der Vermarktung. Denn ausschließlich deutsche Anleger des Fonds hätten den sich ergebenden Steuervorteil erzielen können. 24

Der Kläger beantragt, 25

unter Änderung des Einkommensteuerbescheides 2008 vom 14.11.2011 und Aufhebung der Teil-Einspruchsentscheidung vom 5.9.2013 die Einkommensteuer 2008 unter 26

Berücksichtigung eines negativen Zwischengewinns aus dem Investmentfonds A i.H.v. 460.288,90 € bei den Einkünften aus Kapitalvermögen festzusetzen,

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen,

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Zur Begründung führt er aus, dass es sich nach dem BFH-Urteil vom 3.8.1976 VIII R 101/71, BStBl II 1977, 65, bei den gezahlten Zwischengewinnen auf Investmentanteile um Anschaffungskosten handle. Mit dem Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz (StMBG) vom 21.12.1993 sei die Zwischengewinnbesteuerung zum 1.1.1994 lediglich eingeführt worden, um Möglichkeiten der Steuerumgehung im Zusammenhang mit der Veräußerung von Investmentanteilen und in diesem Zusammenhang vereinnahmten Zwischengewinnen zu verhindern. Es sei nicht erkennbar, dass mit dem Gesetz ein „negativer“ Zwischengewinn habe eingeführt werden sollen. Auch sei die Rechtsprechung des BFH aus dem Jahr 1976 von dieser Gesetzesänderung unberührt geblieben.

Zwischengewinn sei gemäß § 1 Abs. 4 InvStG das Entgelt für die dem Anleger noch nicht zugeflossenen oder als zugeflossen geltenden Ertragsteile. Der Gesetzgeber stelle entsprechend seiner Zielsetzung auf den Zufluss beim verkaufenden Anleger ab, nicht aber auf den Abfluss beim Erwerber.

Die Finanzverwaltung berücksichtige steuerlich dennoch unter der Voraussetzung negative Zwischengewinne, dass ein Ertragsausgleich über alle Ertragsarten gerechnet und damit sichergestellt werde, dass der bereits gezahlte und steuerlich angesetzte Zwischengewinn alsbald mit positiven Erträgen verrechnet werde. Insofern handle es sich bei gezahlten Zwischengewinnen faktisch um Vorauszahlungen auf die im Folgejahr anzusetzenden Erträge. Erst durch den Ertragsausgleich würden die Anschaffungskosten der Fondsanteile (teilweise) zu einem negativen Zwischengewinn.

Im Streitfall sei das Ertragsausgleichsverfahren nicht für alle Ertragsarten (ausgeschüttete Erträge, ausschüttungsgleiche Erträge und Zwischengewinne), sondern lediglich für die Zwischengewinne gerechnet worden. Deshalb könnten die gezahlten Zwischengewinne nicht als negative Einnahmen aus Kapitalvermögen anerkannt werden. Diese Rechtsfolge ergebe sich aus dem BMF-Schreiben vom 9.3.2010, BStBl I 2009, 931, Rz. 21a und auch aus dem mit Jahressteuergesetz (JStG) 2010 zur Klarstellung eingefügten § 2 Abs. 5 InvStG. Dass das Ertragsausgleichsverfahren nicht durchgeführt worden sei, führe nicht zu fehlerhaften steuerlichen Werten beim Anleger, sodass kein Korrekturbedarf gem. § 5 Abs. 1 Nr. 5 S. 3 InvStG bestehe. Dies führe beim Anleger lediglich dazu, dass die Zwischengewinne ohne Berücksichtigung blieben.

Dass zum 30.6.2010 das Ertragsausgleichsverfahren auch für die ausschüttungsgleichen Erträge gerechnet worden sei, sei insoweit unerheblich, weil es nicht durchgeführt sondern nur zurückgeschrieben worden sei.

Sollten die gezahlten Zwischengewinne entgegen der Auffassung des Beklagten dennoch negative Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen darstellen, dürften sie gemäß §

20 Abs. 7 S. 1 i.V.m. § 15b EStG nicht mit anderen Einkünften ausgeglichen werden. Sie wären gemäß § 15b Abs. 4 EStG zum 31.12.2008 gesondert festzustellen. Es liege nämlich ein Steuerstundungsmodell gem. § 20 Abs. 7 S. 1 i.V.m. § 15b EStG vor.

Der Beklagte hat den angefochtenen Einkommensteuerbescheid 2008 zwischenzeitlich mehrfach aus für das Klageverfahren nicht erheblichen Gründen geändert, und zwar zuletzt durch Bescheid vom 14.11.2011. 37

Das Gericht hat die Beteiligten auf das Urteil des FG Düsseldorf v. 17.8.2017 14 K 3722/13 und des BFH v. 28.6.2017 VIII R 57/14 und dessen Veröffentlichung im Bundessteuerblatt hingewiesen. Zudem hat es darauf hingewiesen, dass dieses Urteil aufgrund der Veröffentlichung von der Finanzverwaltung grundsätzlich angewandt wird. 38

Entscheidungsgründe 39

I. Das Gericht entscheidet vorab über die Abziehbarkeit der Zwischengewinne im Streitjahr durch Zwischenurteil gemäß § 99 Abs. 2 Finanzgerichtsordnung (FGO). Nach dieser Vorschrift kann das Gericht durch Zwischenurteil über eine entscheidungserhebliche Sach- oder Rechtsfrage vorab entscheiden, wenn dies sachdienlich ist und nicht der Kläger oder der Beklagte widerspricht. 40

Beide Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung einer Entscheidung durch Zwischenurteil ausdrücklich nicht widersprochen. 41

Die Entscheidung ist sachdienlich. 42

Die Sachdienlichkeit ergibt sich insbesondere aus den verfahrensrechtlichen und prozessualen Besonderheiten, die aus der zunächst zu prüfenden Qualifizierung des streitigen Zwischengewinns als negative Einnahmen aus Kapitalvermögen und der sich hieran je nach Entscheidung dieser Vorfrage ggf. anschließenden Prüfung der Verrechenbarkeit der negativen Einnahmen gemäß § 15b Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 2b EStG resultieren. 43

Die Frage, ob die bei Erwerb der Fondsanteile gezahlten Zwischengewinne negative Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG darstellen, betrifft auf der ersten Stufe die originär im Einkommensteuerverfahren durchzuführende Einkünftequalifikation und -ermittlung. Im Falle der Bejahung dieser materiell-rechtlichen Vorfrage wäre das Gericht aus verfahrensrechtlichen und prozessualen Gründen in diesem Verfahren derzeit daran gehindert, unmittelbar auch über die sich auf der zweiten Stufe anschließende Frage nach der Ausgleichsfähigkeit oder lediglich Verrechenbarkeit der negativen Einnahmen gemäß § 15b Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 2b EStG zu entscheiden. Diese Frage wäre mit Bindungswirkung für das vorliegende Klageverfahren außerhalb des Einkommensteuerverfahrens in einem gesonderten Feststellungsverfahren nach § 15b Abs. 4 i.V.m. § 20 Abs. 2b EStG zu klären. Das hier anhängige Klageverfahren wäre dann gemäß § 74 FGO auszusetzen (vgl. FG Düsseldorf, Urteil vom 17.8.2017, 14 K 3722/13 E, EFG 2018, 46; zur Vorgreiflichkeit des gesonderten Feststellungsverfahrens nach § 15b Abs. 4 EStG vgl. BFH-Urteil vom 11.11.2015, VIII R 74/13, BFHE 252, 364, BStBl II 2016, 388). 44

II. Die in diesem Umfang zu entscheidende Klage hat Erfolg. 45

46

Die bei Erwerb der Anteile an dem Fonds im Jahr 2008 gezahlten Zwischengewinne i.H.v. 460.288,90 € stellen negative Einnahmen des Klägers i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG bei den Einkünften aus Kapitalvermögen dar.

Der Senat schließt sich bei seiner Entscheidung den Ausführungen des Finanzgerichts Düsseldorf im Urteil vom 17.08.2017 (14 K 3722/13 E, EFG 2018, 46) an. Der Sachverhalt im Streitfall ist nach den Feststellungen des Senats mit dem Sachverhalt des vorgenannten Urteils vollumfänglich vergleichbar. 47

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG gehören die auf Investmentanteile ausgeschütteten sowie die ausschüttungsgleichen Erträge und der Zwischengewinn zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. 48

Investmentanteile in diesem Sinne sind auch die vom Kläger erworbenen ausländischen Investmentanteile (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG). 49

§ 2 Abs.1 S. 1 InvStG erfasst als Zwischengewinn auch den bei Erwerb von Investmentanteilen gezahlten Zwischengewinn als negative Einnahme aus Kapitalvermögen (hierzu unter 1.). Einzubeziehen in den gezahlten Zwischengewinn sind im Streitfall auch Ertragsausgleichsbeträge (hierzu unter 2.). Der hieraus resultierende Gesamtbetrag der negativen Kapitaleinnahmen des Klägers beläuft sich auf 460.288,90 € (hierzu unter III). 50

1. Der Zwischengewinn i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG umfasst neben dem bei Veräußerung oder Rückgabe von Investmentanteilen vereinnahmten Zwischengewinn als positive Kapitaleinnahme auch den vom Erwerber von Investmentanteilen gezahlten Zwischengewinn als negative Kapitaleinnahme (vgl. FG Niedersachsen, Urteil vom 26.9.2013 3 K 12341/11, EFG 2014, 131; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.9.2014 10 K 1693/12, EFG 2015, 384; Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen – B/S/L –, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG Rz. 397; Reiche/Frotscher in Haase, InvStG, 2010, § 2 Rz. 242). 51

Zwischengewinn ist gemäß § 1 Abs. 4 InvStG das Entgelt für die dem Anleger noch nicht zugeflossenen oder als zugeflossen geltenden 52

1. Einnahmen des Investmentfonds im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 und des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b sowie des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 des Einkommensteuergesetzes, soweit sie zu den ausschüttungsgleichen Erträgen im Sinne des Absatzes 3 Satz 3 gehören, sowie für die angewachsenen Ansprüche des Investmentfonds auf derartige Einnahmen; die Ansprüche sind auf der Grundlage des § 20 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes zu bewerten; 53

2. Einnahmen aus Anteilen an anderen Investmentfonds, soweit darin Erträge des anderen Investmentfonds im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 und des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b sowie des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 des Einkommensteuergesetzes soweit sie zu den ausschüttungsgleichen Erträgen im Sinne des Absatzes 3 Satz 3 gehören, enthalten sind; 54

3. Zwischengewinne des Investmentfonds; 55

4. zum Zeitpunkt der Rückgabe oder Veräußerung des Investmentanteils veröffentlichte Zwischengewinne oder stattdessen anzusetzende Werte für Anteile an anderen Investmentfonds, die der Investmentfonds hält. 56

a) In dieser Legaldefinition des Zwischengewinns kommt ein sowohl den Veräußerer als auch den Erwerber von Investmentanteilen einbeziehendes Begriffsverständnis zum Ausdruck. Ein 57

„Entgelt“ für die dem Anleger noch nicht zugeflossenen oder als zugeflossen geltenden Ertragspositionen des Investmentvermögens wird vom Veräußerer der Anteile vereinnahmt bzw. vom Erwerber der Anteile gezahlt.

Diese nach dem Wortlaut der Vorschrift beiderseitige Perspektive des Zwischengewinns fügt sich in die in § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG verankerte Systematik der Besteuerung der laufenden Investorterträge bei dem Investmentanleger ein. 58

Während mit den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 2 bzw. S. 3 InvStG die laufenden Investorterträge des Anlegers im Zeitpunkt der Ausschüttung bzw. zum Geschäftsjahresende erfasst werden, dient die Besteuerung des Zwischengewinns der Ertragsabgrenzung zwischen veräußernden und erwerbenden Anlegern im Falle der unterjährigen Veräußerung oder Rückgabe bzw. des unterjährigen Erwerbs von Investmentanteilen. 59

Auf der einen Seite trägt die steuerliche Erfassung der bei Veräußerung vereinnahmten Zwischengewinne als (positive) Einnahmen aus Kapitalvermögen dem Umstand Rechnung, dass insoweit im Veräußerungs- bzw. Rückgabepreis der Investmentanteile Ertragspositionen des Investmentvermögens enthalten sind, die bei dem Anleger, würde er die Anteile bis zum Zeitpunkt der Ausschüttung bzw. bis zum Geschäftsjahresende halten, in Form von ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen als laufende Kapitalerträge gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG besteuert würden. Durch die Zwischengewinnbesteuerung wird diese im Veräußerungs- oder Rücknahmepreis enthaltene Ertragskomponente des Investmentanteils den laufenden Kapitalerträgen zugeordnet. 60

Spiegelbildlich gewährleistet die Erfassung der bei Erwerb gezahlten Zwischengewinne als negative Kapitaleinnahmen auf der Seite des Erwerbers, dass der unterjährig investierende Anleger für das Geschäftsjahr des Investmentvermögens im Ergebnis nur solche zwischengewinnrelevanten Erträge versteuern muss, die auf den Zeitraum seines Investments entfallen. Andernfalls würde der ihm bei Ausschüttung oder am Geschäftsjahresende als ausgeschüttete bzw. ausschüttungsgleiche Erträge zuzurechnende Investortertrag in voller Höhe als Kapitaleinnahme besteuert, obwohl der Anleger an diesem nur in Höhe der Differenz zu dem bei Erwerb gezahlten Zwischengewinn partizipiert. Insofern soll eine Überbesteuerung des Erwerbers hinsichtlich der laufenden Investorterträge vermieden werden (vgl. Berger in B/S/L, InvG/InvStG, § 1 InvStG Rz. 398; Kempf/Lauterfeld, Betriebs-Berater – BB – 2005, 631). 61

Die systematisch konsequente Einbeziehung des bei Erwerb von Investmentanteilen gezahlten Zwischengewinns in die laufenden Einkünfte aus Kapitalvermögen durch § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG ergibt sich zudem aus der zeitlichen Anwendungsbestimmung des § 18 Abs. 3 InvStG i.d.F. des EURLUMsG. Danach sind die im Streitzeitraum anzuwendenden Bestimmungen über den Zwischengewinn erstmals auf Rückgaben, Veräußerungen oder Erwerbe anzuwenden, die nach dem 31.12.2004 stattfinden. Einer Einbeziehung der Erwerbsvorgänge in die Anwendungsregelung hätte es nicht bedurft, wenn die Zwischengewinnbesteuerung nach dem InvStG allein die im Zuge von Rückgaben und Veräußerungen vereinnahmten Zwischengewinne erfassen würde. 62

b) Der Begriff des Zwischengewinns i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 4 InvStG ist auch nicht deshalb auf den vereinnahmten Zwischengewinn zu beschränken, weil vor erstmaliger Einführung einer gesetzlichen Zwischengewinnbesteuerung für Privatanleger in § 39 Abs. 1a des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) und § 17 Abs. 2a des Auslandsinvestmentgesetzes (AuslInvestmG) der bei Veräußerung oder Rückgabe 63

vereinnahmte Zwischengewinn und der bei Erwerb von Investmentanteilen gezahlte Zwischengewinn dem Veräußerungs- oder Rücknahmepreis (vgl. BFH-Urteile vom 11.10.2000 I R 99/96, BStBl II 2001, 22 und vom 27.3.2001 I R 120/98, BFH/NV 2001, 1539) bzw. den Anschaffungskosten der Anteile (vgl. BFH-Urteile vom 3.8.1976 VIII R 101/71, BStBl II 1977, 65 und vom 4.3.1980 VIII R 48/76, BStBl II 1980, 453) zuzuordnen waren. Diese Auffassung gründet für das Streitjahr keine gesetzliche Grundlage.

Mit Einführung der Zwischengewinnbesteuerung im KAGG und AuslInvestmG durch das Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz (StMBG) vom 21.12.1993, BGBl I 1993, 2310 zum 1.1.1994 wurde die bisherige steuersystematische Zuordnung des Zwischengewinns zur Vermögenssphäre des privaten Investmentanlegers aufgehoben. Dies entsprach dem erklärten Willen des Gesetzgebers, der hierbei vor allem die steuerliche Erfassung der ansonsten steuerfreien Zwischengewinne im vereinnahmten Veräußerungs- oder Rücknahmepreis realisieren wollte (vgl. Bundestags-Drucksache – BT-Drs. – 12/5630, S. 77 ff.). Aus der Begründung zum Gesetzentwurf ergeben sich allerdings keinerlei Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Beschränkung allein auf diese Komponente der Zwischengewinnbesteuerung. Gegen eine solche systemwidrige Beschränkung spricht auch die Begründung des Entwurfs zum Investmentmodernisierungsgesetz, mit dem die Zwischengewinnbesteuerung im InvStG in der Folgezeit ab 2004 zunächst vorübergehend abgeschafft wurde. In der Begründung wird die bis dahin im KAGG und AuslInvestmG geregelte Zwischengewinnbesteuerung derart beschrieben, dass der Erwerber den Zwischengewinn als negative Einnahme steuermindernd geltend macht und der Zwischengewinn bei Rückgabe steuererhöhend wirkt (vgl. BT-Drs. 15/1553, S. 121; zur damaligen Rechtslage auch Heinicke in Schmidt, EStG, 17. Auflage 1998, § 20 Rz. 113; FG Hamburg, Urteil vom 18.6.2015 2 K 158/14, EFG 2015, 1675). Mit der Wiedereinführung der Zwischengewinnbesteuerung in § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG durch EURLUmG mit Wirkung zum 1.1.2005 (vgl. § 18 Abs. 3 i.d.F. des EURLUmG) sollten nach der Gesetzesbegründung lediglich die damaligen Regelungen in § 39 Abs. 2 KAGG und § 17 Abs. 2a AuslInvestmG mit kleineren, für den Streitfall nicht relevanten Änderungen wieder aufgenommen werden (vgl. BT-Drs. 15/3677, S. 48). Eine systematische Beschränkung der Zwischengewinnbesteuerung auf die Veräußererperspektive kam hierin jedoch nicht zum Ausdruck.

2. Der vom Kläger gezahlte Zwischengewinn umfasst auch die bei der Berechnung des Zwischengewinns ermittelten Ertragsausgleichsbeträge. 65

Die Einbeziehung von Ertragsausgleichsbeträgen in den Zwischengewinn resultiert aus § 9 InvStG (hierzu unter a)). Dem steht im Streitfall weder entgegen, dass der Ertragsausgleich keinen Eingang in die investimentrechtliche Vermögensrechnung des Fonds gefunden hat (hierzu unter b)), noch dass die ausschüttungsgleichen Erträge des Geschäftsjahres 2008/2009 im Gegensatz zu den Zwischengewinnen zunächst ohne Ertragsausgleichsbeträge ermittelt und bekannt gemacht wurden (hierzu unter c)). 66

a) Gemäß § 9 InvStG in der im Streitjahr maßgeblichen Fassung stehen den in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen einzelnen Beträgen i.S.d. §§ 2 und 4 InvStG die hierauf entfallenden Teile des Ausgabepreises für ausgegebene Anteilscheine gleich. Die in der Norm geregelten steuerlichen Folgen des Ertragsausgleichs führen zu einer Umqualifizierung eines Teils des eingezahlten Kapitals in Erträge des Fonds (vgl. Schönbach in Haase, InvStG, § 9 Rz. 63). Hieraus folgt für die Besteuerung des Investmentanlegers, dass auch die auf die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge entfallenden Ertragsausgleichsbeträge Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG darstellen (vgl. Berger in B/S/L, InvG/InvStG, § 9 67

Wenngleich § 9 InvStG nicht ausdrücklich auch den Zwischengewinn benennt, greift die dort normierte investmentsteuerrechtliche Gleichbehandlung der Ertragsausgleichsbeträge mit den in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen Beträgen i.S.d. §§ 2 und 4 InvStG auch auf die Ertragspositionen des Investmentvermögens durch, die mit dem Zwischengewinn entgolten werden. 68

Der Zwischengewinn stellt nach der zuvor dargestellten gesetzlichen Systematik das (vereinnahmte oder gezahlte) Entgelt für eine unterjährig abgegrenzte Teilmenge der Erträge des Investmentvermögens dar, die sodann zum Geschäftsjahresende in die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 2 bzw. S. 3 InvStG einfließen. Insofern handelt es sich auch bei den zwischengewinnrelevanten Erträgen des Investmentvermögens i.S.d. § 1 Abs. 4 InvStG um in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltene einzelne Beträge i.S.d. §§ 2 und 4 InvStG. Die auf diese unterjährige Ertragsteilmenge entfallenden Ertragsausgleichsbeträge werden damit auch vom systematischen Regelungsumfang des § 9 InvStG erfasst und sind Teil des Zwischengewinns i.S.v. § 1 Abs. 4 InvStG. Die ausdrückliche Einbeziehung der Ertragsausgleichsbeträge in den Zwischengewinn durch § 9 S. 2 InvStG i.d.F. JStG 2010 vom 8.12.2010, BGBl I 2010, 1768 mit Wirkung zum 1.1.2011 hatte insoweit nur klarstellende Bedeutung (ähnlich Ebner/Helios, BB 2010, 1565, 1574; a.A. Berger in B/S/L, InvG/InvStG, § 1 InvStG Rz. 390, § 9 InvStG Rz. 38). 69

b) Die hiernach gebotene steuerliche Umqualifizierung der im gezahlten Zwischengewinn enthaltenen Ertragsausgleichsbeträge gemäß § 9 InvStG steht im Streitfall nicht entgegen, dass der Ertragsausgleich keinen Eingang in die investmentrechtliche Vermögensrechnung des Fonds gefunden hat. 70

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Berechnung des Ertragsausgleichs existiert nicht. Die diesbezügliche Entscheidung steht im Ermessen der Investmentgesellschaft (vgl. Berger in B/S/L, InvG/InvStG, § 9 InvStG Rz. 8; Hammer in Blümich, InvStG, § 9 Rz. 9). Führt die Investmentgesellschaft ein Ertragsausgleichsverfahren durch, greifen die steuerlichen Folgen des § 9 InvStG unabhängig davon, ob das Verfahren auch in die investmentrechtliche Vermögensrechnung einfließt, oder ob es lediglich für steuerliche Zwecke durchgeführt wird (vgl. nun auch BMF-Schreiben vom 9.3.2010, a.a.O.; anders zuvor noch BMF-Schreiben vom 18.08.2009, a.a.O., Rz. 197). 71

Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 9 InvStG auf die Übernahme der in der investmentrechtlichen Vermögensrechnung der Investmentgesellschaft ausgewiesenen Ertragsausgleichsbeträge i.S. eines Maßgeblichkeitsprinzips lässt sich der Norm nicht entnehmen (vgl. Berger in B/S/L, InvG/InvStG, § 9 InvStG Rz. 14 ff.; Schönbach in Haase, InvStG, § 9 Rz. 23 ff.; Höring, DStZ 2010, 84, 87; a.A. Hammer in Blümich, InvStG, § 9 Rz. 27). Sie regelt allein die steuerrechtliche Umqualifizierung der Ertragsausgleichsbeträge in Erträge des Investmentvermögens, ohne zugleich einschränkende - formale - Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung des Ertragsausgleichsverfahrens dem Grunde nach zu benennen. 72

Ein striktes Abhängigkeitsverhältnis des Ertragsausgleichs i.S.v. § 9 InvStG vom investmentrechtlichen Ertragsausgleich würde auch der eigenständigen Bedeutung des Verfahrens für das Investmentsteuerrecht nicht hinreichend Rechnung tragen. Das Ertragsausgleichsverfahren hat zwei Bedeutungen. Im investmentrechtlichen Sinne soll der Betrag der ausschüttbaren Erträge je Anteil durch die Anzahl der insgesamt ausgegebenen 73

Fondsanteile nicht beeinflusst werden (vgl. Schmitz in B/S/L, InvG/InvStG, § 43 InvG Rz. 58). In seiner steuerrechtlichen Bedeutung sollen durch die steuerliche Umqualifizierung der Ertragsausgleichsbeträge die auf den einzelnen Investmentanleger entfallenden steuerbaren Erträge pro Anteil auch bei Rück- oder Ausgabe weiterer Fondsanteile konstant bleiben. Hierdurch werden steuerrechtliche Verzerrungen auf Seiten der Altanleger bei Veränderungen im Anteilsumlauf vermieden (vgl. Berger in B/SL, InvG/InvStG, § 9 InvStG Rz. 15; Schönbach in Haase, InvStG, § 9 Rz. 1, 30 ff.).

Auch aus § 5 Abs. 2 S. 2 InvStG geht hervor, dass das Investmentsteuerrecht nicht strikt an die Durchführung eines investmentrechtlichen Ertragsausgleichsverfahrens anknüpft. Nach dieser Vorschrift darf sich der Aktiengewinn pro Investmentanteil durch den An- und Verkauf von Investmentanteilen nicht ändern. Losgelöst von investmentrechtlichen Vorgaben ordnet die Norm die Berechnung eines Ertragsausgleichs für die rein steuerliche Ermittlung des Aktiengewinns an (vgl. Berger in B/S/L, InvG/InvStG, § 9 InvStG Rz. 16; Schönbach/Welzel, Internationales Steuerrecht – IStR – 2009, 675, 677; Ebner/Helios, BB 2010, 1565, 1574). Sie verkörpert damit ein spezifisch investmentsteuerrechtliches Verständnis des Ertragsausgleichs. 74

c) Der Einbeziehung der Ertragsausgleichsbeträge in den Zwischengewinn auf Grundlage von § 9 InvStG steht im Streitfall auch nicht entgegen, dass die ausschüttungsgleichen Erträge des Geschäftsjahres 2008/2009 im Gegensatz zu den Zwischengewinnen zunächst ohne Ertragsausgleichsbeträge ermittelt und bekannt gemacht wurden. 75

Die Bekanntmachung der Besteuerungsgrundlagen für den Fonds hat keine Bindungswirkung für die steuerliche Behandlung bei dem Anteilseigner (hierzu unter aa)). Eine unterlassene Anwendung des Ertragsausgleichsverfahrens bei der Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge wirkt auch nicht auf die steuerliche Berücksichtigung der Zwischengewinne zurück (hierzu unter bb)). 76

aa) Die zunächst im elektronischen Bundesanzeiger erfolgte Bekanntmachung der ausschüttungsgleichen Erträge des Fonds ohne Ertragsausgleichsbeträge hat auf die steuerliche Beurteilung der von dem Kläger gezahlten Zwischengewinne ebenso wenig Auswirkung wie die zum Ende des Geschäftsjahres 2009/2010 erfolgte Veröffentlichung korrigierter Beträge. 77

Die formelle Bekanntmachung der Besteuerungsgrundlagen der Investmentgesellschaft auf Grundlage von § 5 Abs. 1 S. 1 InvStG entfaltet für die Besteuerung der Anteilseigner keine Bindungswirkung (vgl. Kotzbacher in Haase, InvStG, § 5 Rz. 144). Sowohl der Anteilseigner als auch das veranlagende Finanzamt haben die Möglichkeit, die Richtigkeit anderer als der bekannt gemachten Besteuerungsgrundlagen nachzuweisen. Fehlerhafte Beträge sind bei bereits erfolgter Veranlagung nach den allgemeinen steuerlichen Korrekturvorschriften z.B. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO zu berichtigen (vgl. Lübbehüsen in B/S/L, InvG/InvStG, § 5 Rz. 172; Lauer mann in Blümich, InvStG, § 5 Rz. 57). 78

Bereits mangels Bindungswirkung für die Einkommensteuerveranlagung des Klägers kann eine Bekanntmachung der ausschüttungsgleichen Erträge ohne Ertragsausgleichsbeträge damit nicht zu einer Versagung der steuerlichen Berücksichtigung der gezahlten Zwischengewinne führen. 79

bb) Die steuerliche Berücksichtigung der vom Kläger gezahlten Zwischengewinne mitsamt Ertragsausgleichsbeträgen als negative Kapitaleinnahmen ist auch nicht deshalb zu versagen, weil in die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge zum Geschäftsjahresende 80

2008/2009 des Fonds Ertragsausgleichsbeträge nicht eingeflossen sind.

Die Einbeziehung der Ertragsausgleichsbeträge in den Zwischengewinn leitet sich daraus ab, 81
dass die zwischengewinnrelevanten Erträge des Investmentvermögens eine unterjährig
abgegrenzte Teilmenge der einzelnen Beträge darstellen, die in den ausgeschütteten und
ausschüttungsgleichen Erträgen enthalten sind, und denen gemäß § 9 InvStG die auf sie
entfallenden Ertragsausgleichsbeträge gleichgestellt werden. Diese steuersystematische
Teilidentität der zwischengewinnrelevanten und der ausschüttungsgleichen Erträge gebietet
zugleich eine Kontinuität hinsichtlich der Einbeziehung von Ertragsausgleichsbeträgen in die
Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG. Die Zwischengewinne
und die ausschüttungsgleichen Erträge müssen entweder insgesamt mit oder insgesamt
ohne Ertragsausgleichsbeträge ermittelt werden. Eine methodisch abweichende Ermittlung
des bei Erwerb der Anteile gezahlten Zwischengewinns als „Vorauszahlung“ auf die zum
Geschäftsjahresende zuzurechnenden Fondserträge würde demgegenüber zu
systemwidrigen Verzerrungen zwischen den Besteuerungsgrundlagen des § 2 Abs. 1 S. 1
InvStG führen.

Da die Entscheidung für oder gegen die Anwendung des Ertragsausgleichsverfahrens der 82
jeweiligen Investmentgesellschaft überlassen ist, leitet sich aus dieser
Grundsatzentscheidung zugleich ab, ob die Besteuerungsgrundlagen des § 2 Abs. 1 S. 1
InvStG gemäß § 9 InvStG kontinuierlich mit oder ohne Ertragsausgleichsbeträge zu ermitteln
sind. An dieser Entscheidung muss sich die Investmentgesellschaft festhalten lassen.
Werden dementsprechend Zwischengewinne im laufenden Geschäftsjahr mit
Ertragsausgleichsbeträgen ermittelt (und bekannt gemacht), ist diese Handhabung zwingend
auch für die übrigen Besteuerungsgrundlagen i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG fortzuführen.
Bleibt das Ertragsausgleichsverfahren demgegenüber entgegen der Grundsatzentscheidung
des Investmentvermögens bei der Ermittlung einzelner Ertragskennzahlen unberücksichtigt,
sind der Besteuerung vorbehaltlich verfahrensrechtlicher Korrekturmöglichkeiten insoweit
korrigierte Werte zugrunde zu legen, die sich bei Anwendung des
Ertragsausgleichsverfahrens ergeben.

Die gegenteilige Auffassung des Beklagten, bei einer nicht kontinuierlichen Durchführung des 83
Ertragsausgleichs sei dessen steuerliche Anerkennung insgesamt zu versagen mit der
weitergehenden Folge, dass gezahlte Zwischengewinne insgesamt nicht als negative
Kapitaleinnahmen zu erfassen seien, findet in der im Streitjahr gültigen Fassung des InvStG
keine Grundlage. § 9 InvStG lässt sich lediglich die positive Vorgabe entnehmen, ermittelte
Ertragsausgleichsbeträge in die relevanten Besteuerungsgrundlagen einzubeziehen. Für eine
Versagung der Berücksichtigung zulässigerweise ermittelter Ertragsausgleichsbeträge bietet
die Norm keinen erkennbaren Anknüpfungspunkt (FG Düsseldorf, Zwischenurteil vom
17.8.2017 14 K 3722/13, EFG 2018, 46-51). Die durch JStG 2010 in § 2 Abs. 5 InvStG
eingeführte gesetzliche Einschränkung, wonach negative Kapitalerträge aus
Zwischengewinnen nur berücksichtigt werden dürfen, wenn das Investmentvermögen einen
Ertragsausgleich durchführt, ist für das Streitjahr noch nicht anzuwenden (vgl. § 18 Abs. 1 S.
1 InvStG i.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 – UntStRefG 2008 – vom
14.8.2007, BGBl I 2007, 1912), zumal hier auch nur die bisherige Verwaltungsauffassung
kodifiziert wurde (Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann, InvStG, 1. Aufl. 2016, § 1 Rn. 289).

Hiernach hatte die Berechnung der ausschüttungsgleichen Erträge ohne Ertragsausgleich 84
keine Auswirkung auf die steuerliche Beurteilung der vom Kläger gezahlten
Zwischengewinne. Aus dem Platzierungsmemorandum des Fonds ergibt sich die
Grundsatzentscheidung für die Durchführung des Ertragsausgleichs. Diese Entscheidung

wurde, was zwischen den Beteiligten unstreitig ist, bei der Berechnung der Zwischengewinne berücksichtigt und vollzogen. Entgegenstehende Feststellungen ergeben sich insoweit auch nicht aus dem Prüfungsbericht des BZSt. Aufgrund des sich hieraus ergebenden Gebots der kontinuierlichen Erfassung der Ertragsausgleichsbeträge in sämtlichen Besteuerungsgrundlagen i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG waren neben den Zwischengewinnen auch die ausschüttungsgleichen Erträge zum Geschäftsjahresende 2008/2009 unter Anwendung des Ertragsausgleichsverfahrens zu ermitteln. Dass der Fonds dies zunächst unterlassen hatte, führte insofern zu einem fehlerhaften, nämlich zu niedrigen Ansatz im Einkommensteuerbescheid des Klägers für 2009. Auf die steuerliche Beurteilung der im alleinigen Streitjahr 2008 gezahlten Zwischengewinne mit-samt Ertragsausgleichsbeträgen hat dieser fehlerhafte Ansatz jedoch keine Auswirkung.

3. Die hiernach dem Kläger im Streitjahr entstandenen negativen Kapitaleinnahmen i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Form gezahlter Zwischengewinne belaufen sich auf insgesamt 460.288,90 €.

Dieser Betrag, der sich aus den vorgelegten Abrechnungen der B-Bank ergibt, ist der Höhe nach zwischen den Beteiligten nicht streitig. Auch aus Sicht des Senats ergeben sich gegen dessen Ansatz keine Bedenken.

III. Das Gericht kann über die von der Klägerseite begehrte steuermindernde Berücksichtigung der gezahlten Zwischengewinne im Streitjahr 2008 nicht abschließend entscheiden, da die Sache nicht spruchreif ist.

Vor einer abschließenden Entscheidung ist durch den Beklagten vorgreiflich in einem gesonderten Feststellungsverfahren zu entscheiden, ob die gezahlten Zwischengewinne nicht ausgleichsfähige Verluste i.S.v. § 15b Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 2b EStG darstellen. Nach Rechtskraft des Zwischenurteils wird das hier anhängige Verfahren gemäß § 74 FGO auszusetzen sein (ausführlich: FG Düsseldorf, Urteil vom 17.08.2017, 14 K 3722/13 E, EFG 2018, 46).

IV. Die Revision gegen das Zwischenurteil wird gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO zur Fortbildung des Rechts zugelassen.

V. Eine Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten (vgl. Brandis in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 143 FGO Rz. 5).