

---

**Datum:** 31.03.2004  
**Gericht:** Finanzgericht Münster  
**Spruchkörper:** 8. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 8 K 4121/01 F  
**ECLI:** ECLI:DE:FGMS:2004:0331.8K4121.01F.00

---

**Tenor:**

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen werden nicht  
erstattet.

---

**Tatbestand:**

1

Streitig ist, ob der Beklagte (das Finanzamt - FA -) im Rahmen der einheitlichen und  
gesonderten Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 1996 betreffend die U  
Grundstücksgemeinschaft (U-GbR) es zu Recht abgelehnt hat, die vom Kläger (Kl.) in 1996  
getätigten Aufwendungen in Höhe von 77.660,10 DM für die Anschaffung von  
Zinssicherungs-Zertifikate Caps 1996/2003 (im Folgenden: Cap-Zertifikate) in der von ihm zur  
Hälfte geltend gemachten Höhe von 38.830,05 DM als Sonderwerbungskosten des Kl. in  
einer Summe zu berücksichtigen bzw. eine Verteilung dieses Betrages auf die Laufzeit der  
Cap-Zertifikate (21.02.1996 bis 21.02.2003) zum Abzug zuzulassen. Der Kl. ist zu 16,66 v. H.  
an der U-GbR beteiligt. Außerdem sind zehn weitere Personen an der U-GbR beteiligt (davon  
mehrere Geschwister des Kl.). Die Geschwister des Kl. und der Kl. erzielen seit Jahren  
Einkünfte aus der Vermietung zahlreicher Grundstücke in W. Die Einkünfte aus der  
Vermietung sind so umfangreich, dass bei den Geschwistern U regelmäßig Außenprüfungen  
durch das Finanzamt durchgeführt werden. Die letzte Außenprüfung wurde für die  
Veranlagungszeiträume 1996 bis 1998 durchgeführt. Die Außenprüfung begann am 5. Juni  
1999, die Schlussbesprechung fand am 08.09.1999 statt und der Prüfungsbericht datiert vom  
17.12.1999. Gleichzeitig wurde eine steuerliche Außenprüfung bei dem Kl. und seiner  
Ehefrau durchgeführt. Der Kl. erzielt neben seinen anteiligen Einkünften aus der U-GbR auch

2

aus eigenen Grundstücken Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (VuV). Der Kl. hat in den Jahren 1996 und 1997 folgende Zinssicherungszertifikate, Serie 2 (A- Bank-Wertpapier-Kenn-Nr. 1 ), erworben

|      |            |                        |               |
|------|------------|------------------------|---------------|
| 1996 | 21.03.1996 | 5000 Stück zu 5,40 DM  | 27.000,00     |
|      |            | Maklergeb.             | 21,60         |
|      |            | Provision              | <u>270,00</u> |
|      |            |                        | 27.291,60     |
|      | 26.03.1996 | 5000 Stück zu 5,00 DM  | 25.000,00     |
|      |            | Maklergeb.             | 20,00         |
|      |            | Provision              | <u>250,00</u> |
|      |            |                        | 25.270,00     |
|      | 12.04.1996 | 5000 Stück zu 4,97 DM  | 24.850,00     |
|      |            | Provision              | <u>248,50</u> |
|      |            |                        | 25.098,50     |
| 1997 | 28.08.1997 | 15000 Stück zu 1,50 DM | 22.500,00     |
|      |            | Provision              | <u>225,00</u> |
|      |            |                        | 22.725,00     |

3

Kosten insgesamt 100.385,10 Der Kl. hat das Recht erworben, bei einem Anstieg des 6-Monats-DM-Libor über 6,5 % eine Ausgleichszahlung (Differenz zwischen Libor am Stichtag und 6,5 % pro Zertifikat, berechnete auf 100,00 DM und Anzahl der Tage des Berechnungszeitraums) von der A -Bank zu erhalten. Die Zinssicherungszertifikate haben eine Laufzeit bis 21.02.2003. Sie sind frei handelbar. Diese Beträge hatte der Kl., der gleichzeitig Empfangsbevollmächtigter für die Bescheide der U-GbR ist, weder in den Steuerklärungen für 1996 und 1997 für sich noch in den Erklärungen für die U-GbR als abziehbar geltend gemacht. Erst im Rahmen der in 1999 stattgefundenen Betriebsprüfungen machte der Kl. zunächst die Beträge in vollem Umfang bei den ihn betreffenden Einkommensteuerveranlagungen bei den Einkünften aus VuV für die Jahre 1996 und 1997 als abziehbare Werbungskosten geltend. In dem seiner Einkommensteuerveranlagung betreffenden Bp-Bericht vom 20.12.1999 machte die Prüferin hierzu in Textziffer 11 u. a. folgende Ausführungen: "Der Käufer hat das Recht erworben, bei einem Anstieg des 6-Monats-DM-Libor über 6,5 % eine Ausgleichszahlung (Differenz zwischen Libor am Stichtag und 6,5 % pro Zertifikat, berechnet auf 100,00 DM und Anzahl der Tage des Berechnungszeitraums) von der A -Bank zu erhalten. Die Zinssicherungszertifikate haben eine Laufzeit bis 21.02.2003. Sie sind frei handelbar. Herr Dr. U hat beantragt, die Anschaffungskosten der Zinssicherungszertifikate als Werbungskosten bei den Einkünften auf VuV zu berücksichtigen. Die Aufwendungen seien mit dem Ziel einer Zinsbegrenzung nach oben seiner variablen Darlehen, die dem Vermietungs- und Verpachtungsbereich zuzuordnen seien, getätigt worden. Es handele sich bei den entstandenen Kosten um eine Prämie, die ein Darlehensnehmer im Rahmen eines variabel verzinslichen Darlehens für eine Zinsbegrenzung nach oben an den Darlehensgeber (Bank) zahle. Es handele sich originär um Werbungskosten bei den Einkünften aus VuV. Nach der Auffassung der Bp handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um ein sogenanntes Zins-Cap-Darlehen, wobei das Darlehen variabel verzinslich ist und das Zinsrisiko nach oben begrenzt wird, wofür eine Prämie an den

4

Darlehensgeber zu entrichten ist. Es handelt sich vielmehr um mehrere unterschiedliche Rechtsgeschäfte. Zum Einen wurden verschiedene variabel verzinsliche Darlehen bei der B - Bank aufgenommen. Diese wurden teilweise im Privatbereich (VuV) von Herrn Dr. U eingesetzt und teilweise im Bereich der Gemeinschaft der Geschwister U -T (verschiedene Darlehensverträge, verschiedene Darlehensnehmer). Zum anderen hat Herr Dr. U Zinssicherungszertifikate (s. o.) in seinem Privatbereich erworben. Die Aufnahme der Darlehen und der Erwerb der Zertifikate stehen rechtlich in keinem Zusammenhang. Anders als bei einem Zins-Cap-Darlehen ist Herr Dr. U selbst Inhaber der Zertifikate geworden und zahlt nicht bezogen auf ein bestimmtes Darlehen eine Prämie für das Risiko des Darlehensgebers hinsichtlich einer Zinsbegrenzung im Vertrag. Im Falle eines Zins-Cap-Darlehens sind Darlehen und Prämie untrennbar miteinander verbunden, da die Prämie Bestandteil der Darlehensvereinbarung ist. Im vorliegenden Fall können Darlehen und Zertifikat unabhängig voneinander behandelt werden. Die Darlehen könnten wegen ihrer jeweiligen kurzfristigen Laufzeiten jederzeit in festverzinsliche Darlehen umgewandelt werden. Dies hätte keinen Einfluss auf die Zertifikate. Umgekehrt könnten die Zertifikate jederzeit veräußert werden. Die Bp erkennt nicht den Zweck, aus dem die Zertifikate erworben wurden. Sieht man die Darlehen und die Zertifikate zusammen, wird erreicht, dass die Zinsen für einen Darlehensbetrag von 3.000.000,00 DM auf maximal 6,5 % zuzüglich der Anschaffungskosten für die Zertifikate (bei Anschaffungskosten von 100.385,10 DM für 30.000 Stück und einer Laufzeit von 6 Jahren = 0,558 % pro Jahr) begrenzt werden. Dieser Zusammenhang ist aber weder zwingend noch untrennbar miteinander verknüpft. Der gewünschte Effekt würde nur eintreten, wenn sowohl bei den Darlehen, als auch bei den Zertifikaten keine Änderungen vorgenommen würden. Hinzu kommt, dass in diesem angenommenen Fall die Zertifikate noch nicht bestimmten Darlehen zugeordnet werden könnten. Weder Laufzeiten noch Beträge stimmen überein. Nach Auffassung der Bp handelt es sich bei den erworbenen Zertifikaten um Optionsscheine auf den 6-Monats-Libor, eine Spekulation auf ansteigende Zinsen. Hinsichtlich der Ausgleichsvereinbarung liegt keine Kapitalforderung vor, so dass es sich nicht um Einkünfte gemäß § 20 EStG handelt. Eine Zuordnung zu einer anderen Einkunftsart aufgrund des Subsidiaritätsprinzips kommt daher gar nicht in Betracht. Der Auffassung, dass die Aufwendungen direkt den Einkünften aus § 21 EStG zuzuordnen sind, kann sich die Bp nicht anschließen. Es handelt sich nach Auffassung der Bp sowohl bei den Anschaffungskosten, als auch bei eventuellen Zahlungen um Vorgänge auf der Vermögensebene. Optionsgeschäfte können allenfalls im Rahmen des § 23 EStG zu Spekulationsgewinnen bzw. -verlusten führen, wenn die Option während der Spekulationsfrist veräußert wird. Dies ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt." (Zitatende). Im Rahmen der Schlussbesprechung, die am 08.09.1999 betreffend die Betriebsprüfungen für den Kl. und seine Ehefrau, für die U-GbR und für die Dr. U -GmbH stattfand, konnte keine Einigung erzielt werden. Nach dieser Schlussbesprechung teilte der Bevollmächtigte des Kl. und seiner Ehefrau zur Steuernummer der Eheleute im Schreiben vom 25.10.1999 dem FA u. a. Folgendes mit: "Am 08.09.1999 hat in den Räumen des FA eine Schlussbesprechung für die Dr. U -GmbH, Grundstücksgemeinschaft U , Eheleute Dr. U stattgefunden. Nicht abschließend geregelt werden konnte die Einordnung von Zinssicherungsmaßnahmen, die Herr Dr. U ergriffen hatte, um sich für mehrere Jahre gegen den Anstieg der Zinsen für Fremdkapitalien abzusichern. Herr Dr. U hat 1996 und 1997 Zinsausgleichszertifikate zum Gesamtzinspreis von 100.385,10 DM erworben. Laut beiliegender nochmaliger Erläuterung der B -Bank Deutschland AG, Niederlassung W , stellt sich der Zusammenhang zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung wie folgt dar:

1. Wie Ihnen bekannt ist, hat Herr Dr. U für seine Darlehen immer kurzfristige Laufzeiten (3 Monate) vereinbart und einen sehr günstigen Zinssatz eingeräumt bekommen.

5

6

2. Um sich gegen ein Zinsanstiegsrisiko abzusichern, wurden im Jahre 1996 und 1997 Zinsausgleichszertifikate erworben, die eine Laufzeit bis zum 21.02.2003 haben.

Diese A -Bank-Zins-Caps-Zertifikate berechtigen zum Erhalt einer Ausgleichszahlung, wenn 7 der Referenzzins "Fibor" 6,5 % übersteigt.

Damit ist nach meiner Meinung eindeutig ein Zusammenhang zu den Einkünften aus VuV 8 hergestellt. Der Kauf dieser Zertifikate ist nur vor dem Hintergrund der Zinsabsicherung für eigene Darlehen sinnvoll. Niemand würde somit diese Zertifikate kaufen. Aus der beiliegenden Berechnung ersehen sie auch, dass Herr Dr. U durch diese Maßnahme, nämlich Absicherung seiner kurzfristig vereinbarten Darlehenszinsen durch mittelfristige (1996 bis 2003) Ausgleichszertifikate, ganz erhebliche Einsparungen bei den als Werbungskosten zu berücksichtigenden Zinsaufwendungen erzielt hat."

Dem Schreiben fügte er ein an den Kl. gerichtetes Schreiben der B -Bank (Niederlassung W ) 9 vom 18.10.1999 mit folgenden Inhalt bei:

Gerne bestätigen wir Ihnen folgenden Sachverhalt: 10

Aufgrund unserer Beratung kauften Sie in den Jahren 1995 und 1996 zur Zinsabsicherung 11 Ihrer bei uns unterhaltenen Kredite sowie für Teile der Kredite der Geschwister U -T - Gemeinschaft, 30.000 Stück Zinsausgleichszertifikate im Wert von 100.385,10 DM. Diese berechtigen Sie zum Erhalt von Ausgleichszahlungen, wenn der Referenzzins Fibor 6,5 % übersteigt. Damit haben Sie Ihr Zinsrisiko für DM 3.000.000,00 auf ca. 7,06 % p. a. bis zum 21.02.2003 begrenzt.

Berechnung:  $100.385,10 \text{ DM} : 30.000,00 : 6 \text{ (Jahre)} = 0,558 \% + \text{Referenzzins Fibor } 6,5 \% \pm 2$  7,058 %.

Während dieser Zeit nutzten bzw. nutzen Sie die extrem niedrigen Kreditzinsen im 13 kurzfristigen Bereich (ca. 4,5 % p. a.) im Gegensatz zu den langfristigen Hypothekenzinsen von ca. 7,5 %."

Das FA erließ entsprechend den zu diesem Zeitpunkt unstreitigen Prüfungsfeststellungen für 14 die U-GbR (Bp-Bericht vom 17.12.1999) u. a. auch für das Streitjahr 1996 den Feststellungsänderungsbescheid vom 31.01.2000.

Mit dem hiergegen eingelegten Einspruch beantragte der Kl. erstmals, die in 1996 getätigten 15 Aufwendungen für seinen Erwerb von Zinsausgleichszertifikaten in Höhe von insgesamt 77.660,10 DM anteilig zu 50 % als Sonderwerbungskosten im Feststellungsverfahren betreffend die U-GbR zu berücksichtigen.

Die Zinsausgleichszertifikate seien von ihm erworben worden, um die Fremdfinanzierung der 16 Darlehen der Grundstücksgemeinschaft, für die grundsätzlich kurzfristige Laufzeiten vereinbart worden seien, (um einen möglichst günstigen Zinssatz zu halten), gegen ein Zinssteigerungsrisiko abzusichern. Er habe in den Jahren 1996 und 1997 für die Darlehen der Grundstücksgemeinschaft bei der B -Bank jeweils eine kurzfristige Zinsvereinbarung für vier bis sechs Monate getroffen. Dadurch habe er einen sehr niedrigen Darlehenszins aushandeln können. Dieser Zinssatz habe im Prüfungszeitraum zwischen 3,75 und 4,85 % gelegen. Für eine alternative Zinsfestschreibung für zehn Jahre habe die Kondition im März 1996 bei 7,4 % Nominalzins gelegen. Durch den Erwerb der A -Bank-Zins-Cap-Zertifikate in 1996 mit einer Laufzeit bis zum 21.02.2003 habe er erreichen können, dass trotz kurzfristiger

Zinsfestschreibung bei dem Darlehen eine Zinssicherheit über 7 Jahre eintrete. Durch den mit den Zertifikaten erworbenen Zinsausgleichsanspruch habe er im Ergebnis eine "Zinsversicherung" erhalten, die ihn vor einer Zinssteigerung in unvorhergesehene Höhen absichere.

Damit sei ein ausreichender Verursachungszusammenhang zu den Einkünften aus VuV hergestellt. Der Kauf dieser Zertifikate sei nur vor dem Hintergrund der Zinsabsicherung für eigene Darlehen sinnvoll. Niemand sonst würde diese Zertifikate kaufen. 17

Für die durch die Zinsausgleichszertifikate abgesicherten Darlehen der Gemeinschaft in Höhe von rund 1.500.000,00 DM würden nach den im Zeitraum 1996 bis 1998 laufenden Darlehensverträgen insgesamt ca. 172.000,00 DM Zinsen gezahlt werden. Diesem Betrag würden bei einer im März 1996 abgeschlossenen 10-jährigen Zinsfestschreibung zu einem Zinssatz von 7,4 % Zinsaufwendungen in Höhe von 314.500,00 DM gegenüberstehen. Daraus würde man ersehen, dass er, der Kl., durch diese Maßnahme, nämlich Absicherung seiner kurzfristig vereinbarten Darlehenszinsen durch mittelfristige (1996 bis 2003) Ausgleichszertifikate, ganz erhebliche Einsparungen bei den als Werbungskosten zu berücksichtigenden Zinsaufwendungen entstanden seien. Den Gebühren für den Erwerb der Zinssicherungszertifikate in Höhe von 52.692,55 DM für eine Zinsabsicherung über 7 Jahre würden voraussichtliche Zinsersparnisse in Höhe von weit über 300.000,00 DM gegenüberstehen. Im Gegensatz zu den von der Prüferin vertretenen Auffassung handele es sich nicht um sogenannte "Optionsscheine", die dem nichtsteuerrelevanten Bereich zuzuordnen seien, sondern um Zertifikate, mit denen ein Zinsbegrenzungsvertrag für die in Anspruch genommenen Fremdfinanzierungsdarlehen abgeschlossen werde. 18

Der Vorteil dieser Konstellation wäre jedoch noch deutlicher geworden, wenn im Gegensatz zur tatsächlichen Zinsentwicklung das Zinsniveau in den letzten Jahren deutlicher angestiegen wäre, wie es schon in früheren Jahren der Fall gewesen sei. Er hätte dann nämlich gegebenenfalls Zinsausgleichszahlungen erhalten, durch die der Anstieg seiner kurzfristigen Darlehenszinsen ausgeglichen worden wäre. Vorteilhafter sei natürlich, wenn dieser Fall nicht eintrete. Zunächst müsse er ja steigende Zinsen selbst tragen, bis der entsprechende Referenz-Zins 6,5 % übersteige. Erst bei einem noch weiteren Anstieg des Zinsniveaus würden Ausgleichszahlungen erfolgen. 19

Es gehe nicht an, dass das FA mit einem unbegründeten Hinweis auf § 23 EStG diese sinnvolle Entscheidung eines Steuerzahlers als unerheblich wegweise. Damit würde das FA dem Erzieler von "Überschusseinkünften" schlechter als den bilanzierenden Steuerzahler stellen, der die Möglichkeit habe, die Zinssicherungszertifikate zu bilanzieren. Das würde eine nicht vertretbare Ungleichbehandlung bedeuten. Dadurch, dass die Sinnhaftigkeit dieser kaufmännischen Entscheidung nicht bezweifelt werden könne, sei nach seiner Auffassung auch ein ausreichender Zusammenhang mit der Einkunftsart VuV gegeben. Ein zwingender Zusammenhang zwischen dem Darlehensvertrag und dem Zinssicherungsvertrag, wie vom FA gefordert, sei nicht erforderlich. Hierfür reiche ein objektiver und subjektiver Zusammenhang aus. Ein allgemeiner Zusammenhang mit den Einkünften aus VuV reiche aus. Eine vertragliche Verknüpfung der Darlehensverträge mit den Zinssicherungszertifikaten sei rechtlich nicht möglich. Wirtschaftlich sei diese Verknüpfung auch nicht gewollt. Bei jedem neuen Darlehensvertrag wäre der Steuerpflichtige dann an die entsprechende Bank gebunden und könnte somit nicht die Angebote der verschiedenen Banken vergleichen und sich dann für das günstigste Angebot entscheiden. 20

Der Kl. legt zur Begründung seines Einspruchs die Kaufabrechnungen der Bank für die Zinsausgleichszertifikate und entsprechende Verkaufsprospekte vor. Aus diesen Unterlagen 21

ergibt sich, dass es sich bei den Zertifikaten, die eine ganz normale Wertpapierkennnummer besitzen, um im Freiverkehr der Wertpapierbörse handelbare Wertpapiere handelt. In dem Verkaufsprospekt wird ausdrücklich auf die Risiken im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wertpapieren und Optionsscheinen (Kapitalverlust) hingewiesen. Der Kl. verweist außerdem auf einen Aufsatz des Rechtsanwaltes und Steuerberaters Holger Häuselmann (Betriebsberater 1990, 2149 ff.) zur Bilanzierung und Besteuerung von Zinsbegrenzungsverträgen hin. Danach können derartige Wertpapiere bilanziert und auf die Dauer der Laufzeit abgeschrieben werden. Der Autor vertritt auch die Auffassung, dass die Anschaffung derartiger Caps als Werbungskosten bei den Einkünften aus VuV berücksichtigt werden könnte, wenn eine variable Refinanzierung abgesichert werde. Für den Werbungskostenabzug sei es jedoch erforderlich, dass ein objektiver Zusammenhang mit einer auf Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit bestehe und die Aufwendungen subjektiv zur Förderung dieser steuerlich relevanten Tätigkeit gemacht würden.

Der Kl. beantragte daher im Einspruchsverfahren die Aufwendungen in vollem Umfang i. H. v. 38.830,05 DM als Sonderwerbungskosten zu berücksichtigen, hilfsweise die Anschaffungskosten auf den Zeitraum bis zum 21.02.2003 zu verteilen. 22

Das FA wies den Einspruch als unbegründet zurück. Für den Abzug der Aufwendungen als Werbungskosten sei Voraussetzung, dass objektiv ein Zusammenhang mit der auf die Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit zu erkennen sei und die Aufwendungen subjektiv zu diesem Zweck getätigt worden seien. Ein objektiver Zusammenhang mit den Einkünften aus VuV sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Bei den Aufwendungen des Kl. handele es sich um Anschaffungskosten für ein Wertpapier. Das Wertpapier sei an der Börse frei handelbar. Es bleibe dem Kl. unbenommen, im Falle einer Ausgleichszahlung, diese für andere Ausgaben als zur Zinsbegleichung für die im Vermietungsbereich bestehenden Darlehen zu verwenden. Ein objektiver Zusammenhang mit den Einkünften aus VuV sei daher nicht gegeben. Allein der Hinweis des Kl., dass es sich um eine wirtschaftlich sinnvolle Maßnahme handele, rechtfertige nicht die Anerkennung der Aufwendungen als Werbungskosten. Hierdurch werde kein objektiver Zusammenhang hergestellt. 23

Auch der Hinweis des Kl., was die unterschiedliche Behandlung von bilanzierenden Steuerpflichtigen mit denen, die nur Überschusseinkünfte erzielen würden, rechtfertige keine andere rechtliche Beurteilung. Dem Kl. sei dadurch, dass er kein Betriebsvermögen habe, die einfache Möglichkeit genommen, die Zertifikate in das Betriebsvermögen einzulegen. Ihm sei aber nicht die Möglichkeit genommen, den objektiven Zusammenhang mit den Einkünften aus VuV durch andere geeignete Maßnahmen so herzustellen, dass er objektiv ersichtlich sei. 24

Hiergegen richtet sich die vorliegende Klage, mit der der Kl. sein Begehren auf Abzug der 38.830,05 DM als zusätzliche Sonderwerbungskosten weiter verfolgt. Ergänzend zu seinem außergerichtlichen Vorbringen trägt er vor, er sei Mitglied der Grundstücksgemeinschaft Geschwister U. Die Geschwister U. würden seit Jahren Einkünfte aus der Vermietung zahlreicher Grundstücke in W erzielen. Durch die teilweise alte Bausubstanz seien regelmäßig größere Erhaltungsmaßnahmen durchzuführen. Gelegentlich müssten auch umfangreiche Grundsanierungsmaßnahmen durchgeführt werden, die einen hohen Fremdkapitalbedarf erfordern würden. Im Prüfungszeitraum würden zum jeweiligen 31.12. bei der B-Bank folgende Darlehen bestehen: 25

31.12.1995 2.700.000,00 DM 26

31.12.1996 3.500.000,00 DM 27

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 31.12.1997 3.900.000,00 DM  | 28 |
| 31.12.1998 4.500.000,00 DM  | 29 |
| 31.12.1999 5.000.000,00 DM  | 30 |
| 31.12.2000 5.000.000,00 DM  | 31 |
| 27.11.2001 5.500.000,00 DM. | 32 |

Die B -Bank, Niederlassung W , sei seit Jahren Hausbank für die Kreditfinanzierung der Gemeinschaft U . Außerdem unterhalte er bei der B -Bank verschiedene Konten und ein Wertpapierdepot mit ausschließlich festverzinslichen Wertpapieren. Bei der im Streitfall vorliegenden Kredithöhe werde mit dem Kreditinstitut natürlich häufig verhandelt. Die U-GbR habe in den vergangenen Jahren - und auch im Prüfungszeitraum - die Kreditfinanzierung kurzfristig über die B -Bank am internationalen Geldmarkt vorgenommen und dadurch besonders günstige Darlehenszinsen vereinbaren können. Allerdings bestehe bei dieser Finanzierungsform grundsätzlich die Gefahr, dass bei einem plötzlichen Anstieg des Zinsniveaus der Zeitpunkt zum Abschluss einer günstigen langfristigen Finanzierung verpasst werde. Er habe aus diesem Grund 1996 mit der kreditgebenden Bank verhandelt, um einen langfristigen Zins für die Immobilienfinanzierung auszuhandeln. Dabei sei er von dem zuständigen Bankmitarbeiter, Herrn Z , auf die Möglichkeit der Zinsabsicherung durch den Kauf sogenannter Zinssicherungszertifikate aufmerksam gemacht worden. Ihm sei bisher diese Finanzierungsmöglichkeit unbekannt gewesen. Nach eingehender Beratung durch das Kreditinstitut habe er sich entschlossen, die Kredite der U-GbR - und auch seine eigenen Immobilienkredite - weiter kurzfristig über den internationalen Geldmarkt zu finanzieren und zur Vermeidung eines Zinsrisikos ein Zinssicherungsgeschäft abzuschließen. Die Zinsabsicherung sei durch den Kauf sogenannter "Zinssicherungszertifikate oder Caps", ausgegeben von der A -Bank, erreicht worden.

Für den Kauf der Zertifikate seien in 1996 insgesamt 77.660,10 DM aufgewendet worden, die jeweils zur Hälfte in Höhe von 38.830,05 DM auf ihn und auf die U-GbR entfallen würden.

Die U-GbR habe diese Zinssicherungsgewähr als Werbungskosten bei den Einkünften aus VuV geltend gemacht. Dabei sei nach dem Abflussprinzip verfahren und die Gebühr in einer Summe als Werbungskosten des Jahres 1996 behandelt worden. Für die in 1997 nachgekauften Zertifikate sei die Gebühr bei den Einkünften aus VuV 1997 geltend gemacht worden. Entsprechend seien in seiner Einkommensteuererklärung bei seinen Einkünften aus VuV Werbungskosten in gleicher Höhe für die andere Hälfte der Aufwendungen angesetzt worden. Entgegen der Auffassung des FA sei die gezahlte Gebühr als Werbungskosten anzuerkennen.

Nach § 9 EStG seien Werbungskosten alle Aufwendungen des Steuerpflichtigen, die zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen getätigt würden. Aufwendungen müssten ihre Veranlassung im Bereich der zu erzielenden Einkunftsart haben. Insbesondere müsse objektiv ein Zusammenhang zu der Einkunftserzielungsabsicht bestehen. Dafür genüge nach einschlägiger Rechtsprechung ein mittelbarer Zusammenhang. Er habe im Veranlagungszeitraum 1996 Zinssicherungszertifikate erworben, mit denen die Fremdfinanzierung für Immobilien in ihrem Zinsberechnungsprozentsatz abgesichert werden sollte und auch heute noch abgesichert werde. Durch den Erwerb der A -Bank-Zins-Cap-Zertifikate im Jahr 1996 mit einer Laufzeit bis zum 21.02.2003 habe er erreichen können, dass trotz kurzfristiger Zinsfestschreibung bei den Darlehen eine Zinssicherheit über 7 Jahre

eingetreten sei. Durch den mit den Zertifikaten erworbenen Zinsausgleichsanspruch habe er im Ergebnis eine "Zinsversicherung" erhalten, die ihn vor einer Zinssteigerung in unvorhergesehenen Höhen absichere. Damit sei ein ausreichender Verursachungszusammenhang zu den Einkünften aus VuV hergestellt.

Die in der Einspruchsentscheidung vom FA geforderte Herstellung eines objektiven Zusammenhangs, durch z. B. Abtretung der Ansprüche aus den Zertifikaten an die darlehensgebende Bank könne nicht verlangt werden. Für die Absicherung der Kredite sei dies nicht erforderlich, da eine entsprechende Absicherung durch Grundpfandrechte bestehe. Für die Absicherung des Zinseinganges beim darlehensgebenden Kreditinstitut sei die Abtretung ebenfalls nicht erforderlich, weil die Bank dafür keinen Anlass sehe. Das FA fordere also die Herstellung eines vertraglichen Zusammenhanges nur aus steuerlicher Sicht, obwohl diese Verknüpfung wirtschaftlich weder sinnvoll noch gefordert sei. Damit verlange das FA eine Vertragsgestaltung, die nur aus steuerlichen Gründen gewählt werden solle. Im Ergebnis sei das eine Anregung zu einer Vertragsgestaltung im Sinne des § 42 AO. Die vom FA geforderte vertragliche Abhängigkeit von Darlehensvertrag und Zinssicherungsgeschäft könne deshalb für die Entscheidung, ob Werbungskosten vorliegen würden, nicht entscheidungserheblich sein. Die kreditgebende Bank habe ihn ausdrücklich auf die Möglichkeit der Zinssicherung hingewiesen und ihm diese Art der Zinssicherung empfohlen. Es handele sich hier um ein Absicherungsgeschäft, wie es bei Kreditinstituten im eigenen Geschäftsbereich gang und gäbe sei. Der zuständige Bankberater, Herr Z, werde hiermit ausdrücklich als Zeuge benannt, um den Nachweis zu erbringen, dass der Kauf dieser Zinszertifikate von Seiten der Bank angeregt worden sei und damit in keinerlei Zusammenhang mit irgendwelchen Vermögensanlagen des Kl. stehe. Er habe bei seinen Vermögensanlagen noch nie spekulative Wertpapiere erworben. Auch dies ein Indiz dafür, dass der Kauf der Zinssicherungszertifikate ausdrücklich durch die Vermietungseinkünfte veranlasst worden sei.

37

Der Kl. beantragt,

38

unter Änderung des Feststellungsbescheides 1996 für die GbR vom 31.01.2000 und unter 39  
Aufhebung der Einspruchsentscheidung vom 25.06.2001 die Feststellung zu ändern und die  
Einkünfte aus VuV durch zusätzliche auf ihn entfallende Sonderwerbungskosten in Höhe von  
38.830,05 DM von 483.981,43 DM auf 445.151,38 DM festzustellen.

Das FA beantragt,

40

die Klage abzuweisen.

41

Es hält unter Hinweis auf seine Einspruchsentscheidung an seiner Auffassung fest, dass die 42  
Aufwendungen für die Anschaffung der Zinsausgleichszertifikate nicht als  
Sonderwerbungskosten bei der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen zu berücksichtigen  
seien. Ergänzend meint es, es handele sich im Streitfall nicht, wie der Kl. vortrage, um eine  
Zinssicherungsgebühr. Zinssicherungsgebühren würden an die Bank gezahlt, die auch die  
Darlehen gewährt habe. Sie seien einem bestimmten Darlehensvertrag zugeordnet und  
würden verhindern, dass die Zinsen über einen bestimmten Zinssatz hinaus steigen würden.  
Derartige Aufwendungen seien unstreitig als Werbungskosten abzugsfähig. Wegen der  
weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der vom FA vorgelegten Steuerakten sowie auf die  
zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze (Schriftsatz des Kl. vom 25.07.2001,  
01.10.2001 und 28.11.2001 nebst Anlagen sowie Schriftsatz des FA vom 17.01.2002)  
verwiesen.

43

Der Senat hat in diesem Verfahren am 31.03.2004 mündlich verhandelt. Auf die Niederschrift hierüber wird Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist unbegründet.

Das FA hat zu Recht die vom Kl. in 1996 getätigten Aufwendungen in Höhe von 77.660,10 DM für die Anschaffung der Zinssicherungs-Zertifikate Caps in der von ihm geltend gemachten Höhe von 38.830,05 DM nicht als Sonderwerbungskosten des Kl. bei der Feststellung der Einkünfte der GrundstückU-GbR für 1996 in einer Summe berücksichtigt und auch zu Recht nicht die Verteilung des Betrages auf die Laufzeit der Zinssicherungs-Zertifikate zum Abzug zugelassen.

Die Voraussetzungen für einen Werbungskostenabzug gemäß § 9 EStG liegen nicht vor.

Bei dem vom Kl. in 1996 getätigten Aufwendungen in Höhe von insgesamt 77.660,10 DM handelt es sich um Anschaffungskosten in drei Tranchen à 5.000 Stück zum Kurswert in Höhe von 5,40 DM, 5,00 DM und 4,97 DM pro Stück für den Erwerb von 15.000 Zinssicherungs-Zertifikate-Caps 1996/2003 (sogenannte Cap-Zertifikate) der Serie 2 (Basiszinssatz: 6,5 %, Wertpapier-Kenn-Nr. 1 , Laufzeit: 21.02.1996 bis 21.02.2003) der A - Bank. Dabei wird pro Zertifikat ein Differenzbetrag gezahlt, der sich errechnet aus der Differenz um den der 6-Monats-DM-LIBOR (London Interbank Offered Rate für 6-Monats-Deutsche Mark-Einlagen) den jeweiligen Basiszinssatz überschreitet, berechnet auf einen Betrag von 100,00 DM für die jeweils folgende Halbjahres-Berechnungsperiode. Hierbei handelt es sich um im Freiverkehr der Wertpapierbörse handelbare Wertpapiere. Die vom Kl. hierfür gezahlten Beträge sind keine Werbungskosten im Sinne des § 9 EStG.

Werbungskosten sind Aufwendungen oder Erwerbsaufwendungen, die in Geld und Geldeswert bestehen und durch ihr Abfließen eine Vermögensminderung bewirken (vgl. Dreseck in Schmidt, EStG, 22. Aufl. § 9 Rdn. 2 m. w. N.).

Eine Vermögensminderung liegt hier deshalb nicht vor, weil der Kl. mit den Cap-Zertifikaten Wirtschaftsgüter mit einem vergleichbaren Gegenwert erhalten hat.

Der Verkäufer eines Zins-Cap verpflichtet sich, am Ende der vereinbarten Zinsperiode dem Cap-Käufer die Differenz zwischen der festgelegten Zinsobergrenze (hier 6,5 %) und dem vereinbarten variablen Differenzzinssatz (hier die London Interbank Offered Rate für 6-Monats-Deutsche Mark-Einlagen (6-Monats-DM-LIBOR)) zu zahlen. Liegt der Marktzins unterhalb der Obergrenze, werden - wie hier - keine Zahlungen fällig. Schwerpunkt einer derartigen Zinsbegrenzungsvereinbarung ist die Einräumung eines bedingten Ausgleichsanspruchs im Rahmen einer einseitigen den Stillhalter bzw. Cap-Verkäufer verpflichtenden Vertrages. Bei Zins-Caps handelt es sich um nicht standardisierte börsenfreie Individualvereinbarungen. Gekaufte Caps sind bei einem bilanzierenden Unternehmer als Vermögensgegenstand bzw. Wirtschaftsgut zu qualifizieren, da sie eigenständig verkehrsfähig und selbständig veräußerbar sind. Sie sind demnach aktivierungspflichtige immaterielle Wirtschaftsgüter. Der Cap-Käufer erhält eine wirtschaftlich werthaltige Rechtsposition gegenüber dem Stillhalter, für die ein - wenn auch nicht ausgeprägter - Sekundärmarkt besteht, über den eine konkrete Veräußerbarkeit zu Verkehrswerten darstellbar ist (vgl. zum Vorstehenden Holger Häuselmann, Bilanzierung und Besteuerung von Zinsbegrenzungsverträgen, Betriebsberater 1990, 2149 ff. m. w. N.).

Das FA hat auch die vom Kl. im Einspruchsverfahren begehrte Verteilung der Anschaffungskosten auf die Laufzeit der Cap-Zertifikate vom 21.02.1996 bis 21.02.2003 als abziehbare Werbungskosten bei den Einkünften aus VuV bei der U-GbR zu Recht abgelehnt.

Werbungskosten sind alle Aufwendungen, die durch die Erzielung von steuerpflichtigen Einnahmen veranlasst sind. Eine auf die Einnahmeerzielung bezogene Veranlassung von Aufwendungen ist dann zu bejahen, wenn objektiv ein Zusammenhang mit der auf Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit besteht und subjektiv die Aufwendungen zur Förderung dieser steuerlich relevanten Tätigkeit gemacht werden (vgl. BFH-Urteil vom 28.11.1980, VI R 193/77, BStBl. II 1981, 368 m. w. N.). Dabei ist der objektive Zusammenhang stets zwingend, während die subjektive Absicht (z. B. bei unfreiwilligen Ausgaben) kein notwendiges Merkmal des Werbungskosten-Begriffs ist. Es genügt auch ein mittelbarer Zusammenhang (vgl. BFH-Urteil vom 06.03.1979, VIII R 110/74, BStBl. II 1979, 551). Dieser ist aber nur dann gegeben, wenn die Aufwendungen in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der auf Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit stehen; das auslösende Moment für die Aufwendungen muss der einkommensteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre zuzuordnen sein (BFH-Beschluss vom 04.07.1990, GrS 2-3/88, BStBl. II 1990, 817).

53

Die Aufwendungen dürfen keine Anschaffungskosten eines Vermögensgegenstandes sein, mit dessen Hilfe erst der Tatbestand der Einkünfteerzielung verwirklicht wird, es sei denn, dass nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG Absetzungen von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten als Werbungskosten abgezogen werden können.

54

Die Anschaffungskosten eines zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung angesetzten Vermögensgegenstandes hängt zwar mit den Einkünften zusammen; sie sind jedoch nicht Werbungskosten im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG. Der Gesetzgeber hat im EStG zwischen den Gewinneinkünften und den Überschusseinkünften unterschieden. Im Gegensatz zu den Gewinneinkünften (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EStG) bleiben bei den Überschusseinkünften (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 bis 7 EStG) Wertveränderungen von Vermögensgegenständen, die zur Einkünfteerzielung angesetzt werden, bei der Einkünfteermittlung von Ausnahmen abgesehen (vgl. § 22 Nr. 2, § 23 EStG) - außer Betracht. Dementsprechend haben der Erwerb und die Veräußerung von Vermögensgegenständen, die der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung dienen, grundsätzlich keine einkommensteuerrechtlichen Folgen. Sie führen nicht zu Einkünften und dürfen sich auch nicht auf die Höhe des Überschusses der Einnahmen über die Werbungskosten auswirken. Es handelt sich bei den Wertveränderungen weder um Einnahmen (§ 8 EStG) noch um Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG).

55

Der Grundsatz, dass der Erzielung von Überschusseinkünften dienende Vermögen und seine Wertveränderungen sich nicht auf die Höhe der Einkünfte auswirken darf, wird dadurch durchbrochen, dass die AfA auf den zur Erzielung von Einkünften eingesetzten Vermögensgegenstand gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG zum Abzug zugelassen werden (vgl. zum Vorstehenden BFH-Urteil vom 21.12.1982, VIII R 215/78, BStBl. II 1983, 410).

56

Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG ist bei Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder Nutzung durch den Steuerpflichtigen zur Erzielung von Einkünften sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt, jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzusetzen, der bei gleichmäßiger Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt. Die Inanspruchnahme von AfA setzt danach voraus, dass der Steuerpflichtige Anschaffungs- oder Herstellungskosten für ein Wirtschaftsgut aufgewendet hat, die

57

Nutzungsdauer dieses Wirtschaftsgutes mehr als ein Jahr beträgt und das Wirtschaftsgut der Einkünfteerzielung dient.

Der Senat kann nicht feststellen, dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift hier vorliegen. 58

Es steht nämlich aufgrund der Umstände des vorliegenden Sachverhaltes nicht zur Überzeugung des Senats fest, dass es sich bei den vom Kl. in 1996 erworbenen Cap-Zertifikaten um Wirtschaftsgüter handelt, die seit dem Streitjahr 1996 der Erzielung von Einkünften aus VuV der U-GbR dienen sollten. Bei den Cap-Zertifikaten kann es sich nämlich auch um Gegenstände handeln, die der Kl. entweder aus privaten Gründen als Privateigentum zu Spekulationszwecken oder deshalb angeschafft hat, um damit eigene Einkünfte aus VuV mit dem ihm selbst gehörenden umfangreichen Grundbesitz zu erzielen. 59

Zwar trägt der Kl. vor, dass er durch seine kreditgebende Bank ausdrücklich auf diese Möglichkeit der Zinssicherung hingewiesen und ihm diese Art der Zinsabsicherung empfohlen worden sei. Es handelt sich hier nach seiner Auffassung um ein Absicherungsgeschäft, wie es bei Kreditinstituten im eigenen Geschäftsbereich gang und gäbe sei. Der zuständige Bankberater könne bekunden, dass der Kauf dieser Zinszertifikate von Seiten der Bank angeregt worden sei und damit in keinerlei Zusammenhang mit irgendwelchen Vermögensanlagen seinerseits stehe. Er, der Kl., habe bei seinen Vermögensanlagen noch nie spekulative Wertpapiere erworben. Auch das sei ein Indiz dafür, dass der Kauf der Zinssicherungszertifikate durch die Vermietungseinkünfte veranlasst worden sei. 60

Wenn man dieses als richtig unterstellt, würde dieses dafür sprechen, dass es dem Kl. mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit um die Zinsabsicherung im Bereich VuV ging. Dieses ist aber letztlich nicht sicher. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass der Kl. aufgrund des Beratungsgesprächs mit dem Angestellten der A -Bank auch die spekulativen Möglichkeiten erkannt hat, die unabhängig von einer Absicherung von kurzfristigen Darlehen im Bereich VuV im privaten Bereich hiermit gegeben sind. Der Kl. war nämlich jederzeit frei, während der Laufzeit der Cap-Zertifikate vom 21.02.1996 bis 21.02.2003 bei sich abzeichnender Erhöhung der Kapitalmarktzinsen für Kredite anstelle der kurzfristigen Darlehensverbindlichkeiten langfristige Darlehensverbindlichkeiten einzugehen. Gleichzeitig konnte er dann bei Überschreiten des Referenzzinssatzes über den vereinbarten Basiszinssatz von 6,5 % hinaus die Ausgleichszahlungen im Privatvermögen erhalten, und zwar außerhalb der Spekulationsfrist steuerfrei. 61

Der Kl. hat bei Erwerb der Cap-Zertifikate keine für das FA objektiv erkennbare Erklärung abgegeben, dass er die Cap-Zertifikate eindeutig den Einkünften aus VuV der U-GbR zuordnen wolle. 62

Dagegen, dass er dieses vorhatte, spricht zum Einen die Herkunft der Mittel. Der Kl. hat hierfür sein eigenes Geld und nicht das Geld der U-GbR eingesetzt. Zum Anderen hat er die Cap-Zertifikate ausweislich der Kaufbelege der B -Bank für sich und nicht für die U-GbR gekauft. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der Kl. zunächst eine abschließende Zuordnung der Cap-Zertifikate weder bei deren Erwerb noch bei der Abgabe sowohl seiner eigenen Steuererklärungen, als auch bei der Abgabe der Steuererklärungen für die U-GbR für den Prüfungszeitraum 1996 bis 1998 vorgenommen hat. Erst im Rahmen der für die Jahre 1996 bis 1998 im Jahre 1999 durchgeführten Betriebsprüfung (Bp), die sowohl die Steuerfestsetzung für ihn und seine Ehefrau, als auch die Veranlagungen für die U-GbR und die S-GmbH betraf, hat er gegenüber der Prüferin darauf hingewiesen, dass die Zinszertifikate der Zinsabsicherung der von ihm persönlich eingegangenen kurzfristigen Verbindlichkeiten betreffen würden. Dass der Kl. erstmals im Einspruchsverfahren behauptet, 63

die Cap-Zertifikate beträfen zur Hälfte die Zinsabsicherung hinsichtlich der von ihm getroffenen kurzfristigen Darlehensvereinbarungen mit der B - Bank und zur anderen Hälfte die Zinsabsicherung hinsichtlich der von ihm für die U-GbR eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten, trägt nicht zur Überzeugungskraft seines Vorbringens bei. Dies spricht eher dafür, dass sich der Kl. beim Erwerb der Cap-Zertifikate selbst nicht klar war, ob er diese ausschließlich in seinem Bereich der Erzielung der Einkünfte aus VuV oder auch im Bereich der Erzielung der Einkünfte aus VuV der U-GbR einsetzen wollte. Es ist außerdem möglich, dass der Kl. die Entscheidung, ob er die Cap-Zertifikate dem Bereich VuV oder dem Privatbereich zuordnen will, zunächst bewußt offen gelassen hat, um bei stark ansteigendem Darlehenszinssatz die Möglichkeit zu haben, die erworbenen Cap-Zinszertifikate dem Privatbereich zuzuordnen, und dann die Ausgleichszahlungen der A Bank als steuerfreie Spekulationseinnahmen zu erhalten.

Im Übrigen ist für den Senat nicht plausibel, warum der Kl., ohne dazu verpflichtet zu sein, die Cap-Zertifikate zur Hälfte für die Zinsabsicherung der kurzfristigen Darlehensverbindlichkeiten der U-GbR verwenden wollte, obwohl er selbst nur 16,66 v. H. an der U-GbR beteiligt war. 64

Diese Unklarheiten im Sachverhalt muss der Kl., der insoweit die Beweislast trägt, gegen sich gelten lassen. 65

Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO. 66