

Die steuerliche Behandlung von Swap-Geschäften

Prof. Dr. *Thomas Zacher*, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Steuerberater, Rechtsanwälte Zacher & Partner, Köln, und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach

Swap-Geschäfte sind in den letzten Jahren zunehmend juristisch diskutiert worden. Neben der (zivilrechtlichen) Frage der in diesem Zusammenhang ggf. vom Anbieter zu erfüllenden Belehrungs- und Warnpflichten stellt sich auch die Frage der steuerlichen Behandlung bei der Durchführung und Abwicklung von Swap-Geschäften. Dabei wird – analog zu den zivilrechtlichen Fragen bei aus Sicht des Kunden negativer Entwicklung – auch die Frage zunehmend relevant, ob entsprechende Verluste steuerlich geltend gemacht werden können.

I. Swaps – ein zivilrechtliches und steuerliches Problemfeld

Swap-Geschäfte erscheinen in der Finanzpraxis in mannigfaltiger Gestalt. Angefangen von relativ einfachen Zins- bzw. Zins-/Währungs-Swaps, bei denen nur die Variablen des Zinssatzes und/oder der als Berechnungsgrundlage dienenden Basiswährung bei den gegenseitig auszutauschenden bzw. zu verrechnenden Währungsströmen variiert werden, sind bei der Definition und Berechnung der auszutauschenden Zahlungsströme und ggf. auch der Schlußleistung in der Praxis kaum Grenzen gesetzt¹. Weiterhin können hierdurch ebenso relativ einfache Absicherungsgeschäfte gegenüber Zins- oder Währungsrisiken in Korrespondenz mit einem konkreten anderweitigen Darlehen abgebildet werden, wie sie umgekehrt auch als isolierte Spekulationsgeschäfte bzw. reine „Wetten“² in der Praxis vorkommen. Aus der Kombination aus einem schlichten festverzinslichen Euro-Darlehen und einem korrespondierenden Swap-Geschäft lassen sich auch gleichsam synthetische Darlehen mit variablen Zinssätzen bzw. in fremder Basis-Währung konstruieren, was in Einzelfällen der Vergangenheit auch manchmal für solche Investoren attraktiv schien, die aufgrund (gesellschafts-)vertraglicher oder sogar öffentlich-rechtlicher Bindungen eigentlich diesbezüglich bestimmte Restriktionen zu beachten hatten.

Diese Vielgestaltigkeit korrespondierte insb. im Zeitraum vor der letzten Finanzkrise mit einem durchaus offensiven Angebotsverhalten vieler Banken und sonstiger Kreditgeber, daß häufig auf offene Ohren privater und institutioneller Kapitalmarktteilnehmer traf. Eine teilweise vielleicht aufgrund auf mangelndem Verständnisses, teilweise aber auch aus unterschiedlicher Risikoeinschätzung beruhende und mit einer gewissen positiven Grundstimmung gegenüber „innovativen Ideen“ ihres Finanzintermediärs verbundene Stimmung auf dieser Seite traf auf zum Teil sehr ausführliche, zum Teil aber auf eher „schlanke“ Darstellungen der Funktionsweise des in Rede stehenden Swap-

Geschäftes und der damit ggf. verbundenen Risiken auf der Seite der Anbieter. Feste Konturen der mit dem Angebot solcher Geschäfte verbundenen Aufklärungs- und Warnpflichten gab es nicht, erst recht nicht vor dem Hintergrund der angesprochenen großen Bandbreite der einzelnen Vertragsgestaltungen im Sinne einer objektbezogenen Aufklärung, aber auch im Hinblick auf die unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten und Qualifikationen der jeweiligen Ansprechpartner auf Seiten der (künftigen) Gegenpartei.

Dies hat sich nun gründlich geändert, wenn sich auch bis heute die zivilrechtliche Rechtsprechung nur gleichsam tastend fortzuentwickeln scheint. Denn eine (allzu?) weite Verbreitung von Swap-Geschäften auch außerhalb der Sphäre professioneller Finanzinvestoren aus den oben angesprochenen Gründen traf auf verschiedene finanzmarktwirtschaftliche Entwicklungen. Die zeitweise krisengeschüttelten Finanzmärkte entwickelten sich nicht kontinuierlich, der Euro verlor gegenüber manchen Fremdwährungen in einem so hohen Maße, daß er sich außerhalb der Toleranz erwarteter Wechselschwankungen bewegte, etc. Wer z.B. einen relativ einfachen Zins-/Währungs-Swap im Hinblick auf sein Immobilieninvestitionsdarlehen bei einem Euro-Kurs gegenüber dem Schweizer Franken zu ca. 1,80 € abgeschlossen hatte, sah sich wenige Jahre später mit einem Kurs von zunächst 1,20 € und dann nach dem ebenfalls für viele unverhofften „Dammbruch“ bei der Schweizerischen Nationalbank (SNB) von wenig oberhalb 1,00 € konfrontiert. Trotz regelmäßiger Leistungen wurden so Verbindlichkeiten nicht abgebaut und es entstanden zum Teil recht hohe Swap-Verluste.

Die Frage nach Pflichtverletzungen auf der Anbieterseite wurde vor diesem Hintergrund lauter und hat zu einer Fülle von zivilrechtlichen Entscheidungen, zum Teil auch des BGH, geführt. Fest steht danach zwar dem Grunde, daß bei Swap-Geschäften grundsätzlich auf den Erfahrungs- und Verständnishorizont der Gegenpartei abgestimmte Darstellung der Wirkungsweise des Geschäfts und ggf. eine besondere Belehrung über die Risiken erforderlich ist.³ Ein abgeschlossenes und eindeutiges System ist aber nach wie vor noch im Werden befindlich. Ob und in welchem Umfang typische „Stellschrauben“, wie die Differenzierung nach

1 Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen und Zielsetzungen von Swaps etwa *Fichtner/Hartlieb*, DB 2013, 2519 ff.

2 So dezidiert *Robert*, DStR 2014, 1116 zu Swaps wie auch Derivaten generell.

3 Zuletzt etwa BGH, Urteil vom 22.02.2011 – XI ZR 33/10 (CMS Spread Ladder Swap); BGH, Urteil vom 20.01.2015 – XI ZR 316/13; BGH, Urteil vom 28.04.2015 – XI ZR 378/10.

einfacheren oder komplexeren Swap-Geschäften, einer – ggf. generellen – Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert und ggf. dessen Berechnung, aber auch die formelle und/oder individuell zu erfassende Qualifikation der Gegenpartei von Bedeutung sind, wird in zahlreichen, nicht immer widerspruchsfreien zivilrechtlichen Entscheidungen diskutiert. Auch eine Fülle rechtswissenschaftlicher Literatur und erhellender Aufsätze⁴ existiert hierzu⁵, wenn auch nicht selten die Zuordnung des Verfassers zu einer bestimmten Interessengruppe mehr oder weniger deutlich durchscheint. Ein abschließendes, jedenfalls in den Grundzügen allgemein gefestigtes und in sich widerspruchsfreies System scheint dabei jedoch auch im Zivilrecht – noch – nicht gefunden.

Dies gilt auch für die ertragsteuerliche Behandlung. Denn korrespondierend mit der oben beschriebenen Entwicklung hat nicht nur die Verbreitung derartiger Geschäfte enorm zugenommen, sondern zum Teil auch die Brisanz der praktischen Auswirkungen in ihrer fiskalischen Bedeutung. Hinzu kommt, daß – soweit man von Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 EStG dem Grunde nach ausgeht⁶ – der Regimewechsel durch die Einführung der sog. Abgeltungsteuer ab 2009 viele derzeit noch in Rede stehende Fälle aufgrund eines langfristigen Finanzierungszusammenhangs betrifft. Entsprechend der früheren Rechtslage führen in diesem Bereich bestimmte Ergebnisse schon dem Grunde in den nicht steuerbaren Bereich. Dadurch zeigt sich die Relevanz der hier zum Teil streitigen Beurteilungsfragen besonders. Die nun durch das Auslaufen derartiger Swap-Geschäfte oftmals entstehenden Verluste z.B. bei Immobilienfonds erreichen vielfach siebenstelligen Beträge. Endet der (Alt-)Swap mit Verlust, wird derzeit oftmals eine gleichsam zweistufige rechtliche Prüfung verlangt: Gibt es Ansätze, durch den Rekurs auf (nicht erfüllte) Aufklärungs- und Warnpflichten, diesen Verlust durch (Schadenersatz-)Leistungen des Anbieters ganz oder teilweise auf dem Verhandlungswege oder notfalls vor Gericht zu kompensieren; erscheint dies von vorneherein nicht aussichtsreich oder scheitert es ganz oder teilweise nach der entsprechenden Durchführung, sind die entsprechenden – dann endgültig realisierten – Verluste zumindest steuerlich berücksichtigungsfähig? Hinzuweisen ist allerdings darauf, daß die Interessenlage auf der Seite der Steuerpflichtigen wie der Finanzverwaltung durchaus in Abhängigkeit vom konkreten Ergebnis des Swap-Geschäftes wechseln kann: So wird zwar derzeit steuerlich die Behandlung von Verlusten aus Swap-Geschäften ganz überwiegend diskutiert; wer aber einen entsprechenden Swap noch vor 2008 eingegangen ist und diesen auch noch rechtzeitig vor den dargestellten kritischen wirtschaftlichen Entwicklungen ggf. mit Gewinn nach einer Mindesthaltefrist von einem Jahr auflösen konnte, wird mit einer Behandlung allenfalls nach § 23 EStG entsprechend seinem alten Anwendungsbereich durchaus zufrieden sein. Insoweit konsequent hat die Finanzverwaltung auch durchaus in einigen bekannt gewor-

denen Fällen spiegelbildlich zu ihrer restriktiven Auffassung zur Behandlung von Altverlusten derartige „Altgewinne“ auch als nicht steuerbar angesehen und deshalb im Ergebnis steuerfrei passieren lassen.

II. Wirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Einordnung von Swaps

Strukturell gehört ein Swap-Geschäft zur Gruppe der echten bzw. unbedingten Termingeschäfte. Denn beide Parteien verpflichten sich gegenseitig, zu einem oder mehreren zukünftigen Zeitpunkt(en) bestimmte, durch den Swap-Vertrag definierte Leistungen, wechselseitig vorzunehmen.⁷ Die Besonderheit und Unterscheidung zu einem einfachen bzw. „normalen“ Termingeschäft liegt in finanzwirtschaftlicher Hinsicht darin, daß jeweils Zahlungsströme (statt eines punktuellen Ausgleichs) über eine gewisse Periode berechnet und dann ausgetauscht werden. In der Praxis ist es aber durchaus üblich, nach Berechnung dieser Zahlungsströme eine effektive Zahlung nur durch einen Spitzenausgleich, d.h. das sog. Netting, vorzunehmen. Dies gilt sowohl für die laufenden Zahlungen als auch die Schlußzahlung. Ganz überwiegend folgt dem auch die finanzrechtliche Literatur, die regelmäßig einen atypischen bzw. typengemischten schuldrechtlichen Vertrag mit Dauer-schuldcharakter annimmt.⁸

Dem dürfte sich – jedenfalls inzident – inzwischen auch der BFH angeschlossen haben.⁹ Denn auch er geht in seinem Urteil vom 13.01.2015 von einem einheitlichen Geschäft aus. Auch wenn er in casu gerade einen Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (zugunsten) des Steuerpflichtigen verneinte, sah er es doch dafür als entscheidend an, daß über das Swap-Geschäft insgesamt durch einen „veräußerungsähnlichen Vorgang“ seitens des Steuerpflichtigen verfügt wurde. Diese Sichtweise bedingt es jedoch neben der vom BFH in diesem Urteil selbst, wenn auch nur kurz, vorgenommenen Charakterisierung des Swap-Geschäftes, diesen Vertrag als einheitlich zu würdigen, um dann darin auch ein gesondertes, aber einheitliches Wirtschaftsgut erblicken zu können, über das schließlich – gesondert – verfügt wurde.¹⁰

4 Etwa *Gundermann*, BKR 2013, S. 406 ff. und die in Fn 1+2 Genannten, jeweils m.w.N.

5 Z.B. *Zöller*, Die Haftung bei Kapitalanlagen, 3. Auflage, S. 83-102.

6 Vgl. Näheres hierzu unten unter III. 2.

7 Vgl. grundlegend *Kremer*, Finanz-Swaps und Swapderivate in der Bankpraxis, 2009.

8 So etwa *Langenbacher/Bliesener/Spindler*, Bankrechts-Kommentar, 1. Auflage 2013, 37. Kapitel, Rdnr. 29; *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, 4. Auflage, S. 114 Rdnr. 76; jeweils m.w.N.

9 Vgl. BFH-Urteil vom 13.01.2015, IX R 13/14, BStBl II. S. 827.

10 Zur Aufgabe der sog. Trennungstheorie bei Optionsgeschäften in der Rspr. zu Optionsgeschäften vgl. *Aigner/Balbinat*, DStR 2015, S. 198 ff.

Die Finanzverwaltung sieht dies in der Praxis oft anders, obwohl das aktuelle BMF-Schreiben zu Einzelfragen der Abgeltungssteuer¹¹ sowohl in Tz 124 wie auch in Tz 176 auf das vorgenannte BFH-Urteil Bezug nimmt. Es kommt nach wie vor noch häufig vor, daß wohl auch zur gedanklichen Vereinfachung in der Besteuerungspraxis die gegenseitigen Zahlungsverpflichtungen auch als rechtlich selbstständige gegenseitige Darlehensverpflichtungen verstanden werden.

Dies erleichtert wohl auch gedanklich die Grundauffassung der Finanzverwaltung, die laufenden Zahlungen als gegenseitige Aufwände und Erträge zu berücksichtigen, die gem. § 20 EStG vorrangig einer spezielleren Einkunftsart, z.B. den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen sind; die Schlußzahlungen aber – im Sinne des „höheren oder niedrigeren“ Rückzahlungsbetrages des jeweiligen gegenläufigen „Darlehens“ – jedoch stets den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne von § 20 EStG (entsprechend der aktuellen Rechtslage). Für Altverträge aus dem Zeitraum bis 2008 kommt dann konsequenterweise nur eine Besteuerung im Rahmen des § 23 EStG binnen Jahresfrist in Betracht.

Der dafür im genannten BMF-Schreiben angeführte Beleg – das oben angesprochene BFH-Urteil vom 13.01.2015 – wird aber meines Erachtens insoweit mißinterpretiert, als es gerade nicht die Aussage enthält, daß generell Ausgleichszahlungen aus der Auflösung von Zins-Swap-Geschäften nicht zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehören könnten. Denn dort stand gerade der bereits benannte „veräußerungsähnliche Vorgang“ aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Zins-Swap-Geschäftes gegen ein gesondertes Entgelt für den Steuerpflichtigen in Rede, nicht die normale Abwicklung bzw. das schlichte Auslaufen des Zins-Swap-Geschäftes.

Interessant ist auch der Gegenschluß. Da in Tz 324 ausdrücklich auf die vorbenannte Tz 176 Bezug genommen wird und es danach nicht beanstandet werden soll, wenn die dortige Ergänzung erst ab dem 01.01.2017 berücksichtigt wird, heißt dies wohl im Gegenschluß, daß bis dahin Ausgleichszahlungen – im Sinne der vorbezeichneten, wenn auch nach diesseitiger Auffassung falschen – Allgemeinheit durchaus zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehören würden. Konsequenterweise müßte diese Aussage auch für alle anderen gem. § 20 Abs. 8 EStG an sich vorrangigen Einkunftsarten gelten. Angesichts der im übrigen aus der Praxis der Finanzverwaltung bisher bekannten Haltung erscheint es erstaunlich, wenn durch diese Regelung im Rückschluß die umgekehrte Haltung – Anerkennung (auch) der Ausgleichszahlungen vorrangig bei der spezielleren in Betracht kommenden Einkunftsart – als regelmäßige Praxis seitens des BMF statuiert und sogar bis Ende 2016 sanktioniert wird.

Ergänzend ist zur Frage der „Gesamtbetrachtung vs. Einzelbetrachtung bei Swap-Geschäften“ anzumerken, daß die Frage der praktischen Durchführung im Wege des oben angesprochenen Nettings wohl keine Rolle spielt. Obwohl

man es – wenn auch nach diesseitiger Auffassung unrichtig – ggf. als Indiz für eine Aufspaltung in Einzelvorgänge ansehen könnte, differenziert die Finanzverwaltung sowohl in ihren Verlautbarungen als auch in der Praxis vor Ort nicht danach, ob wirklich gegenläufige Einzelzahlungen vorgenommen werden oder lediglich ein Spitzenausgleich in Höhe des Differenzbetrages stattfindet. Tatsächlich ist dies auch manchmal allein eine Frage der banktechnischen Buchungspraxis ohne besonderen Hintergrund. So sind schon Fälle bekannt geworden, in denen trotz ausdrücklicher Vereinbarung des Nettings gegenläufige Buchungen „aus Vereinfachungsgründen“ auf den entsprechenden Konten erfolgten; umgekehrt wurden auch ohne Netting-Vereinbarung lediglich Spitzenbeträge gutgeschrieben oder abgebucht, um „unnötiges Hin- und Herzahlen“ auszuschließen. Bei kritischen Nachfragen wird regelmäßig darauf verwiesen, daß das materielle Ergebnis ja in jedem Fall daselbe sei.

III. Relevante Fragen zur steuerlichen Einordnung

1. Ausgangsüberlegungen

Systematisiert man die in Rechtsprechung, Literatur und Verfahrenspraxis regelmäßig auftauchenden Fragen, so kommt man zu den nachfolgend beschriebenen drei Kernaspekten. Unabhängig von den dort teils unterschiedlich bewerteten Kriterien und den differierenden Meinungen im Einzelfall ist jedoch schon die Reihenfolge der Fragestellung entscheidend, da sie durchaus den Weg zu gewissen Ergebnissen vorzeichnen kann. Abweichend von der nachfolgend dargestellten Struktur, die zunächst die Zuordnung zu einer Einkunftsart in den Vordergrund stellt, stellt die Finanzverwaltung gerade auch auf dem Boden ihrer (überschießenden) Interpretation des BFH-Urteils vom 13.01.2015¹² die Zuordnung zur Sphäre der laufenden Einkünfte in Abgrenzung zu der einer Vermögensänderung an dem jeweiligen Beginn ihrer Überlegungen. Damit kommt sie gerade in Altfällen und auf der Grundlage der von ihr jedenfalls gedanklich nach wie vor vollzogenen Trennung zwischen laufenden Zahlungen und der/den Schlußausgleichzahlung(en) im Rahmen eines Swap-Geschäfts regelmäßig zu dem Ergebnis, daß die entsprechenden Schlußzahlungen der Vermögenssphäre zuzuordnen sind. Sie fallen damit entsprechend der Denkweise der Finanzverwaltung aus der an sich vorrangigen Einkunftsart im Sinne des § 20 Abs. 8 EStG heraus.¹³ Nach einem derartigen „Ausgangsergebnis“ ist der weitere Weg der Betrachtung dann meist vorgezeichnet. In Altfällen kommt eine

¹¹ IV C 1-52252/08/10004: 017 vom 13.01.2016.

¹² Vgl. FN 11

¹³ So explizit die Tz 176 des BMF-Schreibens vom 18.01.2016.

Berücksichtigung im positivem wie im negativem Fall nur noch im Rahmen der einjährigen Frist des § 23 EStG in Betracht; aber auch in Neufällen bleibt eine Verrechnung derartiger Verluste auf den engen Anwendungsbereich des § 20 Abs. 6 EStG beschränkt.

Dieser Weg erscheint jedoch als sachlich falsch. Denn die Frage, ob die Sphäre der laufenden Einkünfte oder die des Vermögens betroffen ist und damit eine bestimmte steuerliche Berücksichtigung auslösen kann, ist nachrangig zu der Frage, welche Einkunftsart dem Grunde nach vorliegt. Die Berücksichtigung von sog. „Vermögensverlusten“ an sich ist (und war) bei den verschiedenen Einkunftsarten zum Teil unterschiedlich geregelt; dasselbe gilt für ggf. begrenzte Verlustverrechnungsmöglichkeiten. Letztlich erscheint es als Zirkelschluß, wenn argumentiert wird, daß sich die Schlußzahlungen eines Swap-Geschäftes stets auf der Vermögensebene des Steuerpflichtigen abspielten; weil dem aber so wäre, müßten sie aus dem (möglichen) Veranlassungszusammenhang einer anderen Einkunftsart herausgelöst und der Ebene der Einkünfte aus Kapitalvermögen zugeordnet werden, was dann zu den im Zeitablauf unterschiedlich eingeschränkten Möglichkeiten der Berücksichtigung bzw. Verrechnung mit anderen Einkünften derselben oder einer anderen Einkunftsart führe.

Dies gilt gerade auch für die hier oft in Betracht kommende Einkunftsart der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung im Sinne des § 21 EStG, bei denen ebenfalls gesetzlich eine nur eingeschränkte Möglichkeit der Berücksichtigung von Nachteilen auf der „Substanzebene“ besteht. Der Werbungskostenbegriff im Sinne des § 9 EStG ist einheitlich für alle Überschusseinkünfte auszulegen.¹⁴ Die in Rede stehenden Aufwendungen können selbst durchaus auch im Verlust von Vermögenswerten bestehen. Selbst der Verlust einer Darlehensforderung kann hierzu gehören.¹⁵ Auch sonst kann dort – wie erst recht in den anderen Einkunftsarten und ganz besonders bei den Gewinneinkünften – auch der Verlust der Vermögenssubstanz berücksichtigt werden.

Dies gilt schon für den Wert einer Immobilie selbst im Rahmen der (ggf. außerordentlichen) AfA. Dies gilt aber auch erst recht dann, wenn im Rahmen des gleichsam peripheren Leistungsverkehrs bei der Immobilienbewirtschaftung Substanzverluste eintreten, wenn der Veranlassungszusammenhang zu der entsprechenden Einkunftsart eindeutig besteht. Niemand käme wohl auf die Idee, den Verlust von Werkzeugen zur Instandhaltung oder Reinigung einer Immobilie deshalb nicht den dortigen Werbungskosten zuzurechnen, weil hierdurch lediglich die „Vermögensebene“ des Steuerpflichtigen (was isoliert gesehen durchaus zutrifft) betroffen wäre. Auch beim Verlust eines höherwertigen Gegenstandes gilt Entsprechendes; man denke etwa beim umfangreichen Vermögensbesitz einer vermögensverwaltenden Gesellschaft an den Verlust eines Lieferwagens, der zur regelmäßigen Ausführung von Hausmeister- und sonstigen objektbezogenen Tätigkeiten

dient. Schon grundlegend kann daher die Frage der Zuordnung zur Vermögenssubstanz nicht vorrangig oder gar allein über die Zuordnung zu einer bestimmten Einkunftsart entscheiden. Vielmehr gilt umgekehrt, daß erst nach Zuordnung zu dieser Einkunftsart entschieden werden kann, ob und wie ggf. der entsprechende Aufwand steuerlich zu erfassen ist.

Bei genauer Lektüre des BFH-Urteils vom 13.01.2015¹⁶ liegt dieser Gedanke auch der dortigen Argumentation zugrunde. Denn verneint wird dort – als Ausgangs- und Grundüberlegung – der wirtschaftliche Zusammenhang. Dies deshalb, weil dort der in Rede stehende Geldzufluß allein bzw. ganz überwiegend durch die Veräußerung des zum privat gehörenden Wirtschaftsgutes veranlaßt war. Dort wurde nämlich das in Rede stehende Swap-Geschäft im wirtschaftlichen Ergebnis vorzeitig an die Bank „zurückveräußert“, wodurch nach Auffassung des BGH der Funktionszusammenhang aufgelöst wurde.¹⁷ Ob man dies im dortigen Fall so sehen mußte, mag unterschiedlich beurteilt werden – die ausführliche Diskussion dieser Fragestellung im Urteil wäre aber völlig überflüssig gewesen, wenn allein dadurch, daß (auch) dort die Vermögensebene (in casu: positiv) betroffen war, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bereits verlassen worden wären. Der Leitsatz der entsprechenden Entscheidung spricht dementsprechend auch richtigerweise an, daß die Zurechnung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung „nicht schon deshalb“ vorliege, weil die den Einnahmen zugrunde liegenden Geschäfte ursprünglich der Absicherung eines Immobiliendarlehens bedient hätten. Etwas mißverständlich erscheint demgegenüber die verkürzte Überschrift im Rahmen der seinerzeitigen Pressemitteilung des BFH vom 29.04.2015, die generell betitelt: „Zinsswap-Geschäfte keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung“.

Wie oben dargestellt, hat die Finanzverwaltung allerdings diese überschießende Tendenz in ihrem aktuellen BMF-Schreiben nur allzu gerne aufgenommen. Ganz anders dagegen das Urteil des FG Baden-Württemberg¹⁸, das dezidiert darauf hinweist, daß die Swap-Kosten auch im Rahmen der Schlußzahlung als einheitlicher Aufwand im Rahmen eines insgesamt zu wertenden Swap-Vertrages zu berücksichtigen wären. Lügen bei diesem die Voraussetzungen – wie im dortigen Fall – für einen hinreichenden Zusammenhang mit einem entsprechend hierdurch verbundenen Darlehensgeschäft vor, sei der Aufwand für das Swap-Geschäft auch insgesamt den Schuldzinsen aus dem Darlehen und damit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen.

14 Vgl. nur Schmidt/Loschelder, EStG, 34. Auflage § 19 Rdnr. 11 m.w.N.

15 A.a.O., RZ 12.

16 Vgl. oben FN 9.

17 Vgl. a.a.O. Rdnr. 19-21.

18 Urteil vom 17.04.2013 – 4 K 2859/09 – Revision zugelassen.

Ist ein entsprechender Zusammenhang gegeben, spricht hierfür meines Erachtens neben der finanzwirtschaftlichen und juristischen Einordnung auch der wirtschaftliche Grundgedanke. Bei einem mit einem Darlehen verbundenen Swap-Vertrag geht es der Gegenpartei doch regelmäßig darum, Zinsvorteile (und damit eine Reduzierung der steuerwirksamen Aufwendungen) zu erhalten, die allerdings mit einem gewissen Risiko behaftet sind. Hierzu wird das Swap-Geschäft abgeschlossen, das seinerseits ein gewisses Risiko enthält. Erweist sich nun die anfänglich vernünftige kaufmännische Erwartung des Steuerpflichtigen im nachhinein als falsch und das sich realisierende Risiko aus der Kombination von Darlehen und Swap-Geschäft übersteigt die Vorteile aus der erhofften Verringerung des Zins-Aufwandes gegenüber dem „einfachen“ Darlehen, mögen dies insoweit fehlgeschlagene Aufwendungen sein. Hier jedoch danach zu trennen, ob sie laufend oder erst am Ende in Form der Ausgleichszahlung anfallen, wäre nicht sachgerecht und würde auch nichts an dem Umstand ändern, daß sie dafür aufgewandt wurden, um einen an sich durchaus auch steuerbaren und steuerpflichtigen Aufwand – nämlich den Finanzierungsaufwand – nach Möglichkeit zu reduzieren.

2. Zuordnung zu einer Einkunftsart

Richtigerweise muß demnach der Finanzierungszusammenhang im Mittelpunkt der Überlegungen stehen, um bei einem Swap-Geschäft über die Zuordnung sowohl der laufenden Einkünfte wie auch der Schlußzahlung zu einer Einkunftsart entscheiden zu können. Im Regelfall wird es dabei um ein Finanzierungsgeschäft im Rahmen einer anderen Einkunftsart, vornehmlich den Einkünften aus Gewerbebetrieb oder den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, gehen. Natürlich kommen entsprechende Finanzierungen auch bei anderen Einkünften, wie etwa aus Land- und Forstwirtschaft oder selbstständiger Arbeit, in Betracht. Theoretisch wäre es auch denkbar, daß das Swap-Geschäft den erforderlichen Zusammenhang nicht durch den möglichen Sicherungszusammenhang mit einem Darlehen erhält, sondern weil etwa das Swap-Geschäft an sich Teil der gewerblichen Einkünfte eines professionellen Finanz-Investors ist. Schließlich kann der Einzelfall eintreten, daß das Swap-Geschäft isoliert zur (spekulativen) Generierung von Einkünften bei einer anderen Einkunftsart außerhalb der Einkünfte aus Kapitalvermögen dienen sollte. Letzteres dürfte aber angesichts der schon restriktiven Haltung bei der Zuordnung von „normalen“ Finanzanlageverlusten – etwa bei Schuldverschreibungen – zu anderen Einkunftsarten seitens der Finanzrechtsprechung hier besonders selten gelingen.

Geht man also davon aus, daß regelmäßig die Absicherung eines anderen Darlehens in Rede steht, so ist Grundvoraussetzung zunächst, daß dieses Darlehen seinerseits über einen entsprechenden Finanzierungszusammenhang

verfügen muß. Hier sei am Rande angemerkt, daß gerade bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung die Rechtsprechung in letzter Zeit hierzu eine durchaus dem Steuerpflichtigen freundliche Tendenz aufweist.¹⁹

Auf der zweiten Ebene stellt sich dann die Frage der Zuordnung des Swap-Geschäftes zu dem entsprechenden Darlehen bzw. dem hinreichenden Sicherungszweck hierfür. *Hier* ist eine kritische Betrachtung im Einzelfall durchaus angebracht; manche von der Finanzverwaltung als problematisch angesehenen Fälle können auch durchaus mit Hilfe der dort ohnehin in langjähriger Rechtspraxis entwickelten Kriterien gelöst werden. Regelmäßig wichtige Kriterien zur Beurteilung des Sicherungszusammenhangs sind:

- sachlich und zeitlich gemeinsamer Abschluß beider Geschäfte
- Synchronisation der Höhe von Darlehensverpflichtung einerseits und Höhe der Bezugsgröße für die Berechnung der Leistungen (zumindest einer Seite) aus dem Swap-Geschäft
- Synchronisation von fester Verpflichtung einer Partei aus dem Swap-Geschäft mit den entsprechenden Verpflichtungen aus dem Darlehensgeschäft
- Synchronisation der Laufzeit von Darlehen und Swap-Geschäft
- gemeinsame Erstreckung von Sicherheiten sowohl auf das Darlehens- als auch auf das Swap-Geschäft
- gemeinsame Erstreckung weiterer begleitender Abreden und Vereinbarungen
- identische Vertragspartner bei Darlehens- und Swap-Geschäft

Daß nicht alle Kriterien zugleich und in gleichem Maße erfüllt sein müssen und ggf. auch eine asynchrone spätere Entwicklung von Darlehen und Swap-Geschäft nicht unbedingt den ursprünglichen Finanzierungszusammenhang auflösen muß, zeigt z.B. das bereits angesprochene Urteil des FG Baden-Württemberg vom 17.04.2013.²⁰ Dies gilt jedenfalls dann, wenn – anders als in dem vom BFH entschiedenen Fall – der spätere Gleichlauf nicht aufgrund einer freiwilligen Entscheidung des Steuerpflichtigen aufgehoben wird.

Ergänzend sollte noch berücksichtigt werden, daß bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch die formale Funktionszuweisung als Grund- bzw. Sicherungsgeschäft nicht entscheidend sein kann. Wird etwa ein Fremdwährungsdarlehen aufgenommen, um den in der Fremdwährung günstigeren Zinssatz auszunutzen, so wird man das im übrigen korrespondierende Swap-Geschäft zur Reduzierung des Fremdwährungsrisikos als das Sicherungsgeschäft sicher anerkennen. Umgekehrt sollte dies aber auch gelten.²¹

¹⁹ Vgl. etwa *Jachmann-Michel*, JM3-2016, S. 118 f. mit zahlreichen Nachweisen aus der jüngeren Rechtsprechung.

²⁰ Vgl. oben FN 18.

²¹ Kritisch zur formalen Einordnung des Sicherungszweckes eines Swap-Geschäftes auch *Fichtner/Hartlieb*, DB 2013, 2519, 2321 ff.

Wird das Darlehen in der Heimatwährung abgeschlossen und durch das Swap-Geschäft die Fremdwährungskomponente zur Reduzierung des Zinsaufwandes eingeführt, kann bei Erfüllung der Voraussetzungen für ein verbundenes Geschäft im übrigen der wirtschaftlich gleiche Fall vorliegen. Hier zu argumentieren, daß das eigentliche Darlehen ja ohnehin „sicher“ gewesen wäre und demgegenüber das Swap-Geschäft erst einen „Unsicherheitsfaktor“ in den Gesamtkontext eingeführt hätte, wäre nicht nur wenig sachgerecht; gerade wenn ein entsprechender Zusammenhang bestünde, wäre eine solche formale Betrachtungsweise auch durch entsprechende Gestaltungen leicht zu umgehen.

3. Alt- oder Neufall

Je nach der zuvor getroffenen Wertung über die entsprechende Einkunftsart kann sich die Frage des zeitlichen Zusammenhangs stellen.

Liegen tatsächlich (nur) Einkünfte aus Kapitalvermögen vor, kann sich in Altfällen (nur) eine Besteuerung von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG ergeben, soweit sie nicht gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 EStG wiederum anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind. Dies wäre aber regelmäßig mit der eingangs dieses Teilabsatzes genannten Fragestellung bereits positiv ausgeschlossen, mit einer (Rück-)Ausnahme. Denn theoretisch bestand ja unter dem alten Steuerregime auch die Möglichkeit, laufende Einkünfte aus Kapitalvermögen fremd zu finanzieren und bei diesen Einkünften im Sinne von § 20 EStG die entsprechenden Werbungskosten geltend zu machen. Würde nun eine solche (Alt-)Fremdfinanzierung wiederum in einem hinreichenden Sicherungszusammenhang mit einem Swap-Geschäft nach den obigen Kriterien stehen, könnte auch der Gewinn oder Verlust im Rahmen der Schlußzahlung steuerbar und steuerpflichtig sein. Denn er wäre eben gerade kein originäres – und nach 12 Monaten nicht mehr steuerbares – Ergebnis nur in der Vermögenssphäre, sondern den entsprechenden laufenden Einkünften aus Kapitalvermögen nach dem vorstehend Gesagten zuzurechnen.

Ab 2009 unterliegen dann sowohl die laufenden Einkünfte aus einem Zins-Swap gem. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG wie auch die Schlußzahlungen gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG der Besteuerung im Rahmen der sog. Abgeltungssteuer.

Kommt man hingegen zu einem hinreichenden Finanzierungszusammenhang zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, liegen im Hinblick auf die laufenden Erträge bzw. Aufwände unstrittig Werbungskosten bzw. Einnahmen gem. § 21 EStG vor. Das gleiche gilt nach diesseitiger Auffassung und entsprechend dem FG Baden-Württemberg – bei hinreichendem Finanzierungszusammenhang (!) – auch im Hinblick auf die Schlußzahlungen. Die Finanzverwaltung würde hingegen bei Altfällen zu einer Steuerbarkeit nur im Rahmen von § 23 Abs. 1 EStG kommen und sieht sich ihren durch das BFH-Urteil vom

13.05.2015 bestärkt. Bei Neufällen würde sie dementsprechend § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG auch insoweit anwenden.

Die zeitliche Komponente ist bei Einkünften aus Gewerbebetrieb im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 3–5 EStG praktisch irrelevant, da Swap-Geschäfte aus der Zeit vor der Einführung dieser speziellen Norm für Unternehmen außerhalb des Finanzdienstleistungssektors kaum mehr eine Rolle spielen. Denn diese Regelungen wurden grundlegend schon mit Wirkung ab 01.01.1999 eingeführt.

4. Laufender Aufwand/Ertrag oder Gewinn bzw. Verlust auf Vermögensebene

Entsprechend dem Vorstehenden ist die Differenzierung zwischen den Ergebnissen aus den laufenden Zahlungen im Rahmen eines Swap-Geschäftes und der oder den Schlußzahlung(en) regelmäßig steuerlich irrelevant. Liegt ein hinreichender Finanzierungszusammenhang mit anderen Einkunftsarten vor, sind laufende Zahlungen wie Schlußzahlungen regelmäßig als diesbezügliche Einnahmen bzw. Ausgaben/Werbungskosten zu berücksichtigen.

Eine gesetzliche Ausnahme findet sich nur im Rahmen von § 15 Abs. 4 Satz 3–5 EStG, welche aber ihrerseits unter den oben angesprochenen Bedingungen eine Berücksichtigung generell ausschließt und dabei wiederum nicht nach den laufenden Zahlungsflüssen und Schlußzahlungen „auf der bloßen Vermögensebene“ differenziert.

Nur dann, wenn tatsächlich kein hinreichender Finanzierungszusammenhang besteht und dementsprechend Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne von § 20 EStG (nur noch) in Betracht kommen, kommt ggf. die Differenzierung zwischen laufenden Zahlungen und Schlußzahlungen in Betracht. Bis einschl. 2008 trat eine Besteuerung nur im Rahmen von § 23 Abs. 1 a.F. EStG ein, womit außerhalb des Jahres-Zeitraumes eine steuerliche Erfassung als Gewinn oder Verlust entfiel. Ab 2009 hingegen liegen Einkünfte im Sinne von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG vor, die zeitlich unbeschränkt positiv wie negativ zu berücksichtigen sind, aber regelmäßig dem besonderen Steuersatz von 25% sowie der Abgeltungssteuer und darüber hinaus den bei Kapitaleinkünften eingeschränkten Verlustverrechnungsmöglichkeiten (§ 20 Abs. 6 EStG) unterliegen.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist hingegen die Unterscheidung zwischen laufenden Zahlungen und Schlußzahlungen (mindestens) auch bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung in Neufällen relevant, da dort davon ausgegangen wird, daß letztere als Einkünfte bzw. Verluste auf der Vermögensebene die Zurechnung zu einer anderen Einkunftsart „verlieren“ würden und stets den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzurechnen wären. Konsequenter müßte dies auch zumindest für alle anderen Überschusseinkünfte gelten; zumindest inkonsequent ist es hingegen, wenn das aktuelle BMF-Schreiben in Tz 176 dies als Änderung gegenüber der früheren Auffassung darstellt

und zugleich anordnet, daß diese Änderung auch erst zum 01.01.2017 angewendet werden könne.

Gelangt man zu Einkünften aus Gewerbebetrieb, sind im Rahmen des § 15 Abs. 4 Satz 3–5 EStG weitere Besonderheiten zu berücksichtigen. Zunächst muß es sich um Termingeschäfte im Rahmen der Gesetzesterminologie handeln. Daß hierzu auch Swap-Geschäfte gehören, ist aber allgemein anerkannt.²² Eine erste Rückausnahme besteht nun darin, daß gerade kein Unternehmen aus dem Finanzsektor vorliegt, bei dem entsprechende Geschäfte zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören (§ 15 Abs. 4 Satz 4 EStG). Außerhalb des somit generell aus selbsterklärlichen Gründen ausgenommenen Finanzsektors sind nach Satz 5 weiterhin bei allen Unternehmen solche betrieblichen Erträge oder Aufwendungen ausgeschlossen, die aus der Absicherung von (anderweitigen) normalen Geschäftsvorfällen stammen. Auch hier wird also letztlich trotz der generellen Anordnung einer Nichtberücksichtigung durch das Gesetz letztlich danach differenziert, ob ein hinreichender Zusammenhang zu „normalen“ betrieblichen Geschäften bestand, insb. allgemeinen Finanzierungsgeschäften.²³ Letztlich können auch für die Beurteilung dieser Rück-Ausnahme ähnliche Kriterien angewandt werden, welche bereits oben²⁴ zur Bejahung eines hinreichenden Finanzierungszusammenhangs dargestellt worden. Liegen diese vor, kommt auch die entsprechende Rückausnahme in Betracht. Auch hier sollte aber der entsprechende Zusammenhang ausreichen und nicht formal nach dem Vorliegen einer zwar in enger Verbindung stehenden, aber formal mindestens eine „logische Sekunde“ vorher bestehenden „normalen“ Darlehensvereinbarung gefragt werden, welche danach durch das Swap-Geschäft „abgesichert“ wird. Im Einzelfall kann dies mit gleichem wirtschaftlichen Gesamtergebnis auch gleichsam „umgekehrt“ geschehen, ohne daß der Swap-Vertrag nur auf die Absicherungskomponente beschränkt wäre. Zahlreiche Einzelfragen zu dieser Vorschrift sind auch noch offen, ohne daß sie im Rahmen dieses Beitrages abschließend geklärt werden könnten.²⁵

Gerade auch aus dieser Spezialvorschrift kann jedoch zusätzlich abgeleitet werden, daß die Auffassung der Finanzverwaltung im Hinblick auf die generelle Zuordnung von Schlußzahlungen zu Einkünften aus § 23 EStG (alt) bzw. § 20 Abs. 2 EStG (neu) zu kurz greift und die Gesetzssystematik mißversteht. Wäre diese Auffassung richtig, so könnten – auch – Schlußzahlungen aus entsprechenden Swaps niemals Einkünfte aus § 15 EStG sein. Die ausdrückliche gesetzgeberische Regelung wäre überflüssig oder könnte sich allenfalls noch auf Differenzen bei den laufenden Zahlungen beziehen. Daß der Gesetzgeber sich veranlaßt sah, diese Regelung ab 1999 ausdrücklich bei den gewerblichen Einkünften im Gesetz zu verankern – auf andere Einkünfte ist sie gerade nicht anwendbar²⁶ – zeigt gerade, daß hier eine besondere Ausnahmvorschrift vorliegt. Als *argumentum e contrario* gilt vielmehr, daß gerade die Existenz dieser Vorschrift beweist, daß bei anderen Einkünfts-

arten (auch) die Schlußzahlungen durchaus Teil an der entsprechenden Einkünftezurechnung haben können und dort als Gewinne bzw. Verluste zu erfassen sind.

IV. Fazit

Gesetzgeber und Finanzverwaltung tun sich bei der steuerlichen Behandlung moderner Finanzprodukte schwer. Dies gilt auch für Swap-Geschäfte. Daß ein praktisches Problem im großen Umfang besteht, zeigt die anwachsende Flut der zivilrechtlichen Auseinandersetzungen hierüber. Sie betrifft in steuerlicher Konsequenz auch zahlreiche Altfälle, die nicht durch die ohnehin nur teilweise geglückte Umstellung des Steuerregimes bei den Einkünften aus Kapitalvermögen ab 2009 durch die explizite Erfassung von Wertveränderungen auch auf der Vermögensebene im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG erfaßt werden.

Die letztlich von einem unrichtigen Grundverständnis im Sinne gegenläufiger Darlehensverhältnisse ausgehende Auffassung der Finanzverwaltung war eigentlich schon unter Geltung des alten Steuerregimes verfehlt; sie sollte weder bei der Behandlung von Altfällen und erst recht im Bereich der Neufälle ab 2009 und der gesetzlichen Ausnahmvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 3–5 EStG nicht fortgesetzt werden. Auch das aktuelle BMF-Schreiben vom 18.01.2016 weist hier in eine falsche Richtung, indem es aufgrund einer überschießenden Interpretation eines aktuellen BFH-Urteils den dort differenziert entschiedenen besonderen Fall auf alle Schlußzahlungen anwenden möchte und damit – scheinbar – seine Auffassung bestätigt sieht.

Die noch mehrfach zu diesem Komplex beim BFH anhängigen Verfahren werden diesem sicher Gelegenheit geben, den unabhängig vom Einzelfall zentralen Aspekt – Finanzierungszusammenhang zu einer anderen Einkunftsart oder laufende Einkünfte vs. Vermögensebene innerhalb des Swaps – zu präzisieren. Auch wenn man sich klar gegen die letztgenannte Differenzierung als grundsätzlichen Ausgangspunkt für die steuerliche Behandlung entscheidet, hieße dies durchaus nicht, nunmehr „alle Verluste aus Swap-Geschäften unterschiedslos anerkennen zu müssen“. Die schon bisher bekannte Frage nach einem hinreichenden Finanzierungszusammenhang in Bezug auf die jeweiligen anderweitigen Geschäfte im Rahmen der in Rede stehenden Einkunftsart bietet genug Grundlage dafür, „reine Spekulationsgeschäfte“ von Finanzierungsgeschäf-

22 Vgl. BFH, Urteil vom 20.08.2014 – X R 13/12 m.w.N.

23 Vgl. hierzu auch das vorgenannte Urteil unter Rz 35.

24 Vgl. oben III. 2.

25 Vgl. hierzu im Überblick *Schmidt-Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 900 ff.

26 Vgl. *Schmidt-Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 901 unter Berufung auf *Grützn*, StuB 99, 961/2.

ten zu trennen. Dort sollte aber weder die formale Abfolge von Darlehen und Absicherung durch ein Swap-Geschäft (bzw. umgekehrt) noch die Differenzierung zwischen laufender Zahlung und Schlußzahlung systemtragend sein. Die dadurch gewonnene Systemkonsequenz wäre für die

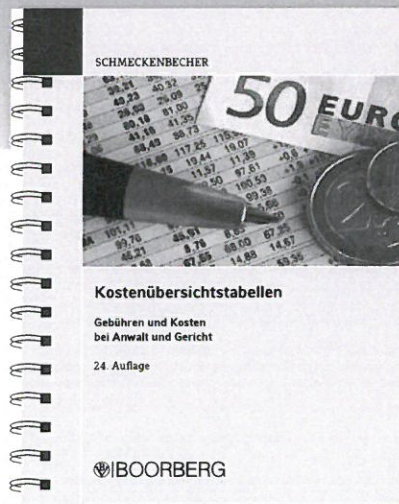
Steuerpflichtigen und ihre Berater, aber auch für die Finanzverwaltung ein Gewinn, der sich im praktischen Ergebnis durchaus nicht immer nur zu Lasten des Fiskus auswirken müßte.

Der »Schmeckenbecher« – jetzt noch besser!

begründet von Manfred Schmeckenbecher, fortgeführt von Dipl.-Rechtspflegerin (FH) Karin Scheungrab, Leipzig/München, und Rechtsfachwirtin Carmen Rothenbacher, Stuttgart
 2013, 24. Auflage, 112 Seiten, € 19,80 mit Spiralbindung und Griffregister
 ISBN 978-3-415-04928-4



Leseprobe unter www.boorberg.de/alias/817451



BOORBERG

Die 24. Auflage enthält die Neuerungen der **Prozesskosten-, Verfahrenskosten- und Beratungshilfe**. Neben den aktuellen Gebührentabellen bietet die Arbeitshilfe das bereits ausgerechnete **Kostenrisiko** sowohl in Zivil- als auch in Familiensachen. Jetzt auch mit praktischem Griffregister und Spiralbindung, damit die Abrechnung schnell und mühelos gelingt.

Bitte einsenden an den Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 70551 Stuttgart bzw. Postfach 800340, 81603 München, oder

☎ 07 11/73 85-100 bzw. 089/43 61 564

☎ 07 11/73 85-343 bzw. 089/43 60 00-20

🌐 www.boorberg.de

@ bestellung@boorberg.de

Ich/Wir bestelle(n) aus dem Richard Boorberg Verlag:

Expl. Schmeckenbecher **Kostenübersichtstabellen**
 2013, 24. Auflage, 112 Seiten, € 19,80
 ISBN 978-3-415-04928-4

Ich bin/Wir sind

- Unternehmer/Freiberufler/Behörde
 Verbraucher*

Absender:

Name, Vorname

Straße, Nr.

PLZ, Ort

Datum, Unterschrift

sz0215

* **Verbraucher** ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (§ 13 BGB). Wenn Sie Verbraucher sind, ist Ihre Bestellung noch nicht rechtsverbindlich. Wir senden Ihnen die Ware als unser verbindliches Angebot zu. Dazu erhalten Sie ausführliche Informationen, z.B. die Belehrung über Ihr **Widerrufsrecht** und zur **Versandkosten- und Rückportoregelung**. Erst durch Ihre Bezahlung der Ware kommt der Kaufvertrag mit uns zustande.