
Datum: 11.12.2013
Gericht: Finanzgericht Münster
Spruchkörper: 6. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 K 3045/11 F
ECLI: ECLI:DE:FGMS:2013:1211.6K3045.11F.00

Sachgebiet: Finanz- und Abgaberecht

Tenor:

Der Beklagte wird verpflichtet, unter Aufhebung des Bescheides vom 30.03.2009 und der Einspruchsentscheidung vom 01.08.2011 einen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2007 zu erlassen, in dem ein nach DBA steuerfreier, im Inland dem Progressionsvorbehalt unterliegender Verlust aus Gewerbetrieb in Höhe von 32.153.308,63 € festgestellt und den Beigeladenen erklärungsgemäß anteilig zugerechnet wird.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen werden nicht erstattet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Streitig ist die steuerrechtliche Behandlung von Goldgeschäften der Klägerin im Ausland. 1

Die Klägerin ist eine Gesellschaft in Form einer General Partnership, die mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages vom 20.12.2007 nach englischem Recht gegründet wurde. Die Kapitaleinlage betrug 5 Mio. €. Gesellschafter der Klägerin sind der Beigeladene zu 1. A und die Beigeladene zu 2. Frau B, die in N ihren Wohnsitz haben. Der Beigeladene zu 1. ist zu 80% und die Beigeladene zu 2. zu 20% an der Klägerin beteiligt. Beide Gesellschafter sind einzeln zur Geschäftsführung befugt. Nach Nr. 3 des Gesellschaftsvertrages bestand die 2 3

Klägerin ab dem 14.12.2007 und sollte auf unbestimmte Zeit bestehen. Die Klägerin hat seit ihrer Gründung ihren Sitz in London. Geschäftszweck der Klägerin ist seit ihrer Gründung der Kauf, der Verkauf, der Handel oder anderweitige Geschäfte mit Edelmetallen einschließlich Kauf und Verkauf von Optionen oder sonstigen Derivaten zum Zwecke der Verringerung von Verlustrisiken bzw. Hebung von Renditechancen. Außerdem darf die Klägerin nach dem Gesellschaftsvertrag auch Handels- oder Beratungsdienstleistungen gegenüber Dritten erbringen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages vom 20.12.2007 und des Gesellschaftsvertrages vom 10.03.2008 Bezug genommen.

Mit Vertrag vom 17.12.2007 mietete der Beigeladene zu 1. als geschäftsführender Gesellschafter der Klägerin ein Büro in London von der Firma S an. Der Mietvertrag war zunächst bis zum 31.01.2008 befristet und wurde zweimal um jeweils einen Monat verlängert. Ende März 2008 endete das Mietverhältnis. Das Büro war unter anderem mit einem Computer, Internetanschluss, einem Faxgerät und einem Telefon ausgestattet. Die Klägerin erhielt eine eigene E-Mail-Adresse. In Briefen erschienen Name und Anschrift der Klägerin im Briefkopf. 4

Für den Handel mit Edelmetallen - insbesondere Gold - eröffnete die Klägerin bei der Bank (fortan: BANK) zwei Konten. Unter dem Konto mit der Unternummer 8 wurden Euro- und US-Dollarbeträge erfasst und unter dem Unterkonto 9 Goldbestände. Weiter nahm die Klägerin am 21.12.2007 bei der BANK einen Kontokorrentkredit in Höhe von 32 Mio. € auf. Am selben Tag erwarb die Klägerin 57.463,50 Unzen Gold (Preis pro Unze Gold: 559,06 €) und nahm hierfür einen Kontokorrent in Höhe von 32.125.544,31 € in Anspruch. Das Gold wurde in den Räumlichkeiten der BANK verwahrt. Die zunächst in Sammelverwahrung befindlichen Goldbarren wurden etwa zwei Tage nach dem Zeitpunkt des Kaufs räumlich separiert und in gesonderten Tresoren für "allokiertes" Gold verwahrt. Weiter wurden sie in einer Barrenliste vermerkt und deren Wert unter Angabe der Werteinheit (Unzen) auf dem "allocated Goldkonto" der Klägerin gutgeschrieben. In der Barrenliste waren die Barrennummern, das Gesamtgewicht und die Feinheit der einzelnen Goldbarren jeweils vermerkt. Auf den Inhalt der Barrenliste (Anlage 11 der Klageschrift) wird Bezug genommen. Die Goldbarren wurden in den Tresoren getrennt von anderen Goldbeständen aufbewahrt. 5

Am 10.03.2008 mietete die Klägerin in London eine Wohnung an, die als neue Geschäftsadresse und als Büro mit Wirkung zum 15.03.2008 diente. Das Mietverhältnis war für zwölf Monate vereinbart. Das Büro war unter anderem mit einem eigenen Faxgerät und einem Computer ausgestattet. 6

Am 11.03.2008 erwarb die Klägerin gebrauchte Lebensversicherungspolice im Wert von 61.463,82 GBP (Britische Pfund) von der Portfolio Design Group International Limited. 7

Das im Dezember 2007 erworbene Gold veräußerte die Klägerin in zwei Tranchen am 07.01.2008 und am 02.04.2008 vollständig. Anschließend erwarb die Klägerin neue Goldbarren und veräußerte diese wieder. Diesen Vorgang wiederholte die Klägerin fortlaufend in den Jahren 2008 bis 2010. Das ab 2008 gekaufte Gold wurde in gleicher Weise behandelt wie das im Dezember 2007 erworbene Gold. Die Goldbarren wurden immer aus der Sammelverwahrung entnommen und in den dafür vorgesehenen Räumlichkeiten der BANK separat verwahrt sowie in Barrenlisten vermerkt. Die folgende Tabelle zeigt die Mindestanzahl der in den Jahren 2007 bis Mai 2010 getätigten, durch Kontoauszüge (Statement of Account) der BANK nachgewiesenen Goldgeschäfte: 8

Zahlungsabgang (Anschaffung)	Wert €/USD	Zahlungseingang (Veräußerung)	Wert
27.12.2007	32.125.544,31 €	07.01.2008	16.746.830,00 €
		02.04.2008	17.007.722,91 €
17.01.2008	1.214.043,78 €	04.02.2008	1.238.208,82 €
20.02.2008	1.232.088,88 €	05.03.2008	1.246.572,29 €
27.02.2008	767.472,11 €	01.07.2008	703.146,76 €
24.02.2009	789.452,49 USD	08.10.2009	825.925,80 USD
31.07.2009	368.204,72 USD	14.08.2009	373.216,72 USD
01.09.2009	1.130.316,75 USD	08.09.2009	1.174.865,37 USD
20.10.2009	834.167,13 USD	06.11.2009	585.827,30 €
06.11.2009	870.144,47 USD		
08.12.2009	954.597,07 USD	05.02.2010	890.730,93 USD
18.03.2010	649.782,09 €	07.04.2010	1.325.229,98 €
19.05.2010	1.197.310,47 €	04.10.2010	1.572.298,59 USD

Neben den Goldankäufen und -verkäufen legte die Klägerin im Jahr 2008 Festgeld an, kaufte und verkaufte Lequidity Funds über die BANK. Bei diesen Funds handelte es sich um Wertpapiere. Wegen der Einzelheiten wird auf die Auszüge der BANK (Statement of Account) Bezug genommen. 10

Die Klägerin ließ sich von der Firma Trading Partners beraten und zahlte hierfür Beratungsgebühren für die Zeit von Dezember 2007 bis März 2008 in Höhe von 11.500,00 GBP. Die Beratungsleistungen hatte Herr S erbracht. Die Rechnung der Firma Trading Partners datiert vom 15.12.2008. 11

Ende 2008 ließ die Klägerin ein Konto bei der BANK 2 (fortan: BANK 2) eröffnen, über das sie neben dem bestehenden Konto bei der BANK Gold kaufte und verkaufte. 12

Die Beigeladenen erklärten für die Jahre 2007 bis 2010 in Großbritannien Einkünfte aus Gewerbebetrieb und zahlten in Großbritannien Steuern auf die erklärten Gewinne, die aus der Geschäftstätigkeit der Klägerin erzielt wurden. Dabei ermittelten die Beigeladenen den Gewinn auf der Grundlage von Einnahmen und Ausgaben. Auf den Inhalt der Steuererklärungen für die Steuerjahre 2007/2008, 2008/2009 und 2009/2010 wird verwiesen 13

(Anlagen 18, 19 und 20 der Klageschrift).

Am 28.01.2009 reichte die Klägerin die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung beim Beklagten ein. Darin erklärte sie einen Verlust aus Gewerbebetrieb in Höhe von 32.153.309,00 € und rechnete diesen dem Beigeladenen zu 1. in Höhe von 25.722.647,20 € und der Beigeladenen zu 2. in Höhe von 6.430.661,80 € zu. Der Verlust ergab sich daraus, dass den Einnahmen aus Kursgewinnen in Höhe von 2.660,97 € Ausgaben in Höhe von insgesamt 32.155.969,60 € gegenüberstanden. Mit Bescheid vom 26.02.2009 stellte der Beklagte nach DBA steuerfreie Einkünfte/laufende Einkünfte, die dem Progressionsvorbehalt unterliegen, in Höhe von insgesamt 27.765,00 € fest. Der Beklagte erkannte dabei die in der Einnahmenüberschussrechnung der Klägerin aufgeführten Ausgaben mit Ausnahme der Anschaffungskosten für das im Jahr 2007 erworbene Gold an. Diese Kosten in Höhe von 32.125.544,31 € ließ der Beklagte unberücksichtigt. In den Erläuterungen zum Bescheid begründete der Beklagte seine Feststellungen damit, dass der Gewinn der Klägerin nicht nach § 4 Abs. 3 Einkommensteuergesetz (EStG) zu ermitteln sei. Personengesellschaften, zu denen auch die Klägerin zähle, hätten in Großbritannien ihre steuerliche Gewinnermittlung nach den bilanzrechtlichen Vorschriften zu erstellen.

14

Hiergegen legte die Klägerin am 27.03.2009 Einspruch ein und begründete diesen wie folgt: Für die Klägerin sei ein ausländischer Betriebsstättenverlust in der beantragten Höhe als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gesondert festzustellen. Die Ermittlung des Verlustes durch Einnahmenüberschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG sei zulässig gewesen. In Großbritannien sei die Klägerin nicht zum Führen von Büchern und Erstellen von Abschlüssen verpflichtet gewesen. Steuerlich habe die Klägerin nach englischem Recht unternehmerische Einkünfte in Form von Handelsgewinnen und Handelsverlusten, sog. "trade income", erzielt. Das steuerliche Handelsergebnis sei in Übereinstimmung mit den UK-Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (UK-GAAP) zu ermitteln gewesen. Dies habe weder eine Bilanz noch einen Bestandsvergleich durch Gegenüberstellung des Betriebsvermögens am Schluss und am Anfang der Abrechnungsperiode erfordert. Das Handelsergebnis habe vielmehr auf der Grundlage von Einnahmen und Ausgaben ermittelt werden können. Die Klägerin habe nach diesen Grundsätzen ihr Handelsergebnis ermittelt. Die Klägerin habe auch nicht freiwillig Bücher geführt oder Abschlüsse erstellt. Da das erworbene Gold im Jahr 2007 Umlaufvermögen geworden sei, seien die Aufwendungen in Höhe von 32.125.544,31 € als Betriebsausgaben anzusehen, die im Jahr 2007 abgeflossen seien. Selbst wenn die Klägerin nach ausländischem Recht Bücher hätte führen und Abschlüsse erstellen müssen, sei sie hierzu nicht für steuerliche Zwecke in Deutschland verpflichtet gewesen. Denn eine Übertragung der ausländischen Rechtsvorschriften auf die deutsche Gewinnermittlung scheidet aus. Soweit die Vorschriften des § 4 Abs. 3 EStG und § 140 Abgabenordnung (AO) auf "gesetzliche Vorschriften" verwiesen, könne es sich nur um solche des nationalen - also deutschen - Rechts handeln.

15

Mit Schreiben vom 06.04.2009 legte die Klägerin der Beklagten ein in Englisch verfasstes Schreiben der in London ansässigen Anwaltskanzlei N vom 03.04.2009 vor. Danach sei eine General Partnership in Großbritannien nicht verpflichtet, Bücher zu führen oder Abschlüsse zu erstellen. Der Gewinn oder der Verlust sei "on a cash basis" zu ermitteln.

16

Am 19.04.2010 begann bei der Klägerin auf Grundlage der Prüfungsanordnung vom 24.02.2010 eine Betriebsprüfung durch das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung N, welche die Jahre 2007 und 2008 umfasste. Prüfungsgegenstand waren die Umsatzsteuer, die gesonderte und einheitliche Feststellung von Einkünften und die Gewerbebesteuer. Mit

17

Schreiben vom 18.05.2010 forderte der Betriebsprüfer die Klägerin auf, zu verschiedenen Fragen Auskunft zu geben. Auf die Frage, wer den Auftrag zum Kauf und Verkauf des Goldes gegeben habe und wer den Auftrag entgegengenommen habe, antwortete die Klägerin mit Schriftsatz vom 02.07.2010 wie folgt: Der operative Handel mit Gold sei allein von den Geschäftsführern der Klägerin in Großbritannien vorgenommen worden. Diese hätten die Konten eröffnet und den Handelskredit im Jahr 2007 aufgenommen. Weiter hätten sie die Aufträge zum Kauf und zum Verkauf des Goldes erteilt. Dies sei telefonisch erfolgt. Hierzu seien - unter Nutzung des Büros in London - entsprechende Kauf- und Verkaufspreisangebote über die BANK für eine bestimmte Anzahl von Unzen eingeholt worden. Der Preis habe von Tag zu Tag variiert. Vorliegend sei der Handel auf Monatsbasis vorgenommen worden, so dass der Tagespreis keine Bedeutung gehabt habe. Entscheidend sei der Trend gewesen. Ob der Preis zum Kauf oder Verkauf attraktiv war, sei unter Berücksichtigung von Beratungsleistungen des Herrn S analysiert worden.

Am 21.12.2010 fand eine Schlussbesprechung statt. Die Betriebsprüfung wurde mit Bericht vom 17.01.2011 beendet. In seinem Prüfungsbericht stellte der Prüfer unter anderem fest, die Klägerin habe alle Geschäfte mit der BANK und der BANK 2 in London abgewickelt. Gegenüber dritten Personen sei sie nicht tätig geworden. Sie habe weder ein nach außen erkennbares Geschäftslokal noch eine Website im Internet gehabt. Sie sei in keinem Branchenverzeichnis erfasst gewesen. Da sich die Klägerin weder als Goldmaklerin im Großhandel auf dem professionellen Goldmarkt noch als Goldhändlerin im engeren Sinne im Einzelhandel (Verkauf von Goldmünzen und kleinen Goldbarren) betätigt habe, sei sie in den Streitjahren nicht als Gewerbetreibende anzusehen. Dies folge aus der Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb. Dabei seien die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Wertpapierhandel anzuwenden, weil Wertpapierhandel und Goldhandel miteinander vergleichbar seien. Die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Klägerin spreche dafür, dass private Vermögensverwaltung vorgelegen habe. So seien zwar ein Büro in London eingerichtet und eine Person mit der Büroverwaltung beauftragt worden. Doch hätten weder diese Person noch die Gesellschafter selbst über einschlägige berufliche Erfahrungen verfügt. Es seien auch keine Goldgeschäfte für fremde Dritte ausgeführt worden. Der Schwerpunkt der Tätigkeit der Klägerin habe demnach in der Verwaltung von Festgeld und Fundsbeteiligungen gelegen. Die Anzahl der Umsätze mit Gold sei demgegenüber gering gewesen. Die Frage, ob die Klägerin bilanzierungspflichtig sei, müsse aufgrund der Zuordnung zur Vermögensverwaltung nicht mehr geklärt werden. Im Jahr 2008 sei ein Spekulationsgewinn nach § 23 EStG zu berechnen. Dieser sei den Beigeladenen - den Gesellschaftern Herrn _____ und Frau _____ - anteilig zuzurechnen und bei ihnen zu versteuern. 18

Mit Verfügung vom 30.03.2011 hob der Beklagte den Bescheid zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für 2007 vom 26.02.2009 sowie den Vorbehalt der Nachprüfung auf. Zur Begründung seiner Verfügung verwies der Beklagte auf die Ergebnisse der Betriebsprüfung. Hiergegen legte die Klägerin am 06.04.2011 Einspruch ein und begehrte den Erlass eines Bescheides, in dem der Verlust der Klägerin für das Jahr 2007 wie erklärt festgestellt und den Gesellschaftern anteilig zugerechnet wird. Da im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Klägerin Miete, Reise- und Beratungskosten entstanden seien, müsse der Beklagte zumindest diese als Besteuerungsgrundlagen in einem Bescheid gesondert und einheitlich feststellen. 19

Mit Einspruchsentscheidung vom 01.08.2011 wies der Beklagte die Einsprüche der Klägerin als unbegründet zurück. Seine Entscheidung begründete der Beklagte damit, dass die Klägerin keinen Gewerbebetrieb ausgeübt habe. Dafür spreche, dass die Klägerin selbst 20

weder im Groß- noch im Einzelhandel tätig gewesen sei. Die Geschäfte seien ausschließlich über zwei Banken abgewickelt worden. Diese Art der Abwicklung der Geschäfte habe nicht die Einrichtung eines Büros erfordert. Vielmehr hätten die Gesellschafter die Geschäfte während ihrer monatlichen Aufenthalte in London telefonisch regeln können. Gegen einen Gewerbebetrieb spreche auch der Umstand, dass die Gesellschafter nicht über einschlägige berufliche Kenntnisse und auch nicht über Erfahrungen als Goldhandelsunternehmer verfügt hätten.

Mit ihrer am 29.09.2011 erhobenen Klage verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Sie ist der Auffassung, dass die von ihr - der Klägerin - ausgeübte Tätigkeit im Streitjahr eine originär gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 2 EStG gewesen sei. Sie habe einen Betriebsstättenverlust in Höhe von 32.153.308,63 € erlitten, der nach Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-Großbritannien in Verbindung mit § 32b EStG unter (negativem) Progressionsvorbehalt von der deutschen Besteuerung freizustellen sei. Für die Klägerin habe keine Bilanzierungspflicht bestanden. Vielmehr sei sie aufgrund des Wahlrechts berechtigt gewesen, den Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG zu ermitteln. Das im Streitjahr erworbene Gold sei Umlaufvermögen geworden, so dass die Aufwendungen für den Erwerb des Goldes als Betriebsausgaben im Jahr 2007 hätten erfasst werden müssen. 21

Dafür, dass die Klägerin eine gewerbliche Tätigkeit nach § 15 Abs. 2 EStG ausgeübt habe, sprächen folgende Umstände: Die Klägerin sei unmittelbar nach ihrer Gründung durch entsprechende Verwendung eines Briefbogens nach außen hin in Erscheinung getreten. Die Käufe und Verkäufe der Goldbarren seien in kaufmännischer Weise abgewickelt worden. Hierfür sprächen auch die Einschaltung von Experten, die Beschäftigung weiterer Personen und die Anmietung eines Büros. Unter dieser Geschäftsadresse sei auch der Briefverkehr erfolgt. Weiter sei die Möglichkeit von laufenden Erträgen beim Erwerb von Edelmetallen ausgeschlossen. Eine Fruchtziehung, wie sie für eine private Vermögensverwaltung typisch sei, sei hier unmöglich. Ziel der Klägerin sei es immer gewesen, die substantziellen Vermögenswerte der Edelmetalle durch kurzfristige Umschichtung der Handelsbestände auszunutzen. Die Klägerin habe bereits Ende 2007 die Absicht gehabt, die erworbenen Goldbestände alsbald wieder zu veräußern. Dies zeige sich im Geschäftszweck der Gesellschaft, in der subjektiven Zuordnung des Goldes zum Handelsbestand ("trading assets") im Rahmen der deutschen und britischen Gewinnermittlung und in der Ausgestaltung und der Laufzeit der zur Absicherung abgeschlossenen Optionsgeschäfte. Die Klägerin habe ihre Absicht auch umgesetzt und im Jahr 2008 die Goldbestände mehrfach umgeschichtet. 22

Die Klägerin habe sich händlertypisch verhalten. Hierfür sprächen zum einen die Anzahl der Transaktionen und zum anderen die Wahl der Rechtsform "General Partnership". Diese Rechtsform werde in Großbritannien zur Durchführung einer gewerblichen Aktivität weitaus häufiger genutzt als die Rechtsform "Limited Partnership". Der Vorteil einer General Partnership sei, dass alle Gesellschafter kraft Gesetzes handlungsbevollmächtigt seien. Weiter sei als Standort für die Tätigkeit der Klägerin bewusst London gewählt worden, weil London im europäischen Raum der bedeutendste Platz für den Handel mit Gold sei. Die Klägerin habe direkten Zugang zu den nötigen Handelspartnern gesucht und vor Ort Gespräche mit professionellen Händlern, insbesondere mit Herrn S, geführt. 23

Das Unterhalten von zwei Bankkonten bei zwei verschiedenen Banken spreche ebenfalls für ein händlertypisches Verhalten. Die Banken seien Handelsbanken und daher direkte Handelspartner gewesen, sodass die Klägerin am Markt für Goldhandel unmittelbar aufgetreten sei und daran teilgenommen habe. Es sei auch nur über wenige Banken möglich, überhaupt am Goldhandel teilzunehmen. Denn es müsse die Möglichkeit bestehen, die 24

Goldbarren unmittelbar zu verwahren. Weiter sei ein direkter Zugang zu den Handelsplattformen der "Market Maker der LBMA" erforderlich. Diese Voraussetzungen hätten die von der Klägerin gewählten Banken erfüllt.

Weiter sei nicht händleruntypisch, dass die Umschlaghäufigkeit in der zweiten Hälfte des Jahres 2008 zurückgegangen sei. Seit Mitte 2008 habe die Volatilität am Goldmarkt stark zugenommen. Es entspreche der Vorsicht eines Händlers, in dieser Phase abwartend zu agieren und liquide Mittel nicht in langfristigen Kapitalanlagen außerhalb der eigentlichen Handelstätigkeit zu binden.

25

Zur weiteren Konkretisierung trägt die Klägerin vor, dass ihre Tätigkeit dem Bild eines Eigenhändlers entspreche, der im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Goldbestände in physischer Form von anderen Handelspartnern erwerbe und innerhalb eines kurzen Zeitraumes wieder veräußere. Im Einzelnen sei dies im Streitjahr wie auch in den Folgejahren wie folgt geschehen: Die Klägerin habe mit Standardbarren am außerbörslichen Markt ("over-the-counter"; "OTC") in London gehandelt, insbesondere im System/Verbund der LBMA. Dabei habe die Klägerin vom Verkäufer - hier der BANK sowie später der BANK 2 - nach allgemeinen Regeln des außerbörslichen Handels und nach LBMA Standards Goldbarren in physischer Form zu einem bestimmten Preis und einer bestimmten Menge erworben. Der Umstand, dass als Vertragspartner lediglich zwei Banken ausgewählt worden seien, spreche nicht gegen ein markttypisches Auftreten. Denn für die dargestellte Art des Handels bestünden eben Besonderheiten. Dass der Kreis der möglichen Handelspartner auf wenige Marktteilnehmer beschränkt ist, sei marktspezifisch.

26

Soweit der Beklagte einwendet, die Anmietung von Büroräumen und die Beschäftigung von Personen zur Abwicklung administrativer Aufgaben vor Ort sei nicht erforderlich gewesen, trägt die Klägerin vor: Die Einrichtung einer solchen Infrastruktur sei nötig gewesen, um Geschäftsbeziehungen mit den Handelsbanken aufnehmen zu können. Für die Zeit von Dezember 2007 bis Mai 2008 habe Frau O die administrativen Aufgaben erledigt und das Büro für die Klägerin organisiert. Hierzu hätten insbesondere die Bearbeitung der Post, das Erstellen von Schriftsätzen und das Führen von Telefonaten gezählt. Frau O sei auf freiberuflicher Basis beschäftigt gewesen und habe in London gewohnt. Sie sei zum Abschluss von Verträgen für die Klägerin - auch gegenüber der BANK - bevollmächtigt gewesen. Für den Geschäftsaufbau sowie für die Durchführung und Abwicklung des physischen Edelmetallhandels hätten die Beigeladenen auf die langjährige Erfahrung des ehemaligen Edelmetallhändlers Herrn S zurückgegriffen. Zusammen mit Herrn S sei auch die Handelsstrategie für den Kauf der Handelsbestände im Jahr 2007 entwickelt worden. Ab dem 01.03.2008 sei Frau R als feste Mitarbeiterin von der Klägerin eingestellt worden. Frau R habe die administrativen Aufgaben, die mit der täglichen Büroorganisation im Zusammenhang gestanden hätten, erledigt, insbesondere den Posteingang und die Telefonate.

27

Die Klägerin beantragt,

28

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 30.03.2009 und der Einspruchsentscheidung vom 01.08.2011 zu verpflichten, einen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für 2007 zu erlassen, in dem ein nach DBA steuerfreier, im Inland dem Progressionsvorbehalt unterliegender Verlust in Höhe von 32.153.308,63 € festgestellt und den Beigeladenen erklärungsgemäß anteilig zugerechnet wird,

29

hilfsweise für den Fall des Unterliegens, die Revision zuzulassen.

30

Der Beklagte beantragt, 31
die Klage abzuweisen, 32
hilfsweise für den Fall des Unterliegens, die Revision zuzulassen. 33

Er bleibt bei seiner Auffassung, dass die Klägerin im Streitjahr keinen Gewerbebetrieb 34
ausgeübt habe, sondern im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung Einkünfte erzielt
habe. Ein Anspruch auf eine gesonderte und einheitliche Feststellung bestehe nicht. Die im
Streitjahr abgeflossenen Ausgaben für die Anschaffung der Goldbarren seien erst im Jahr
2008 bei der Berechnung eines Spekulationsgewinnes im Sinne des § 23 EStG zu
berücksichtigen. Der Beklagte macht geltend, dass die Klägerin nicht dargelegt habe, in
welchem zeitlichen Umfang Frau O für die Klägerin tätig gewesen sei und wie die
tatsächlichen Handlungen geeignet gewesen sein sollen, über die reine
Vermögensverwaltung hinaus einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu begründen. Zudem
sei nicht dargelegt, ob sich Frau O im Rahmen dieser Beschäftigung tatsächlich in London
aufgehalten habe. Weiter sei nicht erkennbar, dass Frau R als Experte für
Edelmetallgeschäfte tätig geworden sei.

Weiter wendet der Beklagte ein, dass gemessen an der Anzahl der in den Jahren 2008 und 35
2009 getätigten Goldtransaktionen weder ein umfangreiches Beschäftigungsverhältnis - wie
ein solches mit Frau O und Frau R - noch die Anmietung von Büroräumen notwendig
gewesen sei. So hätten die Beigeladenen die Geschäfte während ihrer monatlichen
Aufenthalte in London selbst abgewickelt, was ebenfalls gegen die Erforderlichkeit einer
Büroorganisation spreche. Ergänzend trägt der Beklagte vor, gegen ein händlertypisches
Verhalten spreche zum einen der Umstand, dass Banken nicht als Kunden des Anlegers -
hier der Klägerin - angesehen werden könnten. Zum anderen fehle es an dem für einen
Händler typischen An- und Verkauf im eigenen Namen für fremde Rechnung.

Wegen des weiteren Vortrags der Beteiligten wird auf den Inhalt der wechselseitigen 36
Schriftsätze, der Anlagen zur Klageschrift und der beigezogenen Verwaltungsakten
verwiesen.

Mit Beschluss vom 04.12.2013 sind die Gesellschafter der Klägerin - Herr und Frau - zum 37
Verfahren beigelegt worden.

Der Senat hat die Sache am 11.12.2013 mündlich verhandelt. Auf die Sitzungsniederschrift 38
wird Bezug genommen.

Entscheidungsgründe 39

I. Die Klage ist begründet. Der erkennende Senat geht von einer Verpflichtungsklage aus. 40
Der an die Klägerin gerichtete Aufhebungsbescheid vom 30.03.2011 ist ein negativer
Feststellungsbescheid. Denn damit hat der Beklagte den Bescheid über die gesonderte und
einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 2007 vom 26.02.2009 aufgehoben.
Zur Begründung verweist der Beklagte auf die Feststellungen des Betriebsprüfers in seinem
Betriebsprüfungsbericht vom 17.11.2011. Der erkennende Senat legt den
Aufhebungsbescheid dahingehend aus, dass der Beklagte eine gesonderte und einheitliche
Feststellung von Besteuerungsgrundlagen - hier nach DBA steuerfreie Einkünfte, die dem
Progressionsvorbehalt unterliegen - für nicht erforderlich hält. Dies ergibt sich aus dem
Verweis auf den Betriebsprüfungsbericht, in dem der Betriebsprüfer zu der Auffassung
gelangt ist, dass die Klägerin ausschließlich Einkünfte aus privater Vermögensverwaltung im

Sinne des § 23 EStG erzielt hat, und dass die damit verbundenen Anschaffungskosten aus dem Jahr 2007 erst im Zeitpunkt der Veräußerung (2008) zu berücksichtigen sind. Der Beklagte durfte zur Begründung seiner Entscheidung auf den Inhalt des Betriebsprüfungsberichtes verweisen. Eine solche Bezugnahme ist nach der Rechtsprechung des BFH zulässig und bei der Auslegung eines (negativen) Feststellungsbescheides zu berücksichtigen (vgl. BFH-Beschluss vom 26.06.2008 IV R 89/05, BFH/NV 2008, 1984 und BFH-Urteil vom 28.11.1985 IV R 178/83, BFHE 145, 226).

II. Die Klägerin hat einen Anspruch darauf, dass der Beklagte einen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2007 erlässt, in dem ein nach DBA steuerfreier, im Inland dem Progressionsvorbehalt unterliegender Verlust aus Gewerbebetrieb in Höhe von 32.153.308,63 € festgestellt und den Beigeladenen erklärungsgemäß anteilig zugerechnet wird (§ 101 Satz 2 Finanzgerichtsordnung - FGO). 41

1. Der Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 2007 vom 26.02.2009, der Aufhebungsbescheid vom 30.03.2009 und die Einspruchsentscheidung vom 01.08.2011 sind rechtswidrig. 42

Es ist ein Feststellungsbescheid gemäß § 180 Abs. 5 Nr. 1, Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO i.V.m. § 32b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG zu erlassen. Nach § 32b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG ist auf das nach § 32a Abs. 1 EStG zu versteuernde Einkommen ein besonderer Steuersatz anzusetzen, wenn ein zeitweise oder während des gesamten Veranlagungszeitraumes unbeschränkt Steuerpflichtiger Einkünfte bezogen hat, die nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung steuerfrei sind (sog. negativer Progressionsvorbehalt). Diese Einkünfte sind gesondert festzustellen. Die Ausnahme des § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AO greift im Streitfall nicht, weil an der Klägerin zwei Personen - die Beigeladenen - als inländische Gesellschafter beteiligt und mit ihren Einkünften in Deutschland einkommensteuerpflichtig sind. 43

2. Bei den Einkünften der Klägerin handelt es sich um gewerbliche Gewinne im Sinne des Art. III Abs. 1 Satz 1 des DBA zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland 1964/1970 (fortan: DBA), die den Beigeladenen als Mitunternehmer anteilig zuzurechnen sind. Das Besteuerungsrecht für diese gewerblichen Gewinne steht Großbritannien zu, da sich die einzige Betriebsstätte der Klägerin in London befindet, die Klägerin von dort ihre gewerbliche Tätigkeit ausübt und die Anteile an den Gewinnen solche sind, die der Betriebsstätte in London zugerechnet werden können (Art. III Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. VIII Abs. 2, Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a DBA). 44

a) Entgegen der Ansicht des Beklagten erzielte die Klägerin im Streitjahr gewerbliche Gewinne im Sinne des Art. III Abs. 1 Satz 1 DBA und nicht private Veräußerungsgewinne. Der Begriff der "gewerblichen Gewinne" ist im DBA nicht definiert. Nach Art. II Abs. 3 DBA wird bei der Anwendung der Vorschriften des Abkommens durch eine der Vertragsparteien - hier durch die Bundesrepublik Deutschland - jeder Ausdruck, der nicht in dem Abkommen bestimmt worden ist, die Auslegung erfahren, die sich aus den Gesetzen ergeben, die in dem Gebiet dieser Vertragspartei in Kraft sind und sich auf Steuern im Sinne des Abkommens beziehen, falls sich aus dem Zusammenhang keine andere Auslegung ergibt. Da es im Streitfall um die Anwendung des DBA durch den Staat Deutschland geht, ist hiernach der Begriff der gewerblichen Gewinne so auszulegen, wie sich der Begriff nach dem nationalen Einkommensteuergesetz ergibt. Ob gewerbliche Einkünfte vorliegen, ist danach nach der Vorschrift des § 15 EStG zu beurteilen. Der Senat folgt insoweit der herrschenden Meinung, wonach jedenfalls "originär" gewerbliche Gewinne gemäß § 15 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EStG einer ausländischen Personengesellschaft immer zu den Unternehmensgewinnen im Sinne 45

des Art. 7 OECD-Musterabkommen zählen (Schulz-Trieglaff, IStR 2013, 519, vgl. BFH-Urteile vom 24.08.2011 I R 46/10, BFHE 234, 339 und vom 28.04.2010 I R 81/09, BFHE 229, 252; BMF vom 16.04.2010 Tz. 2.2.1, BStBl I 2010, 354; vgl. aber auch BFH-Urteil vom 09.12.2010 I R 49/09, BFHE 232, 145, wonach eine abkommensautonome Begriffsabgrenzung vorzunehmen ist). Die Frage, ob darüber hinaus auch die Einkünfte einer "gewerblich geprägten Personengesellschaft" nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG und einer "gewerblich infizierten Personengesellschaft" nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG infolge der fiktiven Umqualifizierung der Einkünfte als gewerbliche Gewinne im Sinne des DBA anzusehen sind (vgl. BMF vom 16.04.2010, BStBl I 2010, 354) oder ob dagegen diese fiktive Umqualifizierung von Einkünften nicht auf das Abkommensrecht durchschlägt (so z.B. BFH in BFHE 234, 339 und BFH in BFHE 232, 145), kann im Streitfall dahingestellt bleiben. Denn die Klägerin ist als britische General Partnership, an der zwei natürliche Personen - die Beigeladenen - beteiligt sind, keine gewerblich geprägte Personengesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG. Dies ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Auch geht es im Streitfall nicht um eine "abfärbende Tätigkeit" der Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG.

b) Die Klägerin hat in den Jahren 2008 bis 2010 "originär" gewerbliche Einkünfte erwirtschaftet, so dass die im Jahr 2007 geltend gemachten Aufwendungen als Betriebsausgaben anzusetzen sind. Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG erfordert ein Gewerbebetrieb eine selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinne zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und keine land- und forstwirtschaftliche, freiberufliche oder andere selbständige Tätigkeit ist. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Gewerbebetriebs ist nach der Rechtsprechung des BFH, dass die Betätigung den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet (ständige Rechtsprechung, vgl. Urteil des Großen Senats des BFH vom 25.06.1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405 und z.B. BFH-Urteil vom 11.10.2012 IV R 32/10, BFHE 239, 248). Eine Personengesellschaft erzielt - insoweit als Steuerrechtssubjekt bei der Ermittlung der Einkünfte (z.B. BFH-Urteil vom 14.04.2011 IV R 8/10, BFHE 233, 226, m.w.N.) - gewerbliche Einkünfte, wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Personengesellschaft ein gewerbliches Unternehmen betreiben (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 EStG; vgl. BFH in BFHE 239, 248 m.w.N.).

46

Die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb wird überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung der Vermögenswerte im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (ständige Rechtsprechung, z.B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, unter C.III.1. der Gründe, m.w.N.). Der Kernbereich der Vermögensverwaltung wird in § 14 Satz 3 AO durch Bezugnahme auf Regelbeispiele (verzinsliche Anlage von Kapitalvermögen und die Vermietung oder Verpachtung von unbeweglichem Vermögen) abgegrenzt. Dadurch wird "die Vermögensverwaltung" gleichwohl nicht abschließend definiert. Sie wird in der Rechtsprechung des BFH letztlich negativ danach bestimmt, "ob die Tätigkeit dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht" (BFH in BFHE 239, 248 und BFH-Urteil vom 25.07.2001 X R 55/97, BFHE 195, 402 m.w.N.).

47

Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung ist somit auf das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsanschauung abzustellen. In Zweifelsfällen ist die gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige Auffassung darüber maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der

48

Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH in BFHE 239, 248 und Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 197, 240, unter C.II. der Gründe, m.w.N.). Das im Streitfall relevante "Bild des Handels" ist durch die Ausnutzung substantieller Werte durch Umschichtung von Vermögenswerten gekennzeichnet; es unterscheidet sich von der "Vermögensumschichtung im Rahmen privater Vermögensverwaltung" durch den marktmäßigen Umschlag von Sachwerten (z.B. BFH in BFHE 239, 248 m.w.N.). Ob Veräußerungen noch der Vermögensverwaltung zuzuordnen sind, lässt sich nicht für alle Wirtschaftsgüter nach einheitlichen Maßstäben beurteilen. Vielmehr sind die jeweiligen artspezifischen Besonderheiten zu beachten (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH in BFHE 239, 248 m.w.N.).

c) Bei Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist die Tätigkeit der Klägerin im Streitjahr als händlertypisch und somit als gewerblich anzusehen. Dies folgt aus den hier vorliegenden Umständen. Bei der Würdigung der einzelnen Tatsachen sind nicht nur die im Streitjahr 2007 verwirklichten Indizien, sondern auch die Umstände der Folgejahre zu berücksichtigen. Denn aus den in den Jahren 2008 bis 2010 stattgefundenen Vorgängen zieht der Senat Schlussfolgerungen, die für die Beantwortung der Frage, ob die Tätigkeit der Klägerin dem Bild eines Händlers im Streitjahr entsprach, von Bedeutung sind. Für einen Gewerbebetrieb spricht, dass der Umfang - sowohl nach Volumen als auch nach Häufigkeit - der von der Klägerin getätigten Goldgeschäfte deutlich über den einer privaten Vermögensverwaltung hinausgeht. So hat die Klägerin die Ende 2007 erworbenen Goldbarren bereits im Januar und April 2008 wieder veräußert. Der Wert des angeschafften Goldes betrug abgerundet 32 Mio. €. Im Jahr 2008 erwarb und veräußerte die Klägerin mindestens dreimal Goldbarren im Wert zwischen ca. 700.000,00 € und ca. 1.250.000,00 €. Im Jahr 2009 erwarb die Klägerin in den Monaten Februar, Juli, September, Oktober, November und Dezember weitere Goldbarren im Wert zwischen ca. 370.000,00 USD und ca. 1.130.000,00 USD und veräußerte diese Bestände wieder. Im Jahr 2010 erwarb und veräußerte die Klägerin nochmals zumindest zweimal Goldbarren. Die Anzahl der Goldgeschäfte in den Jahren 2007 bis 2010 und das Volumen des gehandelten Goldes sprechen für ein händlertypisches Verhalten. In den kurzen Zeitabschnitten zwischen Ankauf und Verkauf der Goldbarren kommt weiter die Absicht alsbaldiger Veräußerung zum Ausdruck, was ebenfalls für einen Händler typisch und für Vermögensverwaltung untypisch ist. Aus diesem Umstand kann weiter geschlossen werden, dass es der Klägerin von Anfang an auf eine - für einen Händler typische - Umschichtung der Substanzwerte ankam. Werden Substanzwerte kurzfristig mit der Zielsetzung umgeschichtet, Preisunterschiede am Markt gewinnbringend auszunutzen, handelt es sich um eine gewerbliche Betätigung (vgl. BFH-Urteil vom 13.02.1992 V R 112/87, BFH/NV 1993, 59; Schmidt/Renger, DStR 2012, 2042). Gegen eine private Vermögensverwaltung spricht zudem, dass Geschäfte mit physischen Metallen, die keine laufenden Erträge bringen, sondern lediglich Lagerungs- und Versicherungskosten verursachen, einer "Fruchtziehung" nicht zugänglich sind (Urteil des FG Nürnberg vom 28.02.2013 6 K 875/11, EFG 2013, 1081). Dementsprechend ist es nach Ansicht des erkennenden Senats als händlertypisch anzusehen, wenn die erworbenen Goldbarren nicht dauerhaft gehalten, sondern - wie im Streitfall - angeschafft werden, um durch alsbaldige Veräußerungen Gewinne zu erzielen.

49

Der Senat erachtet insoweit die Tatsache, dass die Klägerin nur Eigenhandel betrieb, als unschädlich. Zwar hat der BFH entschieden, dass zu gewerblichen Einkünften insbesondere der "händlertypische" Umschlag von Waren, das Tätigwerden für fremde Rechnung nach Art von Finanzkommissionsgeschäften oder anderer Wertpapierdienstleistungen sowie sonstige Verhaltensweisen führt, die in vergleichbarer Weise der Vermögensverwaltung fremd sind (BFH-Urteil vom 20.12.2000 X R 1/97, BFHE 194, 198). Danach spricht das Tätigwerden für

50

eigene Rechnung gegen gewerbliche Einkünfte. Jedoch besteht im Streitfall die Besonderheit, dass der Handel mit Gold - also der Umschlag mit Waren - von vorne herein nur in einem sehr begrenzten marktspezifischen Rahmen möglich ist. Da die Klägerin die Goldbarren nicht selbst produziert, ist sie insoweit als "Zwischenhändlerin" anzusehen, die Goldbarren erwirbt und in einem für sie günstigen Zeitpunkt wieder veräußert. Die Banken, mit denen die Klägerin die Goldgeschäfte abschließt, schließen ihrerseits Geschäfte mit anderen Goldhändlern ab, sodass auch die Banken insoweit lediglich "zwischenengeschaltet" sind. Zudem erging die oben genannte Entscheidung des BFH vom 20.12.2000 zu der Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen ein gewerblicher Wertpapierhandel zu bejahen ist. Im vorliegenden Streitfall geht es jedoch nicht um Wertpapierhandel. Damit kommt dem Merkmal des "Tätigwerdens für fremde Rechnung" hier auch keine ausschlaggebende, sondern lediglich eine geringere rechtliche Bedeutung zu.

Für eine gewerbliche Tätigkeit der Klägerin spricht, dass die Beigeladenen als Gesellschafter der Klägerin die Zeitpunkte der An- und Verkäufe der Goldbarren selbst entschieden haben. Zwar ließen die Beigeladenen sich durch Herrn S, der mit den Besonderheiten des Goldhandels vertraut war, beraten, weil sie nicht selbst über entsprechende berufliche Erfahrungen verfügten. Jedoch trugen die Beigeladenen unternehmerisches Risiko, das mit den Schwankungen des Goldpreises verbunden war. Weiteres Unternehmerrisiko ergibt sich im Streitfall daraus, dass mit den eigentlichen Goldgeschäften hohe Nebenkosten, z.B. Gebühren für Kursabsicherungsoptionen, Zinsen, Miete, Reise- und Beratungskosten verbunden waren. Dieses Risiko dürfte den Beigeladenen auch bewusst gewesen sein, da sie Kaufleute sind. 51

Schließlich spricht für einen Gewerbebetrieb der Umstand, dass die Klägerin für den Erwerb der Goldbarren im Dezember 2007 einen Kontokorrentkredit in Höhe von 32 Mio. € in Anspruch genommen hat. Der Einsatz von Fremdkapital spricht für ein händlertypisches Verhalten und spiegelt unternehmerisches Risiko wider. Auch die dem Gesellschaftsvertrag entsprechend abgeschlossenen Optionsgeschäfte, die der Absicherung der finanziellen Risiken dienten, sind ein Indiz für einen Gewerbebetrieb der Klägerin. Denn diese zusätzlichen Geschäfte deuten auf ein kaufmännisches vorsichtiges Verhalten hin. 52

d) Dass die An- und Verkäufe der Goldbarren nur mit insgesamt zwei Banken - der BANK und der BANK 2 - abgewickelt wurden, steht der Annahme gewerblicher Einkünfte der Klägerin nicht entgegen, sondern ist den Besonderheiten des Edelmetallhandels geschuldet. Der Kauf und Verkauf an ein und denselben oder an eine begrenzte Anzahl von Handelspartnern ist beim Handel mit physischem Gold nicht untypisch. Aufgrund der hohen Standards kann der Handel mit physischem Gold im gesicherten standardisierten Verfahren und ohne umfangreiche Prüfungen zwischen den Marktteilnehmern nur dann erfolgen, sofern sichergestellt ist, dass die Barren diesen Kreislauf nicht verlassen - sog. "Chain of Integrity" (Schmidt/Renger in DStR 2012, 2042). So liegt es auch im Streitfall. Nach Überzeugung des Gerichts steht fest, dass die von der Klägerin erworbenen Goldbarren in den Räumlichkeiten der BANK verwahrt wurden und den Bereich der "Chain of Integrity" nicht verlassen haben. 53

Der Verweis des Beklagten auf das Urteil des BFH vom 20.12.2000 X R 1/97 (BFHE 194, 198) führt zu keiner anderen Beurteilung. Zwar wird selbst mit einem häufigen Umschlag von Wertpapieren der Bereich der privaten Vermögensverwaltung noch nicht verlassen (BFH in BFHE 194, 198). Anders als der Beklagte meint, ist der Handel mit Goldbarren - so wie er im Streitfall gestaltet ist - jedoch nicht mit dem Handel von Wertpapieren vergleichbar. Goldbarren sind keine Wertpapiere, sondern vielmehr bewegliche Sachen. Barrengold ist eigen, dass aus ihm keine Früchte in Form von Zinsen oder Dividenden gezogen werden 54

können. Das Eigentum an den Goldbarren wird - so wie im Streitfall ausgestaltet - nicht durch eine Urkunde oder einen Anteil begründet, sondern unmittelbar an der Sache selbst durch Einigung und Besitzübergabe, wenn auch in Form des Besitzkonstituts im Sinne des § 930 i.V.m. § 868 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Die Klägerin hat das Eigentum an den einzelnen angeschafften Goldbarren erworben. Die Goldbarren wurden, nachdem sie über die BANK bzw. BANK 2 gekauft wurden, von den für die übrigen Eigentümer verwahrten Goldbarren physisch separiert, indem die einzelnen Barren identifizierbar in einer Barrenliste vermerkt und in gesonderten Tresoren aufbewahrt wurden. Die Goldbarren wurden "allokiert". In der Barrenliste waren die Barrennummern, das Gesamtgewicht und die Feinheit der einzelnen Barren jeweils dokumentiert. Da somit das Eigentum an jedem einzelnen erworbenen Goldbarren zugeordnet werden konnte, scheidet die Annahme eines bloßen Rechts - wie bei dem Recht eines Wertpapierinhabers - aus.

Somit unterscheidet sich der vom BFH im Urteil vom 20.12.2000 beurteilte Sachverhalt vom hier zu beurteilenden Streitfall dahingehend, dass dort keine Werte physisch geliefert wurden. Im Streitfall dagegen hat die Klägerin Eigentum an den einzelnen angeschafften Goldbarren erworben und das Eigentum daran im Zeitpunkt der Veräußerung auch wieder verloren. Dies erfolgte - wie bereits dargestellt - durch physische Separierung der einzelnen Goldbarren. 55

e) Der Einwand des Beklagten, für die Tätigkeit der Klägerin hätte es keines Büros in London und keiner Beschäftigung von Angestellten bedurft, greift nicht durch. Denn nach Auffassung des erkennenden Senats kommt es im Streitfall für die Frage der Gewerblichkeit nicht entscheidend darauf an, ob ein Büro oder eine Organisation zur Durchführung der Geschäfte erforderlich war. Die Wirkung dieses Indizes bei der Beurteilung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb vorliegt, ist gering, weil die Goldgeschäfte - wie andere Bankgeschäfte auch - über einfach einzurichtende Technik wie Telefon- und Internetanschluss abgewickelt werden können, sodass zumindest allein aus dem Fehlen einer Büroorganisation nicht auf das Fehlen einer Gewerblichkeit geschlossen werden kann (vgl. BFH in BFHE 194, 198). Im Streitfall überwiegen unter Berücksichtigung der Gesamtumstände die oben dargestellten Indizien, die für ein händlertypisches Verhalten sprechen, derart, dass selbst dann, wenn man den Vortrag des Beklagten als wahr unterstellte, von einem Gewerbebetrieb auszugehen wäre. Denn der von dem Beklagten behauptete Umstand, dass eine Büroorganisation nicht erforderlich gewesen sei, tritt bei der hier gebotenen Abwägung in den Hintergrund. 56

Der Senat verkennt aber nicht, dass die Klägerin tatsächlich ein Büro in London unterhielt. Das Büro erfüllte in den hier maßgeblichen Jahren die Voraussetzungen einer Betriebsstätte mit der Folge, dass das Besteuerungsrecht Großbritannien zusteht. 57

3. Die Klägerin war berechtigt, ihre Einkünfte aus der gewerblichen Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 3 EStG zu ermitteln. 58

Der Klägerin stand ein Wahlrecht für die Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG zu. Nach dieser Vorschrift können Steuerpflichtige, die nicht auf Grund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, und die auch keine Bücher führen und keine Abschlüsse machen, als Gewinn den Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben ansetzen. Die Klägerin war nicht verpflichtet, ihren Gewinn gemäß § 5 Abs. 1 EStG i.V.m. § 4 Abs. 1 EStG zu ermitteln. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG muss sich die Pflicht eines Gewerbetreibenden, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, aus einer gesetzlichen Vorschrift ergeben. Hierzu zählen die Vorschriften der §§ 238 ff. Handelsgesetzbuch (HGB), wonach jeder Kaufmann verpflichtet ist, Bücher zu führen. Auch Personenhandelsgesellschaften in Form der OHG und 59

KG gelten als Kaufmann (§ 6 HGB). Gleichwohl ergibt sich hieraus für ausländische Personen(handels)gesellschaften ohne inländischen Verwaltungssitz und ohne inländische Zweigniederlassung keine originäre nationale handelsrechtliche und damit auch keine steuerrechtliche Buchführungs- und Abschlusspflicht (vgl. Schmidt/Heinz, GmbHR 2011, 581; Hechtner, NWB 2013, 196). Auch eine abgeleitete Buchführungspflicht nach "anderen Gesetzen" im Sinne des § 140 AO ist im Streitfall nicht ersichtlich. Nach wohl herrschender Meinung in der Rechtsprechung und in der Literatur, der sich der erkennende Senat anschließt, sind ausländische Vorschriften zur Buchführung nicht von der Regelung des § 140 AO erfasst. Vielmehr verweist § 140 AO ausschließlich auf inländische Rechtsnormen (Urteil des FG Nürnberg vom 28.02.2013 6 K 875/11, EFG 2013, 1018; Urteil des Hessischen FG vom 15.11.2012 11 K 3175/09, EFG 2013, 503; Urteil des FG Köln vom 14.10.1981 I (VII) 565/79 G, EFG 1982, 422; Urteil des Reichsfinanzhofs vom 06.06.1934 IV A 42/34, RStBl 1934, 823; Schmidt/Renger, DStR 2012, 2042; Schmidt/Heinz GmbhR 2011, 581 m.w.N.; Görke in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 140 AO Rn. 11; Dißars in Schwarz, AO/FGO, § 140 AO Rn. 4; Cöster in Pahlke/König, AO, § 140 Rn. 11; a.A. Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 140 AO Rn. 7 m.w.N.). Für eine solche Auslegung des § 140 AO spricht bereits der Wortlaut "andere Gesetze als den Steuergesetzen". Denn wenn der Gesetzgeber keine Klarstellung bezüglich des Wortes "Steuergesetze" durch die Formulierung "inländische Steuergesetze" vorgenommen hat, liegt es nahe, dass er eine solche Klarstellung auch nicht bezüglich der Worte "andere Gesetze" für erforderlich hielt. Hätte er dagegen auch ausländische "andere Gesetze" mit in die Regelung einbeziehen wollen, wäre eine solche Klarstellung durch eine entsprechende Formulierung, z.B. sinngemäß "andere inländische und ausländische Gesetze", angebracht gewesen. So hat der Gesetzgeber zum Beispiel in § 146 Abs. 2 Satz 3 AO die Übernahme der Ergebnisse der ausländischen Buchführung für bestimmte Fälle und damit ausschließlich für die genannten Fälle angeordnet (vgl. FG Nürnberg in EFG 2013, 1018).

Auch aus § 141 AO ist eine Buchführungspflicht der Klägerin nicht zu entnehmen. Denn es fehlt im Streitfall bereits an der Voraussetzung, dass die Finanzbehörde die Klägerin in Form eines Verwaltungsaktes zur Erstellung von Buchführung und Abschluss aufgefordert hat (vgl. § 141 Abs. 2 AO). 60

Letztlich kann im Streitfall dahingestellt bleiben, ob die Regelungen der §§ 140, 141 AO ausländische Gesetze mit einbeziehen. Denn die Klägerin war nicht nach ausländischem Recht verpflichtet, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen. Dies bestätigt auch das Schreiben der in London ansässigen Anwaltskanzlei vom 03.04.2009, wonach eine General Partnership in Großbritannien nicht verpflichtet ist, Bücher zu führen oder Abschlüsse zu machen. 61

4. Da die Klägerin weder nach inländischen noch nach ausländischen Gesetzen buchführungspflichtig ist, durfte sie ihren Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG ermitteln und für das Streitjahr eine Einnahmenüberschussrechnung erstellen. 62

a) Der danach ermittelte Verlust aus Gewerbebetrieb in Höhe von 32.153.308,63 € ist der Höhe nach nicht zu beanstanden. Insbesondere sind die im Dezember 2007 entstandenen Anschaffungskosten für die Goldbarren als Betriebsausgaben noch im Jahr 2007 steuermindernd zu berücksichtigen und nicht erst im Zeitpunkt der Veräußerung der angeschafften Goldbarren. Bei den Goldbarren handelt es sich um Umlaufvermögen, da sie zur alsbaldigen Veräußerung bestimmt waren. Dies ergibt sich auch aus dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin, wonach Geschäftstätigkeit und Geschäftszweck der Kauf, der Verkauf, der Handel und anderweitige Geschäfte mit Edelmetallen sein sollte. 63

b) Die Aufwendungen für den Erwerb von Umlaufvermögen sind als Betriebsausgaben sofort abziehbar, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG vor. Dies ist vorliegend nicht gegeben. Nach der Vorschrift des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG sind die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für nicht abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, für Anteile aus Kapitalgesellschaften, für Wertpapiere und vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte, für Grund und Boden sowie Gebäude des Umlaufvermögens erst im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses oder bei Entnahme im Zeitpunkt der Entnahme als Betriebsausgaben zu berücksichtigen. 64

Nach Auffassung des erkennenden Senats fallen die von der Klägerin erworbenen Goldbarren schon nach dem Wortlaut nicht unter die genannte Vorschrift. Denn es handelt sich bei den Goldbarren um Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens. Als bewegliche Sachen sind die streitgegenständlichen Goldbarren weder Anteile aus Kapitalgesellschaften noch Wertpapiere. Es liegen im Streitfall auch keine vergleichbaren nicht verbrieften Forderungen im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG vor. Denn wie bereits dargestellt, hat die Klägerin Eigentum an den einzelnen angeschafften Goldbarren erworben. Die Goldbarren wurden, nachdem sie über die BANK bzw. BANK 2 gekauft wurden, von den übrigen verwahrten Goldbarren physisch separiert, indem die einzelnen Barren identifizierbar in einer Barrenliste vermerkt und in gesonderten Tresoren aufbewahrt wurden. Die Goldbarren wurden "allokiert". In der Barrenliste waren die Barrennummern, das Gesamtgewicht und die Feinheit der einzelnen Barren jeweils dokumentiert. Da somit das Eigentum an jedem einzelnen erworbenen Goldbarren zugeordnet werden konnte, scheidet die Annahme einer bloßen Forderung oder eines Rechts aus. Vielmehr hatte die Klägerin als Eigentümerin einen unmittelbaren Anspruch auf Herausgabe der einzelnen Goldbarren. Dass sie davon keinen Gebrauch gemacht hat, weil mit Verlassen des Goldes aus den Räumlichkeiten der verwahrenden Bank die Handelbarkeit verloren oder zumindest stark eingeschränkt worden wäre (Verlassen der "Chain of Integrity"), steht dieser Beurteilung nicht entgegen. 65

Dagegen, dass § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG im Streitfall anzuwenden ist, spricht weiter zum einen, dass die Regelung eine Ausnahmenvorschrift darstellt und daher restriktiv auszulegen ist (so auch Schmidt/Renger, DStR 2012, 2042). Dies entspricht auch der Auffassung in der Literatur, wonach die Tatbestandsalternative „vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte“ dem Typus eines Wertpapiere entsprechen sollen (z.B. Hechtner, NWB 2013, 196). Es werde damit zwar auf die mit Wertpapieren vergleichbare erhöhte Verkehrsfähigkeit abgestellt. Gleichwohl könne dies aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass unter die Vorschrift jegliche Wirtschaftsgüter fallen, bei denen auf das Erfordernis des unmittelbaren Besitzes verzichtet werden kann. Vielmehr müssten die nicht verbrieften Forderungen und Rechte ähnlich wie den Wertpapieren einem standardisierten Handel unterliegen, der jedenfalls im Wirtschaftsverkehr üblich sei (vgl. Hechtner, NWB 2013, 196; Schulte-Frohlinde, BB 2012, 2791; so auch im Ergebnis FG Nürnberg in EFG 2013, 1018; Hessisches FG in EFG 2013, 503; a.A. Stahl/Mann, FR 2011, 1143). Ein Beispiel für solche nicht verbrieften Rechte sind Bundesanleihen, die als Schuldbuchforderungen in das Bundesschuldbuch eingetragen werden (vgl. Schmidt/Renger, DStR 2012, 2042; Schulte-Frohlinde, BB 2012, 2791). In einer Bank verwahrte Edelmetalle, die dem Eigentümer durch physische Separierung unmittelbar zugeordnet werden können, sind damit nicht vergleichbar (vgl. auch Dornheim, DStR 2012, 1581, der zwischen einem "Bestandskonto" und einem "Forderungskonto" differenziert). Der erkennende Senat hält diese Argumentation für überzeugend. 66

Zum anderen hat der Bundestag am 26.06.2013 das Jahressteuergesetz 2013 (BGBl I 2013, 1809) beschlossen, mit dem § 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 Buchst. c EStG neu geschaffen 67

wurde. Nach dieser Vorschrift sind bei der Ermittlung der Einkünfte im Fall des Absatzes 1 Nr. 2 bis 5 bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses oder bei Entnahme im Zeitpunkt der Entnahme als Betriebsausgaben zu berücksichtigen. Systematisch ähnelt diese Regelung der des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG, weil der Abzug von Betriebsausgaben nicht mehr sofort möglich ist, sondern auf den Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses verlagert wird. Dieser Neuregelung hätte es nicht bedurft, wenn die im Gesetz aufgeführte Fallkonstellation bereits unter die Tatbestandsalternative des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG "vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte" fiel.

c) Die neue Vorschrift kommt im Streitfall jedoch nicht zur Anwendung. Denn nach § 52 Abs. 43a Satz 11 EStG ist § 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 Buchst. c EStG erstmals auf Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens anzuwenden, die nach dem 28.02.2013 angeschafft, hergestellt oder in das Betriebsvermögen eingelegt werden. Hier hat die Klägerin die streitgegenständlichen Goldbarren vor diesem Zeitpunkt - im Dezember 2007 - angeschafft. 68

5. Die Vorschrift des § 15b EStG steht der Berücksichtigung des Verlustes der Klägerin als ein nach DBA steuerfreier, im Inland dem Progressionsvorbehalt unterliegender Verlust aus Gewerbebetrieb selbst unter Beachtung der am 23.12.2013 in Kraft getretenen Gesetzesänderung nicht entgegen. 69

a) Nach der Regelung des § 32b Abs. 1 Satz 3 EStG neuer Fassung, die mit Verkündung des Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-StAnpG) am 23.12.2013 in Kraft getreten ist, ist § 15b EStG sinngemäß anzuwenden. Nach § 15b Abs. 1 Satz 1 EStG dürfen Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. § 32b Abs. 1 Satz 3 EStG neuer Fassung i.V.m. § 15b EStG alter Fassung ist nach § 52 Abs. 43a EStG (am Ende) neuer Fassung zwar in allen offenen Fällen anzuwenden. Ein Steuerstundungsmodell im Sinne des § 15b Abs. 2 EStG liegt im Streitfall jedoch nicht vor. Ein Steuerstundungsmodell in diesem Sinne liegt gemäß § 15b Abs. 2 EStG vor, wenn auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Dies ist der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen auf Grund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen. Dabei ist es ohne Belang, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen. 70

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs (Bundestag-Drucksache 16/107 vom 29.11.2005) liegen Steuerstundungsmodelle immer dann vor, wenn dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten wird, zumindest in der Anfangsphase der Investition die prognostizierten Verluste mit übrigen positiven Einkünften zu verrechnen. Die Regelung solle aber auch modellhafte Anlage- und Investitionstätigkeiten einzelner Steuerpflichtiger außerhalb einer Gesellschaft oder Gemeinschaft erfassen. Für die Modellhaftigkeit spreche ein vorgefertigtes Konzept, welches typischerweise - wenn auch nicht zwingend - mittels eines Anlegerprospekts oder in vergleichbarer Form (z.B. Katalog, Verkaufsunterlagen, Beratungsbögen usw.) vermarktet werde. Charakteristisch sei zudem eine Bündelung von Verträgen und/oder Leistungen durch den Anbieter. Weiterhin spreche für die Annahme eines Steuerstundungsmodells, wenn der Anleger vorrangig eine kapitalmäßige Beteiligung ohne Interesse an einem Einfluss auf die Geschäftsführung anstrebe. Auch nach dem zu § 15b EStG ergangenen Anwendungsschreiben des BMF vom 17.07.2007 (BStBl I 2007, 542) sollen nach Tz. 8 für die Frage der Modellhaftigkeit vor allem 71

das Kriterium eines vorgefertigten Konzeptes und gleichgerichteter Leistungsbeziehungen, die im Wesentlichen identisch sind, maßgeblich sein.

b) Eine derartige modellhafte Gestaltung ist im Streitfall nicht erkennbar. Es fehlt an einem vorgefertigten Konzept. Ein vorgefertigtes Konzept ist dadurch gekennzeichnet, dass es sich an nicht näher bestimmte Interessenten richtet oder zur wiederholten Verwendung geeignet ist (vgl. auch BFH-Beschluss vom 08.04.2009 I B 223/08, BFH/NV 2009, 1437; Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 30.01.2013 3 K 1185/12, EFG 2013, 849; Hessisches FG vom 12.02.2013 10 K 2171/07, EFG 2013, 1213). Insbesondere ist eine Passivität des Investors bei der Entwicklung der Geschäftsidee und der Vertragsgestaltung für eine modellhafte Gestaltung charakteristisch. Die Passivität des Investors ergibt sich aus dem Wortlaut des § 15b Abs. 2 Satz 2 EStG, wonach dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzeptes "die Möglichkeit geboten" werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen. Dieser Wortlaut belegt, dass das vorgefertigte Konzept an den Steuerpflichtigen herangetragen, ihm angeboten werden muss (FG Rheinland-Pfalz in EFG 2013, 849; Hessisches FG in EFG 2013, 1213). Hierfür fehlt es im Streitfall an Anhaltspunkten. Vorliegend haben die Beigeladenen die Gründung der Klägerin selbst beschlossen und die Verträge mit professioneller Hilfe gestaltet. So wurde der Gesellschaftsvertrag kurz nach Gründung der Klägerin in einigen Punkten sogar geändert (Höhe des Eigenkapitals, Kündigungsmöglichkeit der Gesellschafter). Dies spricht gegen ein vorgefertigtes Konzept. Zu berücksichtigen sind auch die monatlichen Reisen der Beigeladenen nach London mit dem Zweck, die An- und Verkäufe der Goldbarren für die Klägerin zu regeln. Die Beigeladenen persönlich haben den Banken den Auftrag zum Kauf bzw. Verkauf der Goldbarren erteilt. Die Beigeladenen haben damit unmittelbar auf das Geschehen Einfluss genommen. Hierin ist eine individuelle Gestaltung zu sehen. Dass die Beigeladenen sich gerade in der Anfangsphase von dem fachkundigen Berater Herrn S beraten ließen, steht dem nicht entgegen. Vielmehr spricht dieser Umstand gerade dafür, dass die Beigeladenen auf die Entwicklung der Geschäfte der Klägerin Einfluss nehmen und sich das hierzu erforderliche Wissen aneignen wollten.

72

Schließlich wird die individuelle Gestaltung durch die aktive wirtschaftliche Tätigkeit der Klägerin auf dem Edelmetallmarkt bestätigt. Die Klägerin hat für ihre Tätigkeit im Goldhandel eigene Räume in London angemietet. Von diesen Räumen aus führten die Beigeladenen mit administrativer Unterstützung durch einzelne Angestellte den Edelmetallhandel für die Klägerin durch. Der Londoner Goldmarkt ist der wichtigste außerbörsliche Handelsplatz für Gold und Silber sowie einer der global bedeutenden Rohstoffhandelsplätze. Hier wird der Weltmarktpreis für Gold und Silber festgestellt. Der Handel wird unter den Mitgliedern des Wirtschaftsverbands - unter Aufsicht der Bank of England - durchgeführt. Mitglieder dieser Vereinigung sind große internationale Banken, Hersteller, Veredler, Verarbeiter, Produzenten und Händler auf der ganzen Welt. Sie handeln in der Regel untereinander und mit ihren Kunden auf eigene Rechnung, was bedeutet, dass sie alle Risiken tragen (vgl. FG Rheinland-Pfalz in EFG 2013, 849 und Hessisches FG in EFG 2013, 1213). Diese Umstände sprechen ebenfalls gegen eine modellhafte Anlage im Streitfall.

73

c) Da ein Steuerstundungsmodell im Sinne des § 15b Abs. 2 EStG im Streitfall nicht vorliegt, kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift des § 15b EStG - auch nach Einführung des § 32b Abs. 1 Satz 3 EStG - unanwendbar ist, wenn der angestrebte Steuervorteil in der Form des negativen Progressionsvorbehalts im Sinne des § 32b Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 3 EStG erstrebt wird (vgl. FG Rheinland-Pfalz in EFG 2013, 849 und Urteil des Sächsischen FG vom 05.05.2010 8 K 1853/09, DStR 2012, 2053).

74

75

6. Auch die Neuregelung des § 15b Abs. 3a EStG kommt im Streitfall nicht zur Anwendung. Der Bundestag hat am 18.12.2013 das AIMF-StAnpG beschlossen, mit dem § 15b Abs. 3a EStG neu geschaffen wurde. Das Gesetz wurde am 23.12.2013 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl I 2013, 4318). Mit dieser neuen Vorschrift ist es einem Steuerpflichtigen nicht mehr möglich, steuerliche Vorteile dadurch zu nutzen, dass dieser aufgrund des Erwerbs von Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens sofort abziehbare Betriebsausgaben tätigt, wenn die Übereignung dieser Wirtschaftsgüter ohne körperliche Übergabe durch Besitzkonstitut nach § 930 BGB oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB erfolgt.

Eine Anwendung auf den Streitfall scheidet jedoch aus, weil nach § 52 Abs. 33a Satz 5 neuer Fassung § 15b Absatz 3a EStG erstmals auf Verluste der dort bezeichneten Steuerstundungsmodelle anzuwenden ist, bei denen Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens nach dem 28.11.2013 angeschafft, hergestellt oder in das Betriebsvermögen eingelegt werden. Die Klägerin hat die streitgegenständlichen Goldbarren zu einem früheren Zeitpunkt - im Dezember 2007 - angeschafft. 76

7. Schließlich liegt auch kein Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO vor. Ein Gestaltungsmissbrauch liegt nach ständiger Rechtsprechung des BFH vor, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die gemessen am erstrebten Ziel unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist (z.B. BFH-Urteile vom 17.11.1999 I R 11/99, BFHE 190, 419, vom 21.07.1994 V R 102/92, BFH/NV 1995, 741 und vom 25.01.1994 IX R 97/90, 98/90, BFHE 174, 386; BFH-Beschluss vom 03.02.1993 I B 90/92, BFHE 170, 197). Die im Streitfall gewählte Gestaltung der Anschaffung der Goldbarren ab Dezember 2007 und die Veräußerung der Goldbarren im Jahr 2008 und den darauf folgenden Jahren ist, gemessen an dem erstrebten Ziel, Kursgewinne zu realisieren, angemessen. Die Unangemessenheit einer üblichen Gestaltung folgt nicht aus dem Motiv, Steuern zu sparen (vgl. z.B. BFH in BFHE 190, 419 m.w.N.). 77

Die von der Klägerin gewählte Gestaltung ihres Gewerbebetriebs, insbesondere die Wahl des Zeitpunkts ihres Geschäftstätigkeitsbeginns im Dezember 2007 und die Aufnahme des hohen Kredits zur Finanzierung der angeschafften Goldbarren eröffneten zwar 78
Steuersparmöglichkeiten, machten aber diese gesetzlich zulässige Gestaltungsmöglichkeit nicht zum Gestaltungsmissbrauch. Vielmehr hat der Gesetzgeber in dieser Gestaltungsmöglichkeit erst in neuerer Zeit einen Gestaltungsmissbrauch gesehen und mit entsprechenden Gesetzesänderungen reagiert. Diese Gesetzesänderungen erfolgten auch nicht lediglich "deklaratorisch". So sollte die Ergänzung des § 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 Buchst. c EStG der besseren Verwirklichung des mit dem Progressionsvorbehalt verfolgten Ziels der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dienen (Bundestag-Drucksache 17/11220, 28). Die Ergänzung des § 15b EStG um den Absatz 3a und die Änderung des § 32b Abs. 1 Satz 3 EStG sollten mögliche Zweifel ausschließen, die hinsichtlich der Anwendung des § 15b EStG alter Fassung auf die vorstehenden Gestaltungen im Zusammenhang mit § 32b EStG bestanden. Die Auffassung der Finanzverwaltung, dass solche Verluste aufgrund der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b EStG als nicht sofort abzugsfähig zu behandeln seien, würde - so die Gesetzesbegründung - von diversen Finanzgerichten nicht geteilt (Bundestag-Drucksache 18/68 (neu), 75; Hessisches FG in EFG 2013, 1213; vgl. Urteil des Sächsischen FG vom 05.05.2010 8 K 1853/09, DStR 2012, 2053).

Die in den Urteilsgründen oben dargestellten Gesetzesänderungen insgesamt machen deutlich, dass es vor diesen Gesetzesänderungen keine gesetzlichen Vorschriften gab, die Steuergestaltungen wie die im Streitfall verhindern konnten. Vor diesem Hintergrund vermag auch die Vorschrift des § 42 AO keinen Anwendungsbereich im Streitfall zu eröffnen.

8. Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb der Klägerin zählen auch die im Rahmen der Einnahmenüberschussrechnung ermittelten Kursgewinne in Höhe von 2.600,97 € aus den zum Goldhandel abgeschlossenen Absicherungsgeschäften. Denn diese Einkünfte stehen im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Goldhandel, sodass sie sogenannte Hilfgeschäfte darstellen, die steuerlich so zu behandeln sind, wie die Haupteinkünfte - hier die Überschüsse aus den An- und Verkäufen der Goldbarren. 80
- III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO und aus § 135 Abs. 3 i.V.m. § 139 Abs. 4 FGO. 81
- IV. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 151 Abs.1, Abs. 3 FGO i. V. m. § 709 der Zivilprozessordnung. 82
- V. Die Revision wird gem. § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Die Auslegung der § 140 AO, § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG und § 15b EStG wird in der Literatur kontrovers diskutiert und ist für eine Vielzahl von Fällen von Bedeutung. 83