
Datum: 10.12.2020
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 12. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 K 2675/16
ECLI: ECLI:DE:FGK:2020:1210.12K2675.16.00

Nachinstanz: Bundesfinanzhof, VIII R 24/21

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Tatbestand

1

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob bei der Ermittlung der Höhe des gesondert und einheitlich festzustellenden Veräußerungsgewinns im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 2 KStG die im Rahmen der Termingeschäfte geleisteten Barausgleichszahlungen einzubeziehen sind und der festzustellende Veräußerungsgewinn entsprechend zu mindern ist.

2

Die Klägerin ist ein Investmentfonds, der ausschließlich aus Spezial-Sondervermögen besteht (sogenannter Spezialfonds) und von der A GmbH verwaltet wurde. Der Fonds wurde am 00.00.2011 als neue Anteilsklasse E des Mantelfonds A1 aufgelegt und per 00.00.2011 aufgelöst (ISIN: ..., WKN: ...). Die insgesamt ... Anteile wurden von dem A2 (... Anteile) und von der B (... Anteile) als Anleger gehalten. Nach den „Besonderen Vertragsbedingungen“ des Mantelfonds, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Körperschaftsteuerakte), sollte das Geschäftsjahr am 01.07. beginnen und am 30.06. enden (vgl. § 33).

3

Die Klägerin gab für den Zeitraum ihres Bestehens insgesamt 3 Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 13 Abs. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 Investmentsteuergesetz (InvStG) ab, welche nach § 15 Abs. 1 Satz 3 InvStG einer gesonderten und einheitlichen Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleichstehen. In der Feststellungserklärung betreffend die Thesaurierung von Erträgen für das Geschäftsjahr vom 00.00.2011 bis zum 30.06.2011 erklärte sie einen Gesamtbetrag der

4

ausschüttungsgleichen Erträge in Höhe von ... € und nicht abziehbare Werbungskosten in Höhe von ... €; in derjenigen für das Geschäftsjahr vom 01.07.2011 bis zum 00.00.2011 einen Gesamtbetrag der ausschüttungsgleichen Erträge in Höhe von ... € und nicht abziehbare Werbungskosten in Höhe von ... €. Darüber hinaus reichte sie eine Feststellungserklärung über eine am 00.00.2011 erfolgte Zwischenausschüttung für die Zeit vom 01.07.2011 bis zum 00.00.2011 ein, in welcher sie ausgeschüttete Erträge in Höhe von ... € sowie darin enthaltene Veräußerungsgewinne i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 2 KStG in gleicher Höhe erklärte. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Steuererklärungen nebst Anlagen verwiesen (Körperschaftsteuerakte).

In der Zeit vom 00.00.2013 bis zum 00.00.2014 fand bei der Klägerin eine Betriebsprüfung (im Folgenden: BP) statt, welche laut BP-Bericht vom 26.06.2014, u.a. zu folgenden Feststellungen führte: 5

„2.2 Aktienforwards 6

2.2.1 Sachverhalt 7

Der Fonds hat in der Zeit seines Bestehens vom 00.00.2011 bis 00.00.2011 im Wesentlichen Aktienforward-Geschäfte getätigt. Dabei hat er Aktien einzelner Gesellschaften gekauft und sogleich wieder auf Termin zu einem geringfügig höheren Preis verkauft. Die Verträge über die Aktienverkäufe auf Termin (Aktienforwards) sahen die Möglichkeit vor, das Geschäft nicht durch Lieferung der Aktien, sondern durch Zahlung eines Geldbetrags (Barausgleich) zu erfüllen. Der Barausgleich entsprach der Differenz zwischen dem Forward-Preis der Aktie zum Zeitpunkt der Erfüllung und dem ursprünglich vereinbarten Forward-Preis. Die Entscheidung, den Forward durch Lieferung der Aktien oder durch Barausgleich zu erfüllen, hing von der Entwicklung des Kurses der jeweiligen Aktie ab: 8

- Bei fallenden Kursen wurde der Forward durch Lieferung der Aktien erfüllt. In diesem Fall erzielte der Fonds einen geringfügigen Gewinn. 9

- Bei steigenden Kursen wählte der Fonds den Barausgleich. Gleichzeitig wurden die Aktien anderweitig verkauft, wodurch der Kursgewinn realisiert wurde. Die Barausgleichszahlungen wurden als Verluste aus Termingeschäften verbucht. 10

Bei allen Geschäften war der Kontrahent des Aktienforwards zugleich auch Verkäufer und Käufer der Aktien. 11

Die Barausgleichszahlungen betrugen im ersten Geschäftsjahr ... € und im zweiten Geschäftsjahr ... € (Werte ohne Ertragsausgleich). Die einzelnen Geschäfte sind in den Anlagen 1 und 2 aufgelistet. [...] 12

Das Fondsvermögen hat sich zwischen Auflegung und Auflösung wie folgt entwickelt: 13

Fondsvermögen bei Auflösung	... €	14
zzgl. Zwischenausschüttung	... €	
zzgl. Mittelabflüsse	... €	
Summe	... €	

abzgl. Fondsvermögen bei Auflegung	-... €
Vermögensminderung	-... €

2.2.2 Rechtliche Würdigung durch die Betriebsprüfung 15

2.2.2.1 Zusammenfassung der Geschäfte als wirtschaftliche Einheit 16

Gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 bis 4 InvStG erzielen Investmentvermögen Kapitalerträge, Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sonstige Erträge und Gewinne aus Veräußerungsgeschäften. Die Kapitalerträge umfassen alle Kapitalerträge i.S.d. § 20 Abs. 1 und 2 EStG (Rz. 14 des BMF-Schreibens vom 18.08.2009 BStBl. 2009 I S. 931). Veräußert das Investmentvermögen Aktien, so erzielt es Erträge i.S. des § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG, Barausgleichszahlungen sind grundsätzlich negative Erträge aus Termingeschäften i. S. des § 20 Abs. 2 Nr. 3a EStG; diese beiden Ertragsarten können nicht verrechnet werden, weil sie beim Anleger unterschiedliche Rechtsfolgen haben. Dieser Grundsatz der getrennten Beurteilung gilt jedoch nicht, wenn Geschäfte aufgrund der vertraglichen Vereinbarung und der verfolgten Zielsetzung auf besondere Weise miteinander verbunden sind (Urteil des FG Düsseldorf vom 12.06.2012, 6 K 2435/09 K, EFG 2012 S. 2055). Dies gilt hier für die Barausgleichszahlungen zur Beendigung der Aktienforwards und die Aktienverkäufe. Ziel der Anlagestrategie des Fonds war es, entweder durch Erfüllung der Aktienforwards durch Lieferung der Aktien risikolos einen geringen Ertrag zu erwirtschaften oder ebenfalls risikolos eine wesentlich höhere Rendite durch die steuerliche Abzugsfähigkeit der Barausgleichszahlungen bei gleichzeitiger Steuerfreiheit des Aktienveräußerungsgewinns zu erzielen. Risikolos ließ sich dies nur realisieren durch Verkauf der Aktien gleichzeitig mit der Barausgleichszahlung. 17

Der Fonds war zwar rechtlich nicht zum Verkauf der Aktien nach Beendigung der Forwards durch Barausgleichszahlung verpflichtet, wirtschaftlich aber zum Verkauf gezwungen, um die Anlagestrategie zu verwirklichen. Durch die Beendigung des Forwards waren die betreffenden Aktien nicht mehr gegen Kursverluste abgesichert, so dass ein Verkauf zur Risikovermeidung unvermeidlich war. 18

Hinzu kommt, dass durch die Barausgleichszahlungen Verluste in erheblicher Höhe entstanden waren. Nur durch den zeitgleichen Verkauf der Aktien konnten diese Verluste sicher ausgeglichen werden. 19

Es handelt sich also wirtschaftlich betrachtet um einheitliche Geschäfte, die auf den Verkauf der Aktien gerichtet waren. Der Verkauf der Aktien war von Anfang an beabsichtigt, weil nur dadurch der gewünschte steuerliche Vorteil erzielt werden konnte. Tatsächlich sind die Aktien auch in jedem Fall verkauft worden, und zwar immer an den Kontrahenten des Forwards, was für einen von Anfang an feststehenden Ablauf spricht. 20

Wirtschaftlich rechnen sich die Geschäfte für das Investmentvermögen nur, wenn die Aktien zeitgleich mit den Barausgleichszahlungen verkauft werden, beide Geschäfte sind demgemäß als Einheit anzusehen. 21

2.2.2.2 Überschusserzielungsabsicht 22

Tatsache ist, dass nicht die Absicht bestanden hat, auf Ebene des Fonds positive Erträge aus Termingeschäften i.S. des § 20 Abs. 2 Nr. 3a EStG zu erzielen. Dies ergibt sich daraus, dass 23

nur bei steigenden Aktienkursen die Beendigung der Forwards durch Barausgleich gewählt worden ist, nie bei fallenden Aktienkursen. Es stellt sich die Frage, ob diese Tatsache steuerlich von Bedeutung ist. Diese Frage ist aus Sicht der Betriebsprüfung zu bejahen.

Gewinne bzw. Verluste aus Termingeschäften liegen vor, wenn alle Tatbestandsmerkmale des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG erfüllt sind, also die objektiven und die subjektiven. Und subjektives Tatbestandsmerkmal ist, dass die Absicht besteht, aus der jeweiligen Kapitalanlage einen Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen. 24

Weil der Fonds seine Erträge als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten ermittelt, kann und muss geprüft werden, ob eine Überschusserzielungsabsicht besteht oder nicht. Diese kann nicht auf Ebene des Fonds vorliegen, weil der Fonds keine Organe hat, in denen natürliche Personen Absichten hegen können. Aber die Überschusserzielungsabsicht kann und muss auf Ebene der Kapitalanlagegesellschaft und auf Ebene des Anlegers vorliegen. 25

Im vorliegenden Fall stellt es sich so dar, dass die Anlagestrategie zum Ziel hatte, risikolos nach Maßgabe des § 8b KStG beim Anleger steuerfreie Aktiengewinne zu generieren mit der Folge gleichzeitiger Verluste aus Termingeschäften in korrespondierender Höhe. Notwendige Folge der Anlagestrategie war also, dass keinesfalls Gewinne, sondern im Gegenteil Verluste aus Termingeschäften erzielt wurden. Es bestand somit von Anfang an nicht die Absicht, aus Termingeschäften Überschüsse der Einnahmen über die Werbungskosten i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG zu erzielen. 26

Umgesetzt wurde diese Anlagestrategie dann im Fonds, d.h. die fehlende Überschusserzielungsabsicht im Hinblick auf Termingeschäfte i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG bzw. die Verlusterzielungsabsicht hat sich auf Fondsebene manifestiert. 27

Die Überschusserzielungsabsicht bezogen auf Termingeschäfte i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG war bereits bei Abschluss der Forwards nicht gegeben. 28

Der Forward ist zunächst einmal nichts anderes als ein Aktienverkauf, bei dem Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zeitlich auseinanderfallen. Tritt keine weitere Bedingung ein, so führt er beim Fonds zu einem Veräußerungsgewinn aus Wertpapieren. Bezogen auf diesen Veräußerungsgewinn i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG ist die Überschusserzielungsabsicht auch von Anfang an gegeben. 29

Tritt jedoch die Bedingung ein, dass einer der Kontrahenten den Barausgleich wählt, so kommt es nicht zur Lieferung der Aktien, sondern zur Zahlung eines Differenzausgleichs i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG, also zu einem Gewinn bzw. Verlust aus einem Termingeschäft. Im vorliegenden Fall stand wegen der Anlagestrategie bereits bei Abschluss des Forwards fest, dass es -sollte die Bedingung eintreten- zu einem Verlust aus einem Termingeschäft kommt. 30

Zusammengefasst lässt sich zu den Aktienforwards im vorliegenden Fall sagen, dass entweder 31

- ein geringer Gewinn aus dem Verkauf der Aktien oder 32

- ein hoher Verlust aus dem Barausgleich erzielt werden sollte. 33

Wenn nun also von vornherein bezogen auf Termingeschäfte keine Überschusserzielungsabsicht bestand, so sind die objektiven und subjektiven 34

Tatbestandsmerkmale der Vorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG in der Summe nicht erfüllt und der Fonds erzielt durch die Barausgleichszahlungen keine -negativen- Kapitalerträge gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG.	
Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Überschusserzielungsabsicht bei einem Investmentfonds nie eine Rolle spielen sollte, wenn sie doch wie hier relevant sein kann.	35
Letztlich führen diese Überlegungen zum gleichen Ergebnis, zu dem auch das FG Düsseldorf gelangt (siehe Tz. 2.2.2.1). Einen Überschuss erzielt der Fonds aus den Aktienforward-Geschäften, wenn der Gewinn aus dem Verkauf der Aktien einbezogen wird, d.h. auch hier sind durch Barausgleich beendeter Aktienforward und Verkauf der Aktien als wirtschaftliche Einheit zu betrachten.	36
Wenn der Fonds keine negativen Erträge hat, so hat er dennoch Aufwendungen, nämlich die Barausgleichszahlungen. Einen steuerlich unbeachtlichen Bereich der privaten Lebensführung wie ein Privatanleger hat der Fonds nicht. Wenn die Aufwendungen also nicht negative Erträge gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG sind, können es nur Werbungskosten sein.	37
Gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbsatz InvStG ist bei Werbungskosten des Investmentvermögens zu prüfen, ob sie mit Einnahmen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. In Betracht kommen die Einnahmen, die der Fonds aus dem Verkauf der Aktien unmittelbar im Anschluss an die Erfüllung des Termingeschäfts durch Barausgleichszahlung erzielt hat.	38
Der Fonds hat die Zahlungen geleistet, um die im Kurs gestiegenen Aktien nicht zum vorher festgesetzten Preis liefern zu müssen, wodurch er nur einen geringen Gewinn erzielt hatte. Erst durch die Barausgleichszahlungen ist er in die Lage versetzt worden, die Kursgewinne durch anderweitigen Verkauf zu realisieren. Somit besteht ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Zahlungen und den Gewinnen aus den Aktienverkäufen, weil diese ohne die Zahlungen nicht möglich gewesen wären. Es sind Aufwendungen zur Ermöglichung der Gewinne aus dem anschließenden Verkauf der Aktien.	39
2.2.2.3 Anwendung des § 42 Abgabenordnung (AO)	40
Bedenklich ist hier, dass die vom Gesetzgeber vorgenommenen Wertungen ausgenutzt werden, um einen steuerlichen Vorteil aus einem Vorgang zu ziehen, der wirtschaftlich keine Erträge bringt.	41
Ein Gestaltungsmissbrauch i.S. von § 42 AO ist gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die -gemessen an dem erstrebten Ziel- unangemessen ist. Laut § 25 Abs. 1 der Besonderen Vertragsbedingungen des A1 erfolgt die Auswahl der Werte für das Sondervermögen mit der Zielsetzung, gute Ertrags- und Wachstumschancen in einem ausgewogenen Portefeuille miteinander zu verbinden. Tatsächlich ist aber nicht entsprechend dieser Zielsetzung gehandelt worden. Erträge sind, gemessen an der Höhe des eingesetzten Vermögens von ... €, nur in minimaler Höhe angefallen und deckten noch nicht einmal die laufenden Aufwendungen; Wachstumschancen bestanden bei den Aktieninvestments keine, weil die Aktien gegen Kursverluste abgesichert wurden und dies mit dem Verzicht auf Kurschancen einherging.	42
Es wurde also eine Gestaltung gewählt, mit der das Anlageziel gar nicht erreicht werden konnte und auch nicht erreicht wurde. Gegen die Wirtschaftlichkeit spricht zudem, dass eine Performance Fee vereinbart worden ist, deren Höhe nur vom erwirtschafteten positiven	43

Aktiengewinn und nicht vom Gesamterfolg des Investmentvermögens abhing; der Anteil dieser Performance Fee an den gesamten Aufwendungen betrug 53,05% im Geschäftsjahr 00.00.2011 bis 30.06.2011 und 68,89% im Geschäftsjahr 01.07.2011 bis 00.00.2011. Durch diese Performance Fee wurden die ohnehin geringen Erträge aus den Aktienforwards aufgezehrt. Insgesamt hat sich das Fondsvermögen vermindert (siehe Tz. 2.2.1.).

Eine rechtliche Gestaltung ist weiter dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (BFH-Urteil vom 17.12.2003 IX R 56/03, BStBl II 2004, 648, m.w.N.). 44

Wirtschaftliches Ziel sind Erträge aus der Anlage des Vermögens und Wachstum desselben (s.o.). Der Gesetzgeber setzt dabei voraus, dass Kapitalerträge i.S. des § 20 Abs. 1 und 2 EStG, Mieten und Pachten, Gewinne aus Veräußerungs-geschäften und sonstige Erträge erzielt werden, wobei die einzelnen Erträge durchaus negativ sein können (§ 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG Rz. 14 und 15 des BMF-Schreibens vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, S. 931). Der Gesetzgeber geht in jedem Fall davon aus, dass ausschüttungsfähige Erträge und Wertsteigerungen zumindest angestrebt werden. Diese Erträge und Wertsteigerungen sind dann nach Maßgabe des InvStG und der übrigen Steuergesetze beim Anleger steuerpflichtig, steuerfrei oder nichtsteuerbar. 45

Im vorliegenden Fall aber werden signifikante Erträge und Wertsteigerungen gar nicht angestrebt. Der wirtschaftliche Vorteil für den Anleger resultiert einzig und allein aus dem Steuereffekt, der sich aus der Anwendung des § 8b Abs. 2 KStG auf die Aktienveräußerungsgewinne ergibt. Es wird ein Vorgang, der monetär vergleichsweise zum eingesetzten Kapital nur eine geringe Auswirkung hat, nämlich Kauf und Verkauf von Aktien zum annähernd gleichen Preis, künstlich in zwei Vorgänge aufgespalten, die unterschiedliche Einkünftebestände erfüllen sollen mit unterschiedlichen steuerlichen Folgen beim Anleger. Ohne diese künstliche Aufspaltung wären Aktienveräußerungsgewinne nur in geringer Höhe angefallen, was auch dem wirtschaftlichen Ergebnis und dem wirtschaftlich Gewollten entspricht. Dem wirtschaftlich Gewollten entspricht das Ergebnis, weil jedes Aktienkursrisiko ausgeschlossen werden sollte. Dies ist daran ersichtlich, dass die Aktien sofort nach vorzeitiger Beendigung des Forwards und damit einhergehendem Wegfall der Kurssicherung verkauft worden sind. 46

Die Anlagestrategie konnte nicht hohe Aktienveräußerungsgewinne zum Ziel haben, weil sich solche grundsätzlich nicht ohne Risiko erzielen lassen. Dann ist es aber auch nicht gerechtfertigt, hohe Aktienveräußerungsgewinne steuerfrei zu stellen. 47

Den umgekehrten Fall von Aktienverlusten und Gewinnen aus Termingeschäften würde die Finanzverwaltung nicht aufgreifen, weil daraus kein ungerechtfertigter Steuervorteil resultiert. 48

Der genannte wirtschaftliche Grund, es seien immerhin Verluste vermieden worden, ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse unbeachtlich. Eine ähnlich sichere Geldanlage, die zudem noch Erträge abgeworfen hätte, hätte sich einfacher und unkomplizierter durch andere Anlageformen realisieren lassen, z.B. am Rentenmarkt. Ziel des Investments sollte das Erzielen von Erträgen und das Realisieren von Wachstumschancen sein, nicht die bloße Sicherung des Vermögens. 49

Es ist weiter nicht einzusehen, warum auf Ebene des Anlegers ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO ausgeschlossen sein sollte. 50

Bei Spezialfonds hat der Anleger die Möglichkeit, auf die Anlagestrategie des Fonds Einfluss zu nehmen, Anleger- und Fondsebene sind keinesfalls strikt voneinander getrennt. So hat hier die Kapitalanlagegesellschaft das Gestaltungsmodell ersonnen und dem Anleger zur Beurteilung vorgelegt. Die Entscheidung, die Gestaltung in die Tat umzusetzen, hat der Anleger getroffen. Der dem InvStG innewohnende Transparenzgedanke bedeutet insofern jedenfalls nicht, dass der Fonds eine Abschirmwirkung hat. 51

Anders ausgedrückt hat der Anleger im vorliegenden Fall viel mehr getan, als nur Fondsanteile zu erwerben. Der Gestaltungsmissbrauch ist auf Anlegerebene beschlossen und auf Fondsebene umgesetzt worden. 52

2.2.3 Fazit 53

Die Barausgleichszahlungen werden mit den Aktienveräußerungsgewinnen verrechnet.“ 54

Darüber hinaus änderte die BP die Kostenzuordnung der Performance Fee, wodurch weniger Kosten den Zinserträgen als ausschüttungsgleiche Erträge zugeordnet wurden (Tz. 2.3 und 2.4 des BP-Berichts). 55

Bezogen auf die Zwischenausschüttung am 00.00.2011 ergab sich laut Tz.2.4 des BP-Berichts, auf die wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, eine Verminderung der Aktienveräußerungsgewinne wie folgt: 56

Veräußerungsgewinne bisher:	... €	57
abzgl. Barausgleichszahlungen	- ... €	
abzgl. Performance Fee	- ... €	
Differenz	... €	
Vortrag	-... €	
Ausschüttbar	... €	

Dabei ermittelte sich der Vortrag wie folgt: 58

Veräußerungsgewinne zum 30.06.2011 bisher	... €	59
abzgl. Barausgleichszahlungen	-... €	
abzgl. Performance Fee	-... €	
Differenz	-... €	

Zudem ergab sich durch die Verrechnung der Barausgleichszahlungen mit den Aktienveräußerungsgewinnen und die veränderte Zuordnung der Performance Fee eine Minderung der Aktienveräußerungsgewinne, die bislang die Ausschüttung abgedeckt hätten, folgende Substanzausschüttung: 60

Betrag der Ausschüttung	... €
abzgl. ausschüttbare Zinsen	- ... €
abzgl. Veräußerungsgewinne Aktien	- ... €
abzgl. ausschüttbarer Vortrag Zinsen	- ... €
Differenz gleich Substanzausschüttung	... €

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den BP-Bericht vom 26.06.2014 nebst Anlagen verwiesen.

62

Der Beklagte erließ aufgrund der Feststellungen der BP am 15.12.2014 nach § 164 Abs. 2 AO geänderte Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung nach § 13 Abs. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 InvStG und hob gleichzeitig den Vorbehalt der Nachprüfung auf. Die ausschüttungsgleichen Erträge bis zum 30.06.2011 stellte er aufgrund der verringerten Zuordnung der Performance-Fee entsprechend Tz. 2.4 des BP-Berichts auf ... € (zuvor: ... €) und die nicht abziehbaren Werbungskosten auf ... € (zuvor: ... €); die ausschüttungsgleichen Erträge bis zum 00.00.2011 auf ... € (zuvor: ... €) und die nicht abziehbaren Werbungskosten auf ... € (zuvor: ... €) fest. In dem Feststellungsbescheid betreffend die Zwischenausschüttung vom 00.00.2011 setzte er als Gesamtbetrag der ausgeschütteten Erträge insgesamt ... € (zuvor: ... €, nunmehr gemindert um ausschüttungsgleiche Erträge des Vorjahres in Höhe von ... € und die Substanzausschüttung in Höhe von ... €) als Veräußerungsgewinne i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 2 KStG ... € (zuvor: ... €) und als Erträge i.S.d. § 2 Abs. 2a InvStG ... € fest.

63

Mit dem hiergegen fristgerecht erhobenen Einspruch wandte sich die Klägerin gegen die seitens der BP vorgenommene Verrechnung von Barausgleichszahlungen mit Aktienveräußerungsgewinnen (Tz. 2.2 des BP-Berichts) und die geänderte Zuordnung der Performance- Fee (Tz. 3.3 des BP-Berichts). Es treffe nicht zu, dass bei allen Geschäften der Kontrahent der Aktienforwards zugleich auch Verkäufer und Käufer der Aktien gewesen sei. Verkäufer und Käufer der Aktien sei das Trading Desk des D AG & Co KG gewesen. Die Aktienforwards seien hingegen mit einer dritten Partei abgeschlossen worden. In rechtlicher Hinsicht dürfe bezüglich der Aktienforwards keine Zusammenfassung der Geschäfte als wirtschaftliche Einheit erfolgen. Die Erträge des Investmentvermögens würden nach § 3 Abs. 1 InvStG ermittelt, der wiederum festlege, dass die Erträge nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG ermittelt würden. Im Falle der Veräußerung von Aktien erziele das Investmentvermögen daher Gewinne i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG. Die Zahlung eines Barausgleiches stelle hingegen einen Verlust aus einem Veräußerungsgeschäft i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG dar und sei daher grundsätzlich nicht bei dem Gewinn aus der Veräußerung von Aktien zu berücksichtigen. Eine Zusammenfassung von mehreren Geschäften zu einer wirtschaftlichen Einheit sei bei der Ermittlung der Einkünfte nach § 20 EStG nicht vorgesehen. Dies werde auch durch das BMF-Schreiben vom 18.08.2009 gestützt, wonach die Gewinne und Verluste aus Termingeschäften in andere Verrechnungskategorien fallen würden als diejenigen aus der Veräußerung von Aktien. Es entspreche daher sowohl der gesetzlichen Konzeption als auch der Verwaltungsauffassung, dass der Barausgleich zu Verlusten aus einem Termingeschäft führe und nicht als Aufwendung bei der Ermittlung des Aktiengewinns zu berücksichtigen sei. Bei einem Investmentfonds würde es zudem nicht auf eine Überschusserzielungsabsicht ankommen, da dieser keine Einkünfte erziele, sondern

64

seine Erträge mittels Überschussrechnung nach § 3 Abs. 1 InvStG ermitteln würde. Die Rechtsprechung zum Erfordernis der Überschusserzielungsabsicht sei überdies nicht anwendbar, da sie Fälle vor Einführung des Abgeltungssteuerverfahrens betreffe. Im Übrigen hätte die fehlende Überschussabsicht nur zur Folge, dass die Verluste steuerlich unbeachtlich seien; dies könne aber nicht dazu führen, dass die Verluste aus Termingeschäften umzuqualifizieren und im Rahmen eines anderen Einkünftebestands zu berücksichtigen seien. Schließlich liege auch kein Gestaltungsmissbrauch vor. Es sei bereits nicht erkennbar, worin die missbräuchliche Gestaltung liegen solle. Der Gesetzgeber selbst gehe davon aus, dass zur Absicherung von Wertpapiereinkäufen bedingte oder unbedingte Termingeschäfte abgeschlossen werden könnten. Es sei auch nicht unangemessen, das Termingeschäft durch einen Barausgleich zu beenden und die Aktien am Markt zu veräußern; eine steueroptimale Nutzung der Termingeschäftsverluste erscheine nicht bedenklich. Der Steuervorteil ergebe sich vorliegend aus den vom Gesetzgeber und BMF vorgenommenen Wertungen. Es liege daher auch kein Fall eines gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteils vor. Auch habe es für das Vorgehen wirtschaftliche Gründe, nämlich die Absicherung des Aktienportfolios gegen Kursverluste, gegeben. Dadurch seien zwar Chancen verloren gegangen, aber auch Risiken vermindert worden. Im Übrigen sei zu beachten, dass der Anleger selbst nicht Gegenstand der BP gewesen und die Aussage, der Gestaltungsmissbrauch sei auf Anlegerebene beschlossen und auf Fondsebene umgesetzt worden, mithin nicht haltbar sei. Schließlich liege auch eine Beschwer vor. Diese ergebe sich insbesondere daraus, dass durch die Verrechnung der Verluste aus Termingeschäften mit Gewinnen aus Aktienverkäufen im Ergebnis eine Substanzausschüttung ausgewiesen werde, welche bei den Feststellungsbeteiligten zu einer Minderung ihrer Anschaffungskosten führen würde. Die Minderung bewirke wiederum eine entsprechende Erhöhung des Veräußerungsgewinns bei einer späteren Rückgabe der Anteile. Da der zusätzliche Veräußerungsgewinn nicht nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigt sei, bewirke die Feststellung der BP im Ergebnis eine zusätzliche Belastung und damit eine Beschwer.

Der Beklagte wies im Rahmen der Erörterung des Einspruchs darauf hin, dass der Klägerin zwar dahingehend zuzustimmen sei, dass die Barausgleichszahlungen als negative Erträge aus Termingeschäften nach § 20 Abs. 2 Nr. 3a EStG grundsätzlich nicht mit Erträgen aus der Veräußerung von Aktien nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG zu verrechnen seien. Allerdings werde mit der BP die Auffassung vertreten, dass die vorzeitig beendeten Aktien-Forwards und die gleichzeitig mit der Beendigung getätigten Verkäufe der Aktien als wirtschaftliche Einheit anzusehen seien und daher im vorliegenden Fall eine Ausnahme von diesem Grundsatz geboten sei. Hinsichtlich der Frage, an wen die Aktien nach vorzeitigem Closing verkauft worden seien, sei festzustellen, dass die Verkäufe des Fonds zwar über das Trading Desk, also die Handelsplattform, des D abgewickelt worden seien. Dies besage aber nichts über die Person des Käufers der Aktien. Vielmehr hätte die Strategie der Aktien-Forward-Geschäfte vorgesehen, dass die Aktien auch bei vorzeitiger Beendigung der Forward gegen Zahlung eines Barausgleichs im Wege eines zweiten Rechtsgeschäfts an den jeweiligen Kontrahenten des Forwards zu liefern gewesen seien. Dies ergebe sich aus einer Präsentation der A GmbH vom 00.00.2009 (dort S. 11, Rechtsbehelfsakte), in welcher die Strategie vorgestellt worden sei. Auch sei aus den Buchhaltungsdaten des Fonds ersichtlich, wer bei Kauf und Verkauf der Aktien jeweils Broker gewesen sei. Danach sei bei allen Aktien-Forwards mit vorzeitigem Closing der Broker bei Kauf und Verkauf der Aktien identisch mit dem Kontrahenten gewesen. Es sei damit in jedem Fall zu einer Lieferung der Aktien an den Kontrahenten gekommen, was als Teil der Strategie von Anfang an festgestanden habe. Die Geschäfte seien einheitlich darauf gerichtet gewesen, die Aktien vom Kontrahenten zu kaufen und an diesen zurück zu verkaufen und würden somit insgesamt zu Erträgen i.S.d. § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG führen.

Der Beklagte stellte das Einspruchsverfahren mit Zustimmung der Klägerin bezüglich der Zuordnung der Performance-Fee (Tz. 2.3 des BP-Berichts) im Hinblick auf ein anhängiges BFH-Verfahren ruhend und wies den Einspruch im Übrigen mit Teil-Einspruchsentscheidung vom 14.09.2016 als unbegründet zurück. Der Einsatz von Aktien- und Termingeschäften, die in der Gesamtheit eine sichere geringfügige Rendite für den Einsetzenden garantieren würden (sog. »Kopplungsgeschäfte" bzw. „Kombinationsgeschäfte“) sei ein Modell zur „Steuroptimierung" (so auch Völker, DStR 5/2016 S. 265). Bei Kombinationsgeschäften handle es sich um den (nahezu) zeitgleichen Abschluss von zwei oder mehr selbständigen Geschäften, die wirtschaftlich aufeinander abgestimmt seien. Im vorliegenden Fall seien Aktien einzelner Gesellschaften gekauft und sogleich wieder auf Termin zu einem geringfügig höheren Preis verkauft worden. Sei der Kurs bis zum tatsächlichen Verkauf der Aktien gestiegen, habe man die im Kaufvertrag vorgesehene Option der Barausgleichzahlung des Differenzbetrages zwischen vertraglich vereinbartem und tatsächlich erzieltm Verkaufspreis ausgeübt, gleichzeitig die Aktien anderweitig veräußert und dadurch einen Kursgewinn erzielt. Diese Kursgewinne seien von der Klägerin als Gewinne aus der Veräußerung von Aktien (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei behandelt, die Barausgleichszahlungen hingegen als Verluste aus Termingeschäften (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a EStG) verbucht worden. Dies entspreche zwar der sog. „Zweivertragstheorie" des BFH, wonach Basis- und Sicherungsgeschäft getrennt zu würdigen seien. Diese zivilrechtlich separaten Geschäfte seien jedoch im vorliegenden Fall wirtschaftlich und insbesondere auch steuerlich zu einer Einheit zusammenzufassen. Auch nach dem Urteil des FG Düsseldorf vom 12.06.2012 (6 K 2435/09 K) gelte der Grundsatz der getrennten Beurteilung nicht, wenn Geschäfte -wie hier- aufgrund der vertraglichen Vereinbarung und der verfolgten Zielsetzung auf besondere Weise miteinander verbunden seien. So sei die Kursentwicklung des Basiswerts (Aktie) ab dem Zeitpunkt des parallelen Abschlusses der vorgenannten Termingeschäfte irrelevant gewesen, da diese jeweils gegenläufig auf die Werte der Kaufposition (Call-Option) und der Verkaufsposition (unbedingtes Termingeschäft) eingewirkt hätten. Letztlich sei zwar die konkrete Höhe des Ergebnisses des zukünftigen Aktiengeschäfts sowie des unbedingten Termingeschäfts bei Vertragsabschluss noch nicht absehbar gewesen, jedoch sei durch die möglichen Varianten zur Beendigung der Termingeschäfte ein Gewinn aus den Aktien losgelöst von deren Kursentwicklung erzielbar gewesen. In (nahezu) korrespondierender Höhe habe sich ein Verlust aus dem Sicherungsgeschäft ergeben (Verlust aus der Veräußerung/Glattstellung des unbedingten Termingeschäfts bei gestiegenen Kursen). Die wirtschaftliche Verknüpfung zwischen den Termingeschäften (Call-Option und Forward) und der Beteiligungen an Körperschaften ergebe sich auch aus dem Umstand, dass die einzelnen Geschäfte in ihren Teilschritten sowohl nach der Anlageplanung als auch nach den tatsächlichen Abläufen aufeinander abgestimmt seien und sich zur Erreichung der „sicheren Rendite" wechselseitig bedingen würden. Die Options- und Termingeschäfte seien von vornherein nur zur „Gegenfinanzierung" der Veräußerungsgeschäfte der Referenzaktien eingegangen worden. Bei den angetroffenen Sachverhalten trete der sich aus der „Zweivertragstheorie" des BFH ergebende Grundsatz der separaten steuerlichen Erfassung der einzelnen Transaktionen (Aktiengeschäfte, Call-Optionen, Forwards) für Zwecke der Fonds-Aktiengewinnermittlung in den Hintergrund. Die Verluste aus Termingeschäften seien infolge der wirtschaftlichen Zuordnung zu den Aktiengeschäften als negative Bestandteile i.S.d. § 8 Absatz 2 Satz 1 InvStG daher richtigerweise in die Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns i.S.d. § 5 Absatz 2 Satz 1 InvStG einbezogen worden. Allein die zeitliche Differenz zwischen Veräußerung der Call-Option und späterer Veräußerung der Aktien vermöge diese Verknüpfung nicht zu lösen. Hilfsweise müsse eine steuerliche Zuordnung von Verlusten aus Termingeschäften als Veräußerungskosten zu den Veräußerungsgewinnen aus Beteiligungen an Körperschaften erfolgen. Nach § 3 Absatz 3 InvStG seien Werbungskosten des Investmentfonds, die in

einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen, bei den jeweiligen Einnahmen (Kategorien) abzuziehen. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH würden die Veräußerungskosten von den laufenden Betriebsausgaben nicht (mehr) dadurch abgegrenzt, ob sie in „unmittelbarer sachlicher Beziehung“ zu den Veräußerungen stünden, sondern danach, ob ein Veranlassungszusammenhang bestehe. Abzustellen sei dabei auf das auslösende Moment für die Entstehung der Aufwendungen und ihrer größeren Nähe zur Veräußerung oder zum laufenden Gewinn. Die Verluste aus den Termingeschäften seien folglich nach § 3 Abs. 3 Satz 1 InvStG als Veräußerungskosten, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Grundgeschäft stehen (hier: Aktienkauf und -veräußerung) abzuziehen. Darüber hinaus habe entsprechend den Feststellungen der BP auf Ebene des Fonds nicht die Absicht bestanden, positive Erträge aus Termingeschäften i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG zu erzielen (mangelnde Überschusserzielungsabsicht) und es handle sich bei den vorliegenden Kopplungsgeschäften um einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i.S.d. § 42 AO. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Teil-Einspruchsentscheidung vom 14.09.2016 verwiesen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der vorliegenden Klage. Der Sachverhalt sei weitgehend unstreitig und unter Tz. 2.2.1 des Teil-Einspruchsbescheids vom 14.09.2016 dargestellt. Verkäufer und Käufer der Aktien sei allerdings entgegen der Darstellung des Beklagten als direkter Handelspartner der Klägerin das D (Trading Desk) gewesen. Das D habe zuvor die Aktien von einem Dritten (z.B. C) erworben. Die C als Dritter sei später der Kontrahent des Optionsgeschäfts (Aktienforward) gewesen. Es habe entgegen der insoweit aufgestellten Vermutung des Beklagten nicht von Anfang an festgestanden, dass beide Geschäfte zwingend und von vorneherein feststehend mit ein und demselben Kontrahenten stattfänden. Vielmehr hätten allein die Marktenge und die sich herausgebildeten Usancen dazu geführt, dass regelmäßig der Kontrahent der Geschäfte personenidentisch gewesen sei. Versuche, gegen den Markt andere Durchführungswege zu finden -mit unterschiedlichen Kontrahenten- seien nicht erfolgreich gewesen.

67

Eine zusammenfassende Betrachtung von Veräußerungs- und Termingeschäften komme nicht in Betracht. Nach § 3 Abs. 1 InvStG würden die Erträge des Investmentvermögens nach den Grundsätzen der Überschusseinkünfte gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 EStG ermittelt. Hierzu habe der BFH bereits in der Vergangenheit grundsätzlich festgehalten, dass es in diesem Bereich keine zusammenfassende Betrachtung gebe, sondern dass jede Kapitalanlage getrennt zu betrachten sei (ständige Rechtsprechung seit dem BFH-Urteil vom 24. März 1992 VIII R 12/89, BStBl II 1993, 18). Der Grund hierfür liege darin, dass zusammenfassende Betrachtungen („Bewertungseinheiten“) Ausflüsse des Realisations- und des Imparitätsprinzips seien, die beide im Bereich der Überschusseinkünfte keine Anwendung finden könnten. Etwas anderes ergebe sich für den Streitfall auch nicht aus dem Urteil des Finanzgerichts Düsseldorf vom 12.6.2012 (6 K 2435/09 K, EFG 2012, 2055) und der nachfolgenden Entscheidung des BFH vom 09.04.2014 (I R 52/12). Zum einen sei zu beachten, dass der BFH die Sichtweise des Finanzgerichts nur im konkreten Sachverhalt bestätigt und dabei ausgeführt habe, dass negative Ergebnisse aus Termingeschäften „Veräußerungskosten“ im Sinne von § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG seien und damit Veräußerungsgewinne im Sinne der Vorschrift mindern könnten. Zum anderen seien die genannten Urteile im vorliegenden Zusammenhang schon vom Ansatz her nicht anwendbar, da sie sich auf Fälle der Direktanlage im Bereich der Gewinneinkunftsarten bezögen und nicht zwischen Bilanzierung und Einkommensermittlung differenzieren würden. Das Investmentsteuergesetz sei überhaupt nicht betroffen gewesen. Das Investmentsteuergesetz stelle gerade nicht auf Veräußerungskosten ab, sondern darauf, ob und wann Werbungskosten vorlägen. Nach § 3 Abs. 3 InvStG seien Werbungskosten aber nur solche

68

Ausgaben, die in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stünden. Der hier relevante Werbungskostenbegriff stehe also in diametralem Gegensatz zum Veräußerungskostenbegriff, den das FG Düsseldorf und der BFH kreieren würden und auf den sich der Beklagte berufen wolle. Die Nichtverrechenbarkeit von Erträgen aus Veräußerungen und dem Verlust aus Termingeschäften folge auch spezialgesetzlich und ausdrücklich aus § 3 Abs. 4 InvStG. Aus dieser Vorschrift ergebe sich, dass negative Erträge nur mit positiven Erträgen der gleichen Art verrechnet werden könnten.

Veräußerungsgewinne/-verluste aus Aktien und Erträge aus Termingeschäften seien aber unterschiedlicher Art, wie ein Blick auf § 2 InvStG zeige. Es dürfe also gerade keine allgemeine Saldierung im Fonds erfolgen. Vielmehr ordne die Vorschrift spezialgesetzlich an, dass eine Verrechnung von Ergebnissen, wie sie dem Beklagten vorschwebe, im Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes nicht stattfinden könne. In der Sache laufe die Argumentation des Beklagten darauf hinaus, Erwägungen in der Literatur zu sogenannten Kombinationsgeschäften bzw. Koppelungsgeschäften auf den Bereich der Investmentfonds zu übertragen. Kombinationsgeschäfte in diesem Sinne seien von der im Streitjahr gültigen Rechtsordnung aber nicht vorgesehen, und zwar weder bei der Direktanlage noch und erst recht nicht im Investmentfonds. Die Rechtsauffassung über die angebliche Existenz von Kombinationsgeschäften sei rechtlich nicht haltbar. Sie beruhe auf einer „rein“ wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die mit dem Gesetz nicht mehr vereinbar sei, weil sie über eine zulässige Auslegung des Gesetzes am wirtschaftlichen Normzweck hinausgehe. Es handle sich in Wirklichkeit um einen Fall sog. „Tatbestandsbeurteilung“. Auch widerspreche dem die bis heute gültige Regelung laut BMF-Schreiben, wonach rechtlich selbständige Optionen, die als gegenläufige Geschäfte abgeschlossen worden seien, getrennt zu behandeln seien.

Zu beachten sei ferner, dass Geschäfte der vorliegenden Art nach der Rechtsprechung des BFH bilanziell nicht als Bewertungseinheit abgebildet werden könnten. Denn bezogen auf die Kriterien des BFH für das Vorliegen einer Bewertungseinheit würde es vorliegend sowohl an der Fälligkeitsidentität fehlen, welche es im Aktienbereich nicht geben könne, als auch an der Betragsidentität, weil der Forward einen höheren Ausübungspreis beinhalte als den Erwerbskurs. Dies sei nicht zufällig. Würde es tatsächlich nur darum gehen, eine Longposition abzusichern, so würde ein Derivat erworben, dessen Ausübungspreis mit dem Erwerbskurs identisch wäre. Wenn aber bilanziell keine Bewertungseinheit gebildet werden könne, dann dürfte eine Zusammenfassung zu einer Einheit erst recht nicht im Bereich der Überschussermittlung bei einem Investmentfonds erfolgen. Die Unzulässigkeit einer kompensatorischen Zusammenfassung ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des BFH zu Optionsgeschäften an der EUREX. Obwohl dort Kontrakte (Futures, Optionen) nur abgeschlossen würden, um letztlich einen Barausgleich zu erzielen, habe der BFH die Auffassung vertreten, dass es sich bei Geschäften des Optionstyps nicht etwa um einheitliche Termingeschäfte handle, sondern um getrennt zu betrachtende Optionsgeschäfte herkömmlichen Charakters. Bei Optionsgeschäften an einer Terminbörse stünden das Eröffnungs- und das Abrechnungsgeschäft (Opening- bzw. Closing Transaktion) in funktionalem Zusammenhang. Den Beteiligten an einem solchen Geschäft gehe es nicht um eine Belieferung mit Wertpapieren oder anderen Aktiva, sondern darum, dass schon der organisatorische Ablauf der Terminbörse in aller Regel dazu führe, dass lediglich Differenzen ausgeglichen würden. Obwohl die Zivilgerichte beide Transaktionsteile als Einheit auffassen würden, habe der BFH (Urteile vom 24.6.2003 IX R 2/02 und vom 29.6.2004 IX R 26/03) eine getrennte Betrachtung beider Transaktionsschritte vorgenommen. Im vorliegenden Fall sei eine denkgesetzliche Verknüpfung von Aktienlieferungsgeschäften mit den Forwards wesentlich lockerer als bei den beschriebenen Geschäften an einer Terminbörse. Es komme nämlich vorliegend tatsächlich in vielen Fällen zu einer Belieferung mit Aktien und nicht nur

zu einem reinen Barausgleich wie an der Terminbörse. Wenn aber schon der BFH für Geschäfte mit der engen Verklammerung an der Terminbörse steuerrechtlich zwei verschiedene Vorgänge annehme, müsse eine getrennte Betrachtung für die vorliegenden Geschäfte erst recht gelten. Für eine kompensatorische Betrachtung sei also nach der einschlägigen Rechtsprechung des BFH kein Raum.

Auch das FG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 10.02.2016 11 K 12212/13) habe entschieden, dass der aus einem Devisentermingeschäft resultierende Gewinn kein Bestandteil des von § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG bezeichneten Veräußerungspreises für die Beteiligung des Steuerpflichtigen an einer anderen Körperschaft darstelle, und zwar auch dann nicht, wenn die Devisentermingeschäfte der Kurssicherung im Zusammenhang mit dem Beteiligungskauf und -verkauf diene.

70

Schließlich habe auch der Gesetzgeber diesen Zusammenhang nicht etwa übersehen, sondern die Sachbehandlung, wie sie durch sie, die Klägerin, vorgenommen worden sei, vorgeschrieben. Denn er habe derartige Absicherungsgeschäfte expressis verbis in § 15 Abs. 4 Satz 5 EStG ausdrücklich angesprochen. Danach könnten Verluste aus Termingeschäften mit Absicherungszweck bei gewerblichen Unternehmen nicht mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden. Sie würden lediglich im Rahmen derselben Kategorie vorgetragen. Damit habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Kosten des Absicherungsgeschäfts eben nicht in die Anschaffungs- oder Veräußerungskosten des Aktiengeschäfts einbezogen werden könnten, ja dürften, und dass ausschließlich Verlustverrechnungsgrenzen gezogen würden, nicht aber durch Auslegung („Veranlassungszusammenhang“) ein aus steuerlicher Sicht einheitliches Geschäft erzeugt werde. Die Aufwendungen für die Termingeschäfte stellten auch keine Werbungskosten dar. Es handle sich insoweit um Aufwendungen, die aus Anlass der Aufgabe einer Einkunftstätigkeit geleistet würden, welche nach ständiger Rechtsprechung nicht als Werbungskosten abzugsfähig seien. Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe wie Werbungskosten, Veräußerungskosten oder wirtschaftlicher Zusammenhang könne im Übrigen nicht zur unzulässigen Rechtsfortbildung gegen das System und den Inhalt des Gesetzes führen und dabei in Widerspruch zu den geltenden Vorschriften (insbesondere § 15 Abs. 4 Satz 5 EStG) stehen.

71

Im Hinblick auf die negierte Überschusserzielungsabsicht müsse schon generell die Frage gestellt werden, ob die Denkfigur der Einkunftszielungsabsicht bei einem Investmentfonds Platz greifen könne. Der Investmentfonds sei nach § 11 InvStG ein Zweckvermögen im Sinne von § 1 KStG, also eine Körperschaft. Diese Körperschaft sei von ihrem Anleger zu trennen, denn ein Transparenzprinzip gelte im Investmentsteuergesetz gerade nicht. Transparenzvorschriften seien dort nur punktuell vorhanden. Das Kriterium der Überschusserzielungsabsicht sei beim Investmentfonds nicht einschlägig. Eine Körperschaft/ein Zweckvermögen habe keinen subjektiven Bereich, aus dem sich Absichten ergeben könnten.

72

Auch sei vorliegend § 42 AO nicht einschlägig. Die eingetretenen und von der Klägerin erklärten steuerlichen Ergebnisse seien die gesetzlichen Rechtsfolgen, die sich aus den differenzierenden steuerlichen Normen für die einzelnen Rechtsgeschäfte ergeben würden. Der Gesetzgeber habe inzwischen selbst anerkannt, dass von einem missbräuchlichen Verhalten nicht die Rede sein könne. Im Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz - InvStRefG) vom 19. Juli 2016 sei in § 39 Abs. 3 eine Regelung neu konzipiert worden, dass Verluste aus Finanzderivaten als sog. „Direktkosten“ - einem neuen steuerlichen Terminus- bei den Einnahmen gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG abzuziehen seien, wenn eine sog. konzeptionelle Gestaltung vorliege. Eine

73

konzeptionelle Gestaltung solle bei sogenannten Kopplungsgeschäften gegeben sein. Koppelungsgeschäfte in diesem Sinne seien jedoch ausweislich der Gesetzesbegründung nur solche Geschäfte, bei welchen von den Investmentfonds gegenläufige Derivategeschäfte dergestalt abgeschlossen würden, dass garantiert Veräußerungsgewinne aus Aktien und in gleicher oder ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften entstünden. Als Beispiel für solche Geschäfte werde eine Kombination aus einem Forwardgeschäft mit Differenzausgleichsoption und einer Zero-Strike-Call-Option beschrieben (BT-Drs. 18/8045, 110). Bei dieser Art von Geschäften würden gleichermaßen bei fallenden Aktienkursen sowie bei steigenden Aktienkursen Fonds-Aktiengewinn und Verluste aus Termingeschäften zwingend generiert und in gleicher Höhe erwirtschaftet. Im vorliegenden Fall würde demgegenüber lediglich ein Aktiengeschäft mit davon unabhängiger Absicherung getätigt, wobei Gewinne aus Aktienveräußerungen und Verluste aus Termingeschäften bei fallenden und steigenden Aktienkursen nicht garantiert seien. Ein Koppelungsgeschäft i.S.v. § 39 Abs. 3 InvStG n.F. liege damit nicht vor. Hinzu komme, dass der Gesetzgeber solche Gestaltungen ab dem Jahr 2018 ausschließen wolle; in der Gesetzesbegründung jedoch an keiner Stelle von der Reaktion auf missbräuchliche Gestaltungen die Rede sei, auch wenn für die Zukunft solche Gestaltungen als nicht wünschenswert angesehen würden. Der Gesetzgeber habe in der Gesetzesbegründung zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es einer gesetzlichen Regelung bedürfe, um Rechtssicherheit zu gewährleisten (BT-Drs. 18/8045, 111). Die durch den Gesetzgeber gesehene Notwendigkeit der Gesetzesänderung belege, dass bis zum Inkrafttreten des InvStRefG solche Gestaltungen nicht inkriminiert und unter jedem Aspekt zulässig gewesen seien. Bis zu diesem Zeitpunkt könne daher nur die separate Behandlung der Ertragsarten in Betracht kommen. Jede andere Wertung würde in der Sache eine unzulässige Rückwirkung einer neuen gesetzlichen Anordnung bedeuten. Da sich die Gestaltung damit im Streitjahr innerhalb des gesetzgeberischen Zwecks der betreffenden Norm bewege, seien für deren Zulässigkeit nach der Rechtsprechung keine außersteuerlichen Gründe erforderlich. In concreto sei der wirtschaftliche Absicherungszweck im Übrigen gegeben. So habe sie von Anfang an ökonomisch rational ihren Aktienkauf abgesichert. Ebenso habe sie die Entscheidung getroffen, wann sie die Aktien zurückgebe und wann sie den Barausgleich wähle -auch dies sei wirtschaftlich nachvollziehbar und plausibel erfolgt. Mit einem Steuereffekt habe dies überhaupt nichts zu tun: Die Entscheidungen seien nach Maßgabe der Entwicklung des Aktienkurses getroffen worden. Richtig sei nur, dass durch die beiden Geschäfte vermieden werden sollte, Verluste aus Aktiengeschäften zu machen. Hierfür sei die Absicherung durch den Forward ein sinnvolles und von steuerlichen Überlegungen unabhängiges Mittel gewesen. Das Geschäft habe zudem das Wahlrecht auf Aktienrückgabe oder Barausgleich enthalten und sei im Moment des Abschlusses selbstverständlich auf eine Überschusserzielung und nicht auf die „Produktion“ eines Verlustes gerichtet gewesen. Ihre Anlagestrategie sei grundsätzlich erfolgreich. Der Umstand, dass das Fondsvermögen insgesamt geringfügig abgeschmolzen sei, habe u.a. mit einer Anlage in den DAX-Aktienfuture-Long zu tun, die aufgrund der extremen Marktlage, bedingt durch die Staatsfinanz- und EURO-Krise sowie die Fukushima Katastrophe, mit einem Verlust von ... € habe geschlossen werden müssen. Ferner seien interne Kosten entstanden, so dass die erzielten Gewinne dadurch überkompensiert worden seien. Die Anlage in den Aktienmarkt über den DAX-Future belege nachdrücklich, dass eine Gewinnerzielung Ziel der Investmentstrategie gewesen sei. Die planmäßige Durchführung von finanzmarktüblichen Geschäften unter Nutzung und Anwendung der Gesetznormen könne nach alldem keinen Missbrauchstatbestand begründen. Die Auswahl zwischen zwei wirtschaftlich gewinnbringenden Geschäftsausführungsvarianten zugunsten der Lösung, welche auch einen gesetzlich zulässigen steuerlichen Vorteil mit sich bringe, sei nicht missbräuchlich. Der Beklagte ignoriere dies. Ein Steuerpflichtiger könne nicht gezwungen werden, die für die Staatskasse günstigere bzw. Mehrsteuern erbringende wirtschaftliche

Variante auszuwählen. Wie aus der Anlage 1 zum Betriebsprüfungsbericht vom 26.06.2014 (Anlage 1 „Aktienforwards mit Barausgleich, Rumpfgeschäftsjahr 00.00.2011 bis 30.06.2011“) ersichtlich, seien die Salden aus der Differenz zwischen Gewinn aus Verkauf und Barausgleich (Spalte Saldo Gewinn-Barausgleich) und dem Gewinn aus der möglichen Lieferung der Aktien zum Forwardpreis (Spalte Saldo Kauf-Forward) positiv. Beide Geschäfte seien daher gewinnbringend. Die Variante mit Barausgleich und Verkauf außerhalb des Forwardgeschäfts bringe jedoch die notwendige Sicherheit für beide Kontrahenten. Die beiden Parteien des Geschäfts hätten damit handelsüblich, wirtschaftlich und mit Gewinnerzielungsabsicht gehandelt. Es bleibe dabei, dass die Klägerin eine wirtschaftlich nachvollziehbare Anlagestrategie vollzogen habe. Aus ökonomischen Gründen zugunsten der Anleger sei im Rahmen eines Aktien-Forward-Geschäfts die Möglichkeit vereinbart worden, entweder Barausgleich oder Aktienrückgabe wählen zu können. Die jeweilige Entscheidung sei steuerlich zu würdigen. Werde der Barausgleich gewählt, unterliege dieser der steuerlichen Erfassung über § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG. Die anderweitige Veräußerung der Aktie sei im Rahmen der §§ 8b Abs. 2 KStG, 20 Abs. 2 Satz 1 EStG eigenständig zu erfassen.

Das vom Beklagten angeführte Urteil des FG Niedersachsen vom 06.07.2017 (Az.: 6 K 150/16) überzeuge nicht. Hier werde neues Recht geschaffen, das vom Ergebnis her (fiskalisch) gedacht sei und nicht dem Kompetenzbereich von Exekutive und Judikative entspreche. Für einen Aktienforward wie im vorliegenden Sachverhalt treffe die Begründung des FG Niedersachsen zudem nicht zu. Sie könnte nur dann greifen, wenn, wie im entschiedenen Fall, der Abschluss von Call-Optionen mit Forwardgeschäften kombiniert werde mit der Folge, dass die Kursentwicklung des Basiswertes irrelevant sei, d.h. Kaufposition und Verkaufsposition sich gegenseitig aufheben würden. Genau dieses Kriterium sei durch die Klägerin nicht verwirklicht worden. Die Gewinnung des Barausgleichs bei steigendem Kurs als Vorteil des Kontrahenten habe nicht der Entscheidungskompetenz der Klägerin unterlegen. Richtig sei nur, dass sie im Anschluss an eine solche Beendigung des Aktienforwards mangels weiterer Absicherung und im Interesse der Anleger verpflichtet gewesen sei, die nunmehr ungesicherten Aktienbestände zu veräußern. Dies sei ökonomisch geboten gewesen; die hieraus resultierenden steuerlichen Folgen würden der gesetzlichen Anordnung entsprechen.

74

Am 05.11.2020 hat ein Erörterungstermin stattgefunden, in dessen Rahmen die Berichterstatterin u.a. darauf hingewiesen hat, dass die angefochtenen Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung nach § 13 Abs. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 InvStG über die Thesaurierung von Erträgen des Jahres 2011 zum 30.06.2011 und zum 00.00.2011 ausweislich der Tz. 2.4.1 und 2.4.3 des BP-Berichtes vom 26.06.2014 nur bezogen auf die Zuordnung der Performance-Fee geändert worden seien. Eine Entscheidung hierüber sei aber durch die Teil-Einspruchsentscheidung noch nicht erfolgt. Der an dem Termin teilnehmende Prüfer hat darauf hingewiesen, dass er bei nochmaliger Kontrolle der von ihm im Rahmen der BP erstellten Anlagen festgestellt habe, dass er einen Betrag von ... € zuungunsten der Klägerin übersehen habe. Die Beteiligten sind darüber einig gewesen, dass die Berechnungen der BP und das Zahlenwerk im Übrigen nicht beanstandet werden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll verwiesen.

75

In der Folge hat der Beklagte unter dem 19.11.2020 einen Teilabhilfebescheid betreffend die Zwischenausschüttung am 00.00.2011 erlassen, in welchem der Berechnungsfehler korrigiert wurde. Die Veräußerungsgewinne nach § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 2 KStG sind dadurch auf ... € erhöht und der Substanzbetrag auf ... € vermindert worden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Teilabhilfebescheid verwiesen (Bl. 332 d. FG-Akte).

76

In der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2020 hat die Klägerin die Klage bezogen auf die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung nach § 13 Abs. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 InvStG über die Thesaurierung von Erträgen des Jahres 2011 zum 30.06.2011 und zum 00.00.2011 (Auflösung) zurückgenommen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll verwiesen. 77

Die Klägerin beantragt, 78

den Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung nach § 13 Abs. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 InvStG über die Zwischenausschüttung von Erträgen für den Zeitraum 01.07.2011 bis 00.00.2011 am 00.00.2011 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 19.11.2020 unter Aufhebung der Teil-Einspruchsentscheidung vom 14.09.2016 dahingehend zu ändern, dass die Verrechnung der Barausgleichszahlungen mit den Veräußerungsgewinnen rückgängig gemacht wird und die in dem Gesamtbetrag der ausgeschütteten Erträge enthaltenen Veräußerungsgewinne i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 2 KStG mit ... € festgestellt werden; 79

hilfsweise die Revision zuzulassen 80

Der Beklagte beantragt, 81

die Klage abzuweisen; 82

hilfsweise, die Revision zuzulassen. 83

Er verweist auf seine Einspruchsentscheidung und führt ergänzend aus, im vorliegenden Fall sei die Frage zu beantworten, ob die Klägerin sog. Koppelungsgeschäfte getätigt habe. Koppelungsgeschäfte würden nach der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 09.04.2014 I R 52/12, BStBl II 2014, 861) vorliegen, wenn Aktiengeschäfte und Termingeschäfte in ihren Teilschritten sowohl nach den tatsächlichen Abläufen als auch nach der Anlageplanung aufeinander abgestimmt seien und sich wechselseitig bedingen würden. Ziel dieser Geschäfte sei es, einen nach Maßgabe des § 8b KStG steuerfreien Aktiengewinn und in annähernd korrespondierender Höhe einen steuerwirksamen Verlust aus Termingeschäften zu erlangen. Das Vorliegen entsprechender Koppelungsgeschäfte sei durch die Anlageplanung, die in der Präsentation der A GmbH aus 00.00.2009 (Rechtsbehelfsakte) beschrieben werde und den tatsächlichen Ablauf der Geschäfte, welcher dieser Anlageplanung entspreche und immer zu einem Gewinn aus Aktienverkauf und einem Verlust aus Termingeschäft geführt habe, erwiesen. Die Aktien seien auch bei vorzeitiger Beendigung des Forwards immer an den jeweiligen Kontrahenten zurückverkauft worden. Zudem habe in keinem Fall der jeweilige Kontrahent bei fallendem Kurs die vorzeitige Beendigung durch Barausgleich gewählt, was für den Fonds bzw. den Anleger aus steuerlicher Sicht kontraproduktiv gewesen wäre. Eine vorzeitige Beendigung der Aktien-Forwards gegen Barausgleich sei nur bei steigendem Aktienkurs erfolgt. Das Vorliegen dieser Geschäfte und deren Ziel werde überdies noch dadurch belegt, dass die Performance Fee, also die erfolgsabhängige Vergütung für die A GmbH, nur nach dem erwirtschafteten positiven Aktiengewinn bemessen worden sei, obwohl diesem immer ein Verlust aus Termingeschäften gegenübergestanden habe, das wirtschaftliche Ergebnis des Fonds somit wesentlich geringer gewesen sei. Die Geschäfte seien nach dem vorgenannten Urteil des BFH demnach als Einheit anzusehen und die Verluste aus den Termingeschäften als Veräußerungskosten mit den Gewinnen aus Aktienverkäufen zu verrechnen. 84

Es sei auch nicht erkennbar, dass sich die Klägerin ökonomisch sinnvoll verhalten habe. Sofern die Klägerin behaupte, die Vorgehensweise des Fonds habe mit „Steuereffekten überhaupt nichts zu tun“, sei dies bereits durch den planvollen Ablauf der Geschäfte widerlegt. Auch in der Präsentation der A GmbH aus 2009 werde der steuerliche Effekt ausdrücklich hervorgehoben („Maximierung des positiven Aktiengewinns in jeder Marktsituation möglich“, „Bei den derzeitigen Marktgegebenheiten bessere Nachsteuerrenditechancen“, „Änderungen des steuerlichen Umfelds derzeit nicht erkennbar“ „Vergleichbare Vorsteuerrendite von 10,73% wäre erforderlich um ein äquivalentes Ergebnis zu erzielen“). Für die so gut wie ausschließliche steuerliche Motivation der Geschäfte spreche auch, dass mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft eine erfolgsabhängige Vergütung vereinbart worden sei (Performance Fee), die sich gemäß § 30 der Besonderen Vertragsbedingungen nach dem erwirtschafteten positiven Aktiengewinn bemessen habe. Der angestrebte Erfolg, der damit vergütet worden sei, habe nicht die Wertentwicklung des Fonds insgesamt wiedergespiegelt, sondern sich erst auf Anlegerebene durch den angestrebten steuerlichen Effekt manifestiert. Es sei auch nicht erkennbar, dass bei steigenden Aktienkursen die Wahl notwendigerweise auf den Barausgleich habe fallen müssen; vielmehr wäre es günstiger gewesen, auch dann den Forward durch Lieferung der Aktien zu erfüllen (siehe Anlagen 1 und 2 zum BP-Bericht, Spalte „Differenz Salden“). Dies alles spreche für eine abgestimmte Anlageplanung der Klägerin, um sich die geschilderten Mechanismen zunutze zu machen und einen ungerechtfertigten steuerlichen Effekt zu erzielen.

Ferner sei zu beachten, dass es zu einem Termingeschäft i.S. des § 20 Abs. 2 Nr. 3a EStG nur dann gekommen sei, wenn der Forward gegen Zahlung eines Barausgleichs vorzeitig beendet worden sei. Dazu wiederum habe es nach der Planung des Fonds nur kommen können, wenn der Aktienkurs gestiegen sei und der Fonds einen Barausgleich hätte zahlen müssen. Es sei somit ausgeschlossen gewesen, dass der Fonds bei fallendem Kurs einen Barausgleich erhalte und dann einen Gewinn aus einem Termingeschäft i.S. des § 20 Abs. 2 Nr. 3a EStG anfallt. Es habe daher von vornherein festgestanden, dass der Fonds aus den Aktien-Forwards keinesfalls einen Gewinn aus einem Termingeschäft i.S. des § 20 Abs. 2 Nr. 3a EStG erzielen würde, sondern wenn überhaupt einen Verlust. Diese Überlegungen zur fehlenden Überschussabsicht würden die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Geschäfte unterstreichen. Die fraglichen Geschäfte würden somit nicht bloß in einem Absicherungszusammenhang stehen, sondern seien in ihren Teilschritten sowohl nach den tatsächlichen Abläufen als auch nach der Anlageplanung aufeinander abgestimmt gewesen und hätten sich wechselseitig bedingt. 86

Die von der Klägerin angeführte Vorschrift des § 15 Abs. 4 EStG sei auf Ebene des Investmentfonds nicht anwendbar, sodass diese gesetzliche Regelung der Annahme einer entsprechenden wirtschaftlichen Einheit nicht entgegenstehe. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber in dem ab dem 01.01.2018 geltenden InvStG n.F. eine Vorschrift zu Kopplungsgeschäften geschaffen habe, besage nicht, dass der Gesetzgeber diese zuvor als zulässig angesehen habe und stehe der Zusammenfassung der Geschäfte als wirtschaftliche Einheit nicht entgegen. Die Schaffung des § 39 Abs. 3 InvStG n.F. diene letztlich nur der Klarstellung. 87

Ferner werde auf die rechtskräftige Entscheidung des FG Niedersachsen (06.07.2017 Az. 6 K 150/16) verwiesen, wonach ein Veranlassungszusammenhang zwischen den Aktienverkäufen und den Optionsgeschäften bestehen könne. Danach seien die Aufwendungen aus den Termingeschäften jedenfalls in die Ermittlung des Anlegeraktiengewinns i.S. von § 8 Abs. 1 Satz 1 InvStG mit einzubeziehen, wenn -wie auch 88

im vorliegenden Fall- die Anlageplanung aus der Verknüpfung beider Geschäfte bestehe. Der Ablauf der Geschäfte sei zwar im Fall des FG Niedersachsen im Detail anders als im hier zu beurteilenden Fall gewesen, die Überlegungen und Schlussfolgerungen würden aber für alle in ihrer Wirkungsweise gleichen, gegenläufigen Aktien-Termingeschäfte gelten. Insbesondere den dortigen Ausführungen, warum der Aktiengewinn i.S. des § 8 Abs. 1 InvStG nach der Nettomethode zu ermitteln sei, schließe er sich vollinhaltlich an.

Im Übrigen beträfen alle drei angeführten Urteile sehr wohl Sachverhalte, die mit dem hier zu beurteilenden Fall vergleichbar seien. Die Gemeinsamkeit liege darin, dass Aktien- und Termingeschäfte nach Planung und tatsächlichen Abläufen aufeinander abgestimmt gewesen seien und einander bedingt hätten. Dabei spiele es keine Rolle, wer die Geschäfte tätige, ob es also -wie im Fall des FG Düsseldorf und nachfolgend des BFH- unmittelbar eine GmbH, oder -wie im Fall des Niedersächsischen Finanzgerichts und im vorliegenden Fall- ein Investmentfonds sei. In den vorgenannten Urteilsfällen werde zudem gerade nicht auf eine vertragliche Verknüpfung abgestellt, sondern ein wirtschaftlicher Zusammenhang auch bei als solchen voneinander unabhängigen, selbständigen Geschäften angenommen. 89

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Steuerakten Bezug genommen. 90

Entscheidungsgründe 91

Die Klage ist unbegründet. 92

Der angefochtene Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung nach § 13 Abs. 2 i.V.m. § 15 Abs. 1 InvStG über die Zwischenausschüttung von Erträgen für den Zeitraum 01.07.2011 bis 00.00.2011 am 00.00.2011 in Gestalt des letzten Änderungsbescheides vom 19.11.2020 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung – FGO). 93

1. Für die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen von inländischen Spezial-Investmentvermögen ordnet § 15 Abs. 1 Satz 3 InvStG eine entsprechende Geltung von § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO an. Dies bedeutet, dass die investmentsteuerrechtlichen Besteuerungsgrundlagen verfahrenstechnisch einheitlich und gesondert festgestellt und bei den Anlegern der Besteuerung unterworfen werden. 94

Bei den nach § 13 Abs. 2 i.V.m. 15 Abs. 1 InvStG festzustellenden Besteuerungsgrundlagen handelt es sich um die in § 5 InvStG aufgeführten Daten (vgl. Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 5, Rn. 3). Darunter fallen insbesondere der Betrag der Ausschüttung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a InvStG) und die in den ausgeschütteten Erträgen enthaltenen Veräußerungsgewinne im Sinne des § 8b Abs. 2 KStG (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c Doppelbuchst. ff InvStG). Mit Letzteren sind die beim nach § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG körperschaftsteuerpflichtigen Anleger jeweils im Rahmen der Veranlagung grundsätzlich (zu 95%) steuerfrei bleibenden, ausgeschütteten Veräußerungsgewinne (= außerordentliche Erträge des Investmentvermögens) gemeint (vgl. Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 5, Rn. 43). Diese Besteuerungsgrundlagen werden (dem Grunde und der Höhe nach) auf Ebene des Spezial-Investmentvermögens bindend für die Folgebescheide der (institutionellen) Anleger festgestellt. 95

Dass § 8b Abs. 2 KStG auf Ebene des Anlegers einschlägig sein kann, regelt § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG. Danach ist § 8b KStG anwendbar, soweit ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Erträge solche im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG 96

enthalten. Es handelt sich dabei um einen eingeschränkten Rechtsgrundverweis, d.h. die Rechtsfolgen des § 8b KStG treten beim Anleger nur ein, wenn er unter den persönlichen Anwendungsbereich dieser Norm fällt und zur Körperschaftsteuer veranlagt wird (vgl. BFH-Urteil vom 03.03.2010 I R 109/08, BFH/NV 2010, 1364 zur Vorschrift des 40 Abs. 2 KAAG). Die Reichweite der Steuerbefreiung wird dagegen allein durch § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG bestimmt, der hierzu auf die Erträge des Investmentvermögens i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG abstellt. Hiervon werden in- und ausländische Kapitalerträge i.S.v. § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG, d.h. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, erfasst.

Vorliegend steht die Höhe der festzustellenden Veräußerungsgewinne nach § 2 Abs. 2 Satz 2 97
InvStG i.V.m. § 8b Abs. 2 KStG in Streit. Dass die Klägerin Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften erzielt hat, welche grundsätzlich auf Ebene des Anlegers nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigt sein können, steht nicht in Frage. Streitig ist jedoch, wie die Höhe dieses auf Ebene des Spezial-Investmentvermögens für die Anleger bindend festzustellenden Veräußerungsgewinns zu berechnen ist.

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind bei der Ermittlung der Höhe des gesondert und 98
einheitlich festzustellenden Veräußerungsgewinns im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 2 KStG die im Rahmen der Termingeschäfte geleisteten Barausgleichszahlungen einzubeziehen und der festzustellende Veräußerungsgewinn entsprechend zu mindern.

Veräußerungsgewinn i.S. von § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG 2002 ist nach Satz 2 der Vorschrift 99
der Betrag, um den der Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert übersteigt, der sich nach den Vorschriften über die steuerliche Gewinnermittlung im Zeitpunkt der Veräußerung ergibt (Buchwert). Die in § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG angeordnete Freistellung des Gewinns aus der Veräußerung von Kapitalanteilen bezieht sich auf einen um etwaige Veräußerungskosten gekürzten Nettobetrag, von welchem nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG sodann 5% als fiktive nichtabziehbare Betriebsausgaben behandelt werden.

Zu den Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG gehören dabei alle 100
Aufwendungen, die durch die Veräußerung der Anteile veranlasst sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs werden Veräußerungskosten (i.S. des § 16 Abs. 2 Satz 1 EStG) von den laufenden Betriebsausgaben nicht (mehr) danach abgegrenzt, ob sie "in unmittelbarer sachlicher Beziehung" zu dem Veräußerungsgeschäft stehen, sondern danach, ob ein Veranlassungszusammenhang zu der Veräußerung besteht. Abzustellen ist auf das "auslösende Moment" für die Entstehung der Aufwendungen und ihre größere Nähe zur Veräußerung oder zum laufenden Gewinn (BFH-Urteile vom 16.12.2009 IV R 22/08, BStBl II 2010, 736; vom 25.01.2000 VIII R 55/97, BStBl II 2000, 458 und vom 27.03.2013 I R 14/12, BFH/NV 2013, 1768). Dies gilt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch bezogen auf § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG 2002, was neben der Wortgleichheit des Begriffs der Veräußerungskosten im Rahmen der Gesetzesdefinition des Veräußerungsgewinns vor allem die übereinstimmende wirtschaftliche Sachlage und der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gebietet (BFH-Urteil vom 09.04.2014 I R 52/12, BStBl II 2014, 861).

Bei der Ermittlung des positiven Veräußerungsgewinns können danach auch die Verluste aus 101
Termingeschäften, die in Zusammenhang mit den jeweiligen Aktiengeschäften abgeschlossen wurden, mit einzubeziehen sein, wenn diese nach der Anlageplanung und nach der tatsächlichen Abwicklung der jeweiligen Geschäfte in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Aktiengeschäften stehen (vgl. FG Niedersachsen, Urteil vom 06.07.2017 6 K 150/16). Gleiches gilt für Verluste aus der Veräußerung von

Zertifikaten auf die entsprechenden Aktien aus Wertpapiertermingeschäften (BFH-Urteil vom 09.04. 2014 I R 52/12, a.a.O.).

Vorliegend handelt es sich unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze, denen der erkennende Senat folgt, sowie unter Beachtung der sich aus den Gesamtumständen des Streitfalles ergebenden Besonderheiten bei den geleisteten Barausgleichszahlungen um Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG, die bei der Ermittlung der Höhe des festzustellenden Veräußerungsgewinns gewinnmindernd zu berücksichtigen sind. 102

Die Termingeschäfte einerseits und die Aktiengeschäfte andererseits sind zwar rechtlich selbständige Geschäfte, die grundsätzlich auch steuerlich separat zu würdigen sind. Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass die Veräußerungsgeschäfte und die Termingeschäfte in Form der Forwardgeschäfte auf Ebene der Klägerin aufeinander abgestimmt gewesen sind und sich gegenseitig bedingt haben, da sich nur durch die Kombination der beiden Geschäfte (Termingeschäfte und Aktiengeschäfte) das Anlageziel der Klägerin erreichen ließ. 103

So hat die Klägerin in der Zeit ihres Bestehens im Wesentlichen Aktienforward-Geschäfte getätigt. Dabei hat sie Aktien einzelner Gesellschaften gekauft und sogleich wieder auf Termin zu einem geringfügig höheren Preis verkauft. Die Verträge über die Aktienverkäufe auf Termin (Aktienforwards) sahen die Möglichkeit vor, das Geschäft nicht durch Lieferung der Aktien, sondern durch Zahlung eines Geldbetrags (Barausgleich) zu erfüllen. Der Barausgleich entsprach der Differenz zwischen dem Forward-Preis der Aktie zum Zeitpunkt der Erfüllung und dem ursprünglich vereinbarten Forward-Preis. 104

Nach der Anlageplanung der Klägerin, welche sich unstreitig aus der Präsentation der A1 aus ... 2009 ergibt, sollte bei fallenden Märkten immer eine physische Lieferung der Aktien erfolgen und bei steigenden Märkten anstelle der physischen Lieferung der Barausgleich gewählt werden. Die Entscheidung, den Forward durch Lieferung der Aktien oder durch Barausgleich zu erfüllen, hing danach von der Entwicklung des Kurses der jeweiligen Aktie ab, war aber für fallende und steigende Kurse jeweils von vornherein festgelegt. 105

Die Anlageplanung wurde auch tatsächlich so umgesetzt, d.h.: 106

- Bei fallenden Kursen wurde der Forward immer durch Lieferung der Aktien erfüllt. In diesem Fall erzielte der Fonds einen geringfügigen Gewinn. 107

- Bei steigenden Kursen wählte der Fonds immer den Barausgleich. Gleichzeitig wurden die Aktien anderweitig verkauft, wodurch der Kursgewinn realisiert wurde. Die Barausgleichszahlungen wurden als Verluste aus Termingeschäften verbucht. 108

Die Anlageplanung und deren tatsächliche Umsetzung lassen den Schluss zu, dass signifikante Erträge und Wertsteigerungen aus den Aktiengeschäften nicht angestrebt wurden. So konnte nach der Anlagestrategie der Klägerin durch die Kombination der Aktiengeschäfte mit den Termingeschäften entweder durch Erfüllung der Aktienforwards durch Lieferung der Aktien bei fallenden Kursen oder durch die freie Veräußerung der Aktien nach Erfüllung der Barausgleichszahlungen bei steigenden Kursen risikolos ein lediglich geringer Ertrag erwirtschaftet werden (vgl. hierzu auch Anlagen 1 und 2 zum BP-Bericht, Spalte „Differenz Saldo Barausgleich“). Die von der Klägerin tatsächlich angestrebte höhere Rendite bzw. der in der Präsentation der A GmbH aus Dezember 2009 angeführte „Vorteil auf Nachsteuerbasis“, unter dessen Einbeziehung nach den Angaben in der Präsentation insgesamt eine „vergleichbare Vorsteuerrendite von 10,73 %“ erforderlich gewesen wäre, um 109

„ein äquivalentes Ergebnis zu erzielen“, konnte nur durch die steuerliche Abzugsfähigkeit der Barausgleichszahlungen bei gleichzeitiger Steuerfreiheit der erzielten Aktienveräußerungsgewinne erzielt werden. Risikolos ließ sich dies nur durch das von der Klägerin gewählte Konzept realisieren, bestehend aus einer Kombination von Aktien- und Termingeschäften. Diese Zielsetzung ergibt sich vor allem auch daraus, dass bei steigenden Aktienkursen die Wahl immer auf den Barausgleich gefallen ist, obwohl es günstiger gewesen wäre, auch dann den Forward durch Lieferung der Aktien zu erfüllen, da sich in diesem Fall ein höherer Gewinn ergeben hätte (siehe Anlagen 1 und 2 zum BP-Bericht, Spalte „Differenz Salden“). Für ein entsprechendes Anlageziel spricht auch, dass mit der A GmbH eine erfolgsabhängige Vergütung vereinbart wurde (Performance Fee), die sich gemäß § 30 der Besonderen Vertragsbedingungen nach dem erwirtschafteten positiven Aktiengewinn bemessen hat. Der angestrebte Erfolg, der damit vergütet wurde, hat nicht die Wertentwicklung des Fonds insgesamt wiedergespiegelt, sondern sich erst auf Anlegerebene durch den angestrebten steuerlichen Effekt manifestiert.

Zur Erreichung dieses Anlagezieles wurden die jeweiligen Forward- und Aktiengeschäfte kombiniert abgeschlossen. Die einzelnen Geschäfte sind zur Erreichung der anvisierten Rendite ohne wechselseitige Verknüpfung nicht denkbar. Denn bei einem isolierten Eingehen der Aktiengeschäfte oder der Termingeschäfte träte ein spekulatives Element (zukünftige Wertentwicklung der Aktie) in den Vordergrund, welches nach der Anlagestrategie jedoch gerade ausgeschlossen sein sollte. 110

Das „auslösende Element“ für den Abschluss der Termingeschäfte und die Leistung der Barausgleichszahlungen stellt im Streitfall somit die risikolose Erzielung von Aktienveräußerungsgewinnen unter gleichzeitiger Nutzung des mit der Kombination der Geschäfte erhofften steuerlichen Effektes dar. Die Barausgleichszahlungen, welche als Folge der kombiniert abgeschlossenen Aktien- und Termingeschäfte bei steigenden Kursen zur Beendigung des Forward-Geschäftes geleistet wurden und immer zu einem Verlust aus einem Termingeschäft geführt haben, waren daher ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach auf die Aktienveräußerungsgeschäfte bezogen. Sie ergeben isoliert gesehen keinen wirtschaftlichen Sinn. Auch war der anderweitige Verkauf der Aktien der Klägerin erst nach Erfüllung der Barausgleichszahlungen und der damit einhergehenden Beendigung des Forward-Geschäftes möglich, sodass auch insoweit der notwendige Veranlassungszusammenhang mit den Aktiengeschäften gegeben ist. 111

Aufgrund dieser wirtschaftlichen Verbindung und Nähe der Forwardgeschäfte zu den Veräußerungsvorgängen handelt es sich bei den zur Ablösung dieser Geschäfte getätigten Barausgleichszahlungen, welche die anschließende freie Veräußerung der Aktien ermöglicht haben, bei wertender Betrachtung um Aufwand, um den Veräußerungsgewinn zu erzielen und damit um Veräußerungskosten im Sinne von § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG. Dass die Sicherungsgeschäfte und die daraus erwirtschafteten Verluste keinen „zwangsläufigen“ unmittelbaren Rechtsbezug zu dem Erwerb und der Veräußerung der Kapitalbeteiligungen haben, erweist sich demgegenüber als unbeachtlich (vgl. BFH-Urteil vom 09.04.2014 I R 52/12, a.a.O.). Für dieses Ergebnis spricht bei einer wirtschaftlichen Betrachtung auch, dass das isolierte Ergebnis aus der Veräußerung der Aktien das wirtschaftliche Ergebnis des Investmentfonds bei weitem übersteigt. 112

Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei der Ermittlung der Erträge des Investmentfonds nach § 3 Abs. 1 InvStG i.V.m. § 2 Abs. 2 EStG. 113

§ 3 InvStG regelt (auch) für inländische Spezial-Sondervermögen i.S. des § 2 Abs. 3, §§ 91 ff. InvG a.F., wie auf der Ebene des Investmentvermögens die für die Besteuerung der Anleger 114

maßgeblichen Erträge zu ermitteln sind. Nach § 3 Abs. 1 InvStG ermitteln sich die investmentsteuerlichen Erträge in entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG, d.h. als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten.

§ 3 InvStG knüpft an den ertragsteuerlichen Begriff der Werbungskosten in § 9 EStG an (vgl. 115 z.B. Lübbehüsen in Berger/Steck/ Lübbehüsen, InvG/InvStG., § 3, Rz 22), enthält jedoch in Abs. 3 Sonderregelungen für die Zuordnung der Werbungskosten. Danach ist zwischen Werbungskosten des Investmentvermögens, die nicht in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen (sog. Gemeinkosten) und solchen, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit Einnahmen aufweisen (sog. Einzelkosten), zu unterscheiden. Die sog. Gemeinkosten sind nach dem in § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 4 InvStG geregelten Verfahren zu behandeln, während die sog. Einzelkosten konkret zuzuordnen sind (vgl. Köhler in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 3 Rz 80). Ob Werbungskosten in diesem Sinne in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Einnahmen stehen, ist unter Rückgriff auf die zu § 3c Abs. 1 EStG entwickelten Grundsätze zu klären (vgl. Lübbehüsen in Berger/Steck/ Lübbehüsen, a.a.O., § 3 Rz 23 m.w.N.). Ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang setzt voraus, dass die Einnahmen und die Aufwendungen durch dasselbe Ereignis veranlasst sind (vgl. BFH-Urteil vom 20.10.2004 I R 11/03, BStBl II 2005, 581). Das bedeutet nicht, dass ein finaler oder zeitlicher Zusammenhang zwischen Einnahme und Ausgabe erforderlich ist, wohl aber dass eine eindeutige, klar abgrenzbare Beziehung zwischen Ausgabe und Einnahme besteht (BFH-Urteil vom 20.10.2004 I R 11/03 a.a.O.). Vorliegend besteht -wie im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 8b KStG gezeigt- ein entsprechender wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Barausgleichszahlungen und den Gewinnen aus den Aktienveräußerungsgeschäften, der es rechtfertigt, die Barausgleichszahlungen als Einzelkosten den entsprechenden Veräußerungsgewinnen zuzuordnen und diese nicht als Gemeinkosten zu werten (in diesem Sinne auch Greger, Bela Jansen, Völker in: Moritz/Jesch/Mann, Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagerecht, Band 2, 2. Aufl. 2020, § 39 Werbungskosten, Rz 30). Denn entsprechend der vorstehenden Ausführungen liegt ein unmittelbarer Veranlassungszusammenhang zwischen Aktiengeschäft und den in Zusammenhang mit den abgeschlossenen Termingeschäften geleisteten Barausgleichszahlungen vor. Etwas anderes würde im Übrigen auch nicht gelten, wenn die Ermittlung des Aktienveräußerungsgewinns nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG unter Rückgriff auf § 20 Abs. 4 S. 1 EStG als spezielle gesetzliche Regelung erfolgen würde. Danach ist Gewinn im Sinne des § 20 Abs. 2 EStG der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen. Auch bei der Bestimmung der insoweit zu berücksichtigenden Aufwendungen kann nichts anderes als im Rahmen des § 8b Abs. 2 S. 2 KStG gelten.

Werden Termingeschäftsverluste -wie im Streitfall- bestimmten Erträgen als unmittelbare 116 Werbungskosten zugeordnet, tritt der Regelungsgehalt des § 3 Abs. 4 S. 1 InvStG in den Hintergrund, wonach negative Erträge nur bis zur Höhe positiver Erträge gleicher Art untereinander verrechnet werden dürfen (vgl. hierzu auch Völker, DStR 2016, 334). Hiernach wären Verluste aus Termingeschäften zwar grundsätzlich einer anderen Ertragskategorie zuzurechnen als Gewinne aus der Veräußerung von Aktien und eine Verrechnung mangels Gleichartigkeit nicht zulässig. Die im Streitfall vorgenommene Zuordnungsentscheidung von Aufwendungen zu einer Ertragsart in Übereinstimmung mit dem Veranlassungszusammenhang ist jedoch vorrangig; die betreffenden Barausgleichszahlungen sind damit unmittelbar –und somit vorrangig gegenüber der grundsätzlichen Erfassung als eigenständige Erträge– bei der Ermittlung des Ergebnisses aus der Aktienveräußerung zu erfassen.

- Diesem Ergebnis steht auch weder die in § 15 Abs. 4 Satz 3 und 5 EStG angeordnete Beschränkung für den Verlustabzug bei Termingeschäften (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 09.04.2014 I R 52/12 a.a.O.) noch die im Rahmen der Reform des Investmentsteuergesetzes mit Wirkung zum 01.01.2018 neu geschaffene Regelung des § 39 Abs. 3 InvStG 2018 entgegen (ebenso: Greger, Bela Jansen, Völker in: Moritz/Jesch/Mann, Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagerecht, Band 2, 2. Aufl. 2020, § 39 Werbungskosten, Rz 30, m.w.N.). In der diesbezüglichen Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber lediglich angeführt, dass nach Auffassung der Finanzverwaltung bereits unter der bisherigen Rechtslage eine Zuordnung von Termingeschäftsverlusten in die Aktiengewinnberechnung erforderlich sei, was der BFH mit Urteil vom 09.04.2014 (I R 52/12, BStBl II S. 861) in einer Gestaltung zu einer aus mehreren Bausteinen zusammengefassten Aktieninvestition bestätigt habe (vgl. BT- Drs. 18/8045, S. 111). Gleichzeitig hat er auf das zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig gewordene Urteil des FG Niedersachsen vom 01.11.2012 (6 K 382/10) verwiesen und sodann ausgeführt, es bedürfe der vorliegenden gesetzlichen Regelung, um die bei Spezial-Sondervermögen festgestellten Gestaltungsmodelle, bei denen Anleger des Spezial-Investmentfonds die Aktienveräußerungsgewinne steuerfrei vereinnahmen und gleichzeitig steuerwirksame Verluste aus Termingeschäften geltend machen können, rechtssicher auszuschließen. Dies lässt jedoch nicht den Rückschluss darauf zu, dass dies nach Auffassung des Gesetzgebers unter der bisherigen Rechtslage möglich gewesen sein soll. Der Gesetzgeber wollte den Ausschluss offensichtlich vielmehr deklaratorisch und zur Rechtssicherheit feststellen.
- In Anbetracht dieses Ergebnisses kommt es nicht mehr darauf an, ob die geleisteten Barausgleichszahlungen aufgrund der Rechtsfigur des sog. Gesamtplans in die gesetzliche Steuerfreistellung nach § 8b KStG einzubeziehen sind oder ob die von der Klägerin gewählte Vertragsgestaltung als gestaltungsmissbräuchlich i.S. von § 42 AO anzusehen sein könnte.
- Den erzielten Veräußerungsgewinnen im Geschäftsjahr bis zum 30.06.2011 in Höhe von ... € standen Barausgleichszahlungen in Höhe von ... € gegenüber, den Veräußerungsgewinnen im Geschäftsjahr ab dem 01.07.2011 in Höhe von ... € Barausgleichszahlungen in Höhe von ... €. Bei Abzug der geleisteten Barausgleichszahlungen als Veräußerungskosten ergibt sich der im Teilabhilfebescheid zutreffend angesetzte Veräußerungsgewinn in Höhe von ... €.
2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 Satz 3 FGO. Im Hinblick auf die Obsiegsquote der Klägerin von lediglich rd. 0,1% waren die Kosten allein der Klägerin aufzuerlegen.
3. Die Revision war nicht zuzulassen, Revisionsgründe i. S. v. § 115 Abs. 2 FGO liegen nicht vor. Der Senat folgt insbesondere den Ausführungen des BFH in seinem Urteil vom 09.04.2014 (I R 52/12, a.a.O., in diesem Sinne auch FG Niedersachsen, Urteil vom 06.07.2017 6 K 160/16, juris, NZB als unzulässig verworfen durch BFH-Beschluss vom 29.03.2018 I B 79/17). Soweit die Klägerin eine Übertragbarkeit der vom BFH für den Fall einer Direktanlage aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall einer Anlage über ein Investment-Spezialvermögen in Frage stellt, ist dem entgegenzuhalten, dass der Anleger eines Investmentfonds bei identischen Investitionsentscheidungen für steuerliche Zwecke gegenüber einem Direktanleger weder benachteiligt noch bevorzugt werden soll (sog. Transparenzprinzip, vgl. hierzu auch. BT-Drs. 15/1553, 120).

