

**Titel:**

**Abzug von Aufwendungen aus verschiedenen Währungsswaps als Betriebsausgaben**

**Normenkette:**

EStG § 15 Abs. 4 S. 3

**Leitsatz:**

**Tätigt eine Firma laufend Auslandsgeschäfte mit größerem Umfang, so genügt ein nur pauschaler Vortrag von Zahlungspflichten in ausländischer Währung nicht, um das Abzugsverbot für Termingeschäfte entfallen zu lassen. Notwendig ist ein konkreter Vortrag zu den Fremdwährungsgeschäften und den zu erwartenden Risiken sowie zur Geeignetheit von Swapverträgen, die behaupteten Risiken abzusichern. (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagwort:**

Gewinnermittlung

**Fundstellen:**

DStRE 2021, 193

LSK 2020, 18839

BeckRS 2020, 18839

**Tatbestand**

I.

1

Streitig ist für die Veranlagungszeiträume 2010 bis 2012, in wieweit Aufwendungen aus verschiedenen Währungsswaps als Betriebsausgaben abgezogen werden können.

2

Die Klägerin ist eine GmbH. In der Zeit vom ... bis zum ... fand bei der Klägerin eine Außenprüfung statt. Hierbei wurde über alle Prüfungsfeststellungen mit Ausnahme der „Swap-Geschäfte“ Einigung erzielt. Den streitigen Feststellungen der Betriebsprüfung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

3

Die Klägerin ist weltweit tätig und führte vor dem Prüfungszeitraum und im Prüfungszeitraum weltweit Warenlieferungen an verschiedene Kunden aus. Die Klägerin stellte nach den Feststellungen der Betriebsprüfung ihre Rechnungen (mit Zahlungsziel 90 Tage) grundsätzlich in Euro aus, mit Ausnahme der Lieferungen an die XFirmen in Kanada und USA (US-Dollar) sowie in Großbritannien (GB Pfund). Dagegen trägt die Klägerin vor, sie habe besonders in Schweizer Franken hohe Beträge an Vertragspartner liefern müssen. Zum Nachweis hierfür und auch für Aufträge aus Tschechien und Ungarn hat die Klägerin das Anlagenkonvolut X vorgelegt.

4

Die Abrechnungen für die Geschäfte in US-Dollar und in Großbritannien wickelte die Klägerin über Fremdwährungskonten in US-Dollar und britischen Pfund ab. Die Umrechnungen der Zahlungen erfolgten zum jeweiligen Kurswert am Tag der Zahlung. Aus den Währungsumrechnungen ergaben sich Kursdifferenzen, die in der Buchhaltung wie folgt erfasst wurden:

2006: - 251.710,32 €

2007: - 935.789,53 €

2008: - 583.503,16 €

2009: - 287.210,43 €

2010: + 70.185,09 €

2011: - 116.823,13 €

2012: + 410.478,58 €

## 5

Die Klägerin schloss folgende Swap-Geschäfte ab:

### 1. Currency related Swap (In-Arrears-Zinssatzswap)

## 6

Vorbehaltlich einer Aufrechnung nach Nr. 3 Abs. 3 des Rahmenvertrags waren nach dem im März 2007 abgeschlossenen und bis zum 30.06.2017 laufenden Vertrag zweimal im Jahr (zum 30. Juni und zum 31. Dezember) Zahlungen der Bank und der Klägerin fällig. Bezugsbetrag der Zahlungen waren 5.000.000 €. Die Klägerin hatte einen Basiszinssatz in Höhe der „6-Monats-EUR-Euribor-Telerate“ ggf. zuzüglich eines vom Wechselkurs des Euro zum Schweizer Franken abhängigen Aufschlags zu zahlen (Berechnungsformel: Basissatz +  $[(1,435 - \text{aktueller Kurs})/\text{aktueller Kurs}] \times 100$ ). Der Wechselkursaufschlag war (nur) zu zahlen, wenn der Kurs Euro/Schweizer Franken kleiner als 1,435 war. Die Bank musste den denselben Basiszinssatz zuzüglich 1,07% zahlen. Bei negativen Zinssätzen veränderten sich die Zahlungspflichten.

## 7

Beim „6-Monats EUR-Euribor-Telerate“ handelt es sich um den von Reuters festgestellten Referenzzinssatz, für den Termingelder in Euro im Interbankengeschäft vergeben werden.

## 8

Der Swap wurde im April 2012 durch Zahlung der Klägerin in Höhe von ca. 6 Mio € an die Bank aufgelöst. Im März 2007 belief sich der durchschnittliche Wechselkurs Euro/Schweizer Franken auf 1,61, am 12. April 2012 belief sich der Wechselkurs auf 1,2027 (Quelle: Deutsche Bundesbank Devisenkursstatistik Mai 2012, Seite 11). Hieraus errechnet sich - bei im Jahr 2012 positivem Euribor - ein von der Klägerin zu zahlender Zinsaufschlag in Höhe von etwa 19,3%. Abzüglich den von der Bank zu zahlenden Spread (1,07%) musste die Klägerin am Tag der Vertragsauflösung somit mit einer Belastung aus dem Swapvertrag im Bereich von 18,23% aus 5.000.000 € = 911.500 € zum nächsten Zahlungstermin am 30. Juni 2012 rechnen.

### 2. Cross currency Swap (Zinssatz- und Währungsswap)

## 9

Vorbehaltlich einer Aufrechnung nach Nr. 3 Abs. 3 des Rahmenvertrags waren die Klägerin und die Bank aufgrund des im September 2007 mit dem Enddatum 30.06.2017 abgeschlossenen Vertrags verpflichtet, jeweils zum 31.12. und zum 30.06. eines Jahres Zahlungen zu leisten. Die Klägerin war verpflichtet in Euro aus einem Bezugsbetrag von 2.202.643,17 € zu zahlen. Als Basiszinssatz war der „6-Monats-EUR-EURIBOR-Reuters“ zuzüglich von 0,1% vereinbart. Die Bank war verpflichtet, in britischen Pfund aus einem Bezugsbetrag von 1.500.000 GBP zu zahlen. Als Zinssatz war der 6-Monats-GBP-LIBOR-BBA“ vereinbart.

## 10

Der Swap wurde im April 2012 durch Zahlung der Klägerin in Höhe von 442.952 € an die Bank aufgelöst.

### 3. Cross currency Swap (Zinssatz- und Währungsswap)

## 11

Nach dem im Februar 2007 abgeschlossenen Vertrag waren bis zur Endfälligkeit am 04.11.2013 zweimal im Jahr (zum 2. Mai und zum 2. November) Zahlungen der Bank und der Klägerin fällig. Vorbehaltlich einer Aufrechnung nach Nr. 3 Abs. 3 des Rahmenvertrags musste die Bank in Ungarischen Forint aus einem Bezugsbetrag von 127.500.000 HUF (damals = 500.000 €) und die Klägerin in Tschechischen Kronen aus einem Bezugsbetrag von 14.209.294 CSK zahlen. Der Zahlbetrag der Bank errechnete sich aus einem Zinssatz für 6-Monatsgelder in Ungarn abzüglich 0,19%, der Zahlbetrag der Klägerin aus einem tschechischem Zinssatz für 6-Monatsgelder zuzüglich 0,19%.

## 12

Der Swap wurde im April 2012 durch Zahlung der Klägerin in Höhe von 127.898 € aufgelöst.

### 4. Cross currency Swap (Zinssatz- und Währungsswap)

### 13

Der Vertrag wurde im Januar 2009 mit einem Enddatum 04.11.2013 abgeschlossen. Vorbehaltlich einer Aufrechnung nach Nr. 3 Abs. 3 des Rahmenvertrags war die Bank verpflichtet, zweimal im Jahr (zum 2. Mai und zum 2. November) variable Beträge in tschechischen Kronen aus einem Basisbetrag von 14.209.294,55 CZK zu zahlen. Der Basiszinssatz war ein Zinssatz für 6-Monatsgelder in tschechischen Kronen zuzüglich eines Spreads von 0,19%.

### 14

Die Klägerin war verpflichtet aus einem Bezugsbetrag von 525.880 € in Euro zu zahlen. Der variabel zu zahlende Betrag errechnete sich mit dem Zinssatz „6-Monats-EUR-Euribor-Reuters“ zuzüglich eines Spreads von 0,44%.

### 15

Der Swap wurde im April 2012 aufgelöst durch Zahlung der Bank in Höhe von 45.805 € an die Klägerin.

### 5. Swap-Payer (Zinssatzswap)

### 16

Vorbehaltlich einer Aufrechnung nach Nr. 3 Abs. 3 des Rahmenvertrags waren die Bank und die Klägerin aufgrund des im Mai 2010 abgeschlossenen und bis 31.12.2018 laufenden Vertrags verpflichtet, variable Beträge aneinander zu zahlen (Abrechnung der variablen Beträge zum 30.09., 31.12., 31.03., 30.06. jedes Jahres). Auf die Liste der von 750.000 € bis auf 23.437 € absinkenden Bezugsbeträge wird verwiesen. Die Bank war verpflichtet, einen Zinssatz in Höhe des „3-Monats-Euro-Euribor-Reuters“ zu zahlen. Die Klägerin war verpflichtet, 2,37% zu zahlen.

### 6. Interest Rate Swap (Zinssatzswap)

### 17

Nach dem im August 2008 abgeschlossenen Vertrag waren - erstmals am 30. Juni 2011 und letztmals am 31.12.2020 - zweimal im Jahr (30. Juni und 31. Dezember) Zahlungen zu leisten. Vorbehaltlich einer Aufrechnung nach Nr. 3 Abs. 3 des Rahmenvertrags hatten beide Parteien aus einem Bezugsbetrag von 5.000.000 € zu zahlen. Die Bank hatte gemäß der „EUR-ISDA-EURIBOR Swap Rate-11.00“ abzüglich 0,58% zu verzinsen. Dabei handelt es sich um einen 30-Jahres Swapsatz der von Reuters veröffentlicht wird. Die Klägerin hatte den „6-Monats-EUR-EURIBOR-Reuters“ Zinssatz zu zahlen. Bei negativen Zinssätzen änderten sich die Zahlungspflichten.

### 18

Der Swap wurde im April 2012 aufgelöst durch Zahlung der Bank an die Klägerin in Höhe von 103.920 €.

### 19

Die Klägerin machte gegen die Bank zivilrechtlich Schadensersatzansprüche mit der Begründung geltend, dass der Marktwert der Swap-Geschäfte anfänglich negativ war und die Bank Beratungspflichten verletzt habe. Das Verfahren ging letztendlich zu Ungunsten der Klägerin aus. Auf den Beschluss des OLG München vom 27.01.2015, Az.: 7 U 1077/14 und das nachgehende Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 22.03.2016 XI ZR 93/15 - alle juris - wird Bezug genommen. Der BGH führt in der Rz. 17 des vorgenannten Beschlusses, der zur Zurückverweisung des Verfahrens führte, ausdrücklich aus, dass den Swap-Verträgen keine konnexen Grundgeschäfte, die der Absicherung gegenläufiger Zins- oder Währungsrisiken dienen, gegenüberstanden. Denn im Falle solcher konnexen Grundgeschäfte verneint der BGH eine Beratungspflicht von Banken (vgl. z.B. BFH vom 28.04.2015 XI ZR 378/13, NJW 2015, 2248, juris Rz. 42). Aufgrund des nachgehenden Urteils des OLG München vom 13.11.2017, 19 U 2156/16, juris, blieb die Klage erfolglos, da das OLG eine vorsätzliche Verletzung der Aufklärungspflicht durch die Bank verneinte und Verjährung bejahte.

### 20

Mit Anschreiben der Bank vom Oktober 2007 an die Klägerin wurde die Klägerin auf die „Neuen europäischen Richtlinien für Wertpapier-/Devisen- und Derivatgeschäfte“ hingewiesen und der Klägerin ein Analysebogen für Derivategeschäfte - versehen mit der Unterschrift des Bankmitarbeiters - vom 23.10.2007 übersandt. Weiter war in dem Schreiben darauf hingewiesen, dass - soweit Änderungen gewünscht werden - gebeten wird, diese anzubringen und den unterschriebenen Bogen mit beiliegendem Rückkuvert zuzusenden. In dem Analysebogen für Derivatgeschäfte vom 23.10.2007 war unter „4. Risikopräferenz“ die

Frage gestellt „welche Risikopräferenz liegt Ihrer Geschäftspolitik zugrunde (nur eine Auswahl zulässig)“.  
Folgende Auswahlmöglichkeiten standen dabei zur Verfügung:

- Grundgeschäftsbezogen

Es handelt sich vorwiegend um Absicherungsgeschäfte, Schulden-/Vermögenspositionen bzw. Cash-Flow-Entwicklung sollen über einen planbaren Zeitraum von Marktrisiken weitestgehend befreit werden. Der Absicherungszweck und die Planbarkeit des Grundgeschäfts stehen im Vordergrund.

- Optimierte

Bestehende Schulden-/Vermögenspositionen werden durch die abgeschlossenen Geschäfte aktiv gesteuert. Es werden bewusst spekulative Momente in Kauf genommen.

- Spekulativ

Es werden hohe Risiken eingegangen, um hohe Ertragschancen zu erzielen zu können. Erfolgsschwankungen und ggf. auch hohe Verluste werden dabei bewusst in Kauf genommen.

**21**

Von den drei Auswahlmöglichkeiten kreuzte die Klägerin als Risikopräferenz „Spekulativ“ an.

**22**

Weiter waren in dem Formular unter „5. finanzielle Verhältnisse“ (nur eine Auswahl zulässig) folgende Antwortmöglichkeiten vorgegeben:

- Die Einkünfte/Absicherung/Mehrgewinn dienen nicht oder in geringem Umfang der Deckung unserer Betriebskosten/unsere Betriebsvermögen.

- Die Einkünfte/Absicherung/Mehrgewinn tragen einen spürbaren Anteil zur Deckung unserer Betriebskosten/unsere Betriebsvermögen bei.

- Die Einkünfte/Absicherung/Mehrgewinn dienen nahezu in voller Höhe der Deckung unserer Betriebskosten/unsere Betriebsvermögen.

- Zusätzlich zu den Kapitaleinkünften dient auch unser Betriebsvermögen der Deckung unserer Betriebskosten.

**23**

Als Auswahl war unter Nr. 5. angekreuzt: „Die Einkünfte/Absicherung/Mehrgewinn dienen nicht oder in geringem Umfang der Deckung unserer Betriebskosten/unsere Betriebsvermögen.“

**24**

Im Prüfungszeitraum rechnete der Betriebsprüfer den Einkünften folgende Aufwendungen für „Swap-Geschäfte“ (Verluste abzüglich Erträge) wieder hinzu:

2010: 500.000,00 €

2011: 850.000,00 €

2012: 6.400.000,00 €

## **Entscheidungsgründe**

II.

**25**

Die Klage ist unbegründet.

**26**

1. Die Klägerin hat mit den Verträgen Nr. 1 bis 6 Termingeschäfte im Sinne von § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG getätigt.

**27**

a) Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 EStG dürfen Verluste aus gewerblicher Tierzucht oder gewerblicher Tierhaltung weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten

ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. Die Verluste mindern jedoch nach Maßgabe des § 10d EStG Gewinne, die der Steuerpflichtige in den unmittelbar vorangegangenen und in den folgenden Wirtschaftsjahren aus diesen Einkunftsquellen erzielt hat oder erzielt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 EStG).

## **28**

Die Vorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG bestimmt, dass die Sätze 1 und 2 entsprechend für Verluste aus Termingeschäften gelten, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt hat. Nicht unter diese Beschränkungen fallen - vorbehaltlich der Rückausnahme des § 15 Abs. 4 Satz 5 EStG - gem. § 15 Abs. 4 Satz 4 EStG Geschäfte bestimmter Finanzunternehmen (sog. sektorale Ausnahme) und Risikokompensationsgeschäfte anderer Unternehmen, wenn damit Risiken des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs abgesichert werden (funktionale Ausnahme).

## **29**

Die Rechtsfolge des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG bezieht sich nicht auf ein negatives Ergebnis eines einzelnen Geschäfts, vielmehr ist auf den Saldo sämtlicher Termingeschäfte im Wirtschaftsjahr abzustellen (BFH-Urteil vom 21.02.2018 I R 60/16, BStBl II 2018, 637).

## **30**

b) Der Begriff des Termingeschäfts ist in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG nicht definiert. Nach der BFH-Rechtsprechung ist dieser im Grundsatz nach den wertpapier- bzw. bankrechtlichen Maßgaben zu bestimmen, wobei allerdings aufsichtsrechtliche Gesichtspunkte außer Betracht bleiben. Danach sind Termingeschäfte Verträge über Wertpapiere, vertretbare Waren oder Devisen nach gleichartigen Bedingungen, die von beiden Seiten erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind (zeitliches Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft) und die zudem eine Beziehung zu einem Terminmarkt haben, der es ermöglicht, jederzeit ein Gegengeschäft abzuschließen. Nach wertpapier- bzw. bankrechtlichen Maßgaben ist das Termingeschäft ferner vom sog. Kassa-Geschäft abzugrenzen, bei dem der Leistungsaustausch (Belieferung Zug um Zug gegen Bezahlung) sofort oder innerhalb der für diese Geschäfte üblichen Frist von zwei Bankarbeits- oder Börsentagen zu vollziehen ist (sofortige Erfüllung). Diese (negativ) Abgrenzung zum Termingeschäft wird auch bei der steuerrechtlichen Begriffsbestimmung herangezogen (BFH-Urteil vom 21.02.2018 I R 60/16, BStBl II 2018, 637 zu Day-Trading-Geschäften).

## **31**

Allerdings gilt die Verlustabzugsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG nicht für alle Termingeschäfte im Sinne der vorgenannten Definition. Denn die Regelung schränkt ihren Anwendungsbereich auf die Termingeschäfte ein, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Auf der Grundlage dieses Wortlauts fallen Termingeschäfte, die auf die tatsächliche physische Lieferung des Basiswerts gerichtet sind, nicht unter die Verlustabzugsbeschränkung (vgl. BFH-Urteil vom 06.07.2016 I R 25/14, BStBl II 2016, 124 Rz. 34 und 35 zu Devisentermingeschäften in einem Betriebsvermögen).

## **32**

Anders kann es sich aber verhalten, wenn der Steuerpflichtige mit der Vertragspartei des Eröffnungsgeschäfts oder einem Dritten vor dem Fälligkeitszeitpunkt die Ausführung eines Gegengeschäfts vereinbart. Dabei kommt es auf die wirtschaftliche Betrachtung an, d.h., ein Termingeschäft aus Differenzausgleich kann auch dann vorliegen, wenn vor Fälligkeit eines auf tatsächliche Lieferung ausgerichteten Eröffnungsgeschäfts ein Gegengeschäft vereinbart wird. Allerdings müssen beide Geschäfte derart miteinander verknüpft sein, dass der auf die Realisierung einer Differenz aus Eröffnungsgeschäft und Gegengeschäft gerichtete Wille der Vertragsparteien erkennbar ist (vgl. BFH-Urteil vom 20.11.2018 VIII R 37/15, BStBl II 2019, 507 zum Begriff des Termingeschäfts bei Kapitaleinkünften; Knock-Out-Zertifikate).

## **33**

c) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin mit in den im Sachverhalt unter Nr. 1 bis 6 aufgeführten Swap-Geschäften Termingeschäfte getätigt, die in den Anwendungsbereich des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG fallen. Dies gilt auch für die als „Cross-currency-Swap“ Geschäfte der Nr. 2, 3 und 4.

## **34**

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist es ausgeschlossen, die einzelnen Teile der abgeschlossenen „Cross-currency-Swap“ Nr. 2, 3 und 4 isoliert für sich zu beurteilen und von voneinander unabhängigen Pflichten der Bank und der Klägerin auszugehen, jeweils eine bestimmte Währung tatsächlich zu liefern. Dagegen spricht, dass es sich bereits zivilrechtlich um jeweils einheitliche Verträge handelt, deren einzelne Teile für sich allein betrachtet nicht vereinbart worden wären. Denn eine einzelne Komponente der Verträge hätte nicht zum zivilrechtlich gewollten Ergebnis geführt. Zudem kann die Einstufung eines Vertrags als Termingeschäft nicht davon abhängen, ob die gegenseitigen Zahlungspflichten durch Aufrechnung erfüllt werden oder ob (zunächst) auf mehrere Bankkonten gebucht wird. Die abgeschlossenen Auflösungsvereinbarungen bestätigen diese Beurteilung, denn sie sehen gerade keine Lieferung von Währungen bzw. Devisen sondern lediglich die Zahlung der Auflösungsbeträge vor.

### **35**

Auch die Beurteilung der Swapverträge nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt führt zum gleichen Ergebnis. Denn der Klägerin kam es maßgeblich weder darauf an, Gelder in fremder Währung zu erhalten, noch Gelder in fremder Währung zu bezahlen. Vielmehr war die vertragliche Konstruktion in allen Fällen von Anfang an erkennbar nur darauf ausgerichtet, aus der Differenz der jährlichen Zahlungen von und an die Bank einen Gewinn zu erwirtschaften. Damit liegen im Streitfall ausnahmslos Termingeschäfte vor (vgl. auch BFH-Urteil vom 07.06.2016 VIII R 32/13, BStBl II 2016, 769 und BFH-Urteil vom 28.04.2016 IV R 20/13, BStBl II 2016, 739).

### **36**

Das Urteil des BFH vom 06.07.2016 I R 25/14, BStBl II 2016, 124, auf das die Klägerin hinweist, bestätigt die Bewertung als Termingeschäft. Denn auch danach sind Vereinbarungen bei der für die steuerliche Beurteilung maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtung als Termingeschäft mit Differenzausgleich zu bewerten. Denn wie das Urteil in Rz. 37 ausführt, spielt es aus wirtschaftlicher Sicht keine Rolle, ob der Differenzausgleich „Brutto“, d.h. durch Lieferung der Devisen mit anschließendem Rücktausch, oder „Netto“ durch Leistung nur der Differenz durch denjenigen, zu dessen Nachteil sich der Devisenkurs entwickelt hat, herbeigeführt wird.

### **37**

2.) Die Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG scheidet auch nicht an der Ausnahmeregelung des § 15 Abs. 4 Satz 4 EStG.

### **38**

a) Danach unterliegen Verluste aus Termingeschäften nicht den Beschränkungen des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG, wenn die zugrundeliegenden Geschäfte der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs dienen (sog. Hedge-Geschäfte). Hintergrund dieser funktionalen Ausnahme sind die in der Wirtschaft üblichen Sicherungsgeschäfte zur Ausschaltung oder Minimierung von Zins-, Preis-, Kurs- und Währungsrisiken des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs durch den Einsatz von Finanzinstrumenten. Derartige Sicherungsgeschäfte werden erkennbar nicht in Spekulationsabsicht abgeschlossen und sollen aus diesem Grund nicht durch die Beschränkungen der Verlustverrechnung behindert werden (vgl. Bundestagsdrucksache 14/443, Seite 28 zu Nr. 25). Sie dienen vielmehr dazu, Risiken aus dem Grundgeschäft auszuschließen bzw. zumindest zu minimieren.

### **39**

Erforderlich ist deshalb sowohl

- ein objektiver Nutzungs- und Funktionszusammenhang als auch
- ein subjektiver Sicherungszusammenhang.

### **40**

Der Zusammenhang zwischen Grund- und Sicherungsgeschäft muss nicht nur gewollt, das Sicherungsgeschäft muss vielmehr auch geeignet sein, Risiken aus dem Grundgeschäft zu kompensieren. Letzteres setzt eine gegenläufige Erfolgskorrelation von Grund- und Sicherungsgeschäft voraus (vgl. BFH-Urteil vom 20.08.2014 X R 13/12, BStBl II 2015, 177, Rz. 33; vgl. ferner BFH-Urteil vom 10.04.2019 I R 20/16, BFH/NV 2019, 1436, Rz. 25 bis 27 und 29).

### **41**

b) Nach diesen Grundsätzen konnte der Senat aufgrund der mitgeteilten Tatsachen und den vorgelegten Unterlagen nicht feststellen, dass die abgeschlossenen Swaps der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs dienen.

#### 42

aa) Beim Swapvertrag Nr. 5 handelt es sich um die Wette, ob der von der Bank zu zahlende Zinssatz (3-Monats-Euro-Euribor) den von der Klägerin zu zahlenden Festzins von 2,37% über- oder unterschreiten wird. Beim Swapvertrag Nr. 6 handelt es sich um eine Wette, ob der von der Bank zu zahlende Zinssatz (EUR-ISDA-Euribor Swap-Rate 11.00 abzüglich 0,58%) den von der Klägerin zu zahlenden Zinssatz „6-Monats-EUR-Euribor-Reuters“ übersteigen wird oder nicht. Bei beiden Swaps hatten alle Zahlungen in Euro zu erfolgen. Keiner der beiden Swaps ist daher objektiv geeignet, ein Währungsrisiko als gegenläufiges Geschäft abzusichern. Spezielle in Euro abzusichernde Zinsrisiken mit Bezug auf die vertraglichen Zinssätze hat die Klägerin nicht näher vorgetragen. Allein der Umstand, dass mit den Wetten eventuell Gewinne erzielt werden können, führt zu keinem Sicherungsgeschäft.

#### 43

bb) Der Swapvertrag Nr. 3 ist eine Wette, deren Erfolg oder Misserfolg von der zukünftigen Entwicklung der 6-Monats-Zinsen in Ungarn und dem Wechselkurs des ungarischen Forint einerseits und der Entwicklung der 6-Monats-Zinsen in Tschechien und dem Wechselkurs der tschechischen Krone andererseits abhängt. Dieser Swapvertrag ist damit objektiv nicht geeignet, Zahlungspflichten der Klägerin in Euro aus Verträgen mit Kunden abzusichern. Soweit die gegenseitigen Zahlungen der Bank und der Klägerin von ausländischen Zinssätzen abhängen, ist nicht ersichtlich, dass sie ein Zahlungsrisiko in Euro ausgleichen könnten. Weder die ungarischen noch die tschechischen 6-Monats-Zinssätze sind geeignet, den Wechselkurs des Euro systematisch und vorhersehbar zu beeinflussen (oder umgekehrt). Soweit die Klägerin Forint erhält und Kronen zahlen muss, erhöht sich ihr Währungsrisiko in Euro. Sinkt der Währungskurs des Euro gegenüber beiden Währungen, steht den Vorteilen aus den Zahlungen in Forint der Nachteil der Zahlungen in Kronen gegenüber. Im Übrigen hat die Klägerin keine speziellen Geschäfte vorgetragen, bei denen ein Sicherungszusammenhang mit den Eigenarten des Swaps Nr. 3 näher geprüft werden könnte.

#### 44

cc) Der Swapvertrag Nr. 4 ist eine Wette, deren Erfolg einerseits von der Höhe der 6-Monats-Zinssätze in tschechischen Kronen und dem Wechselkurs der Krone und andererseits von dem von der Klägerin in Euro zu zahlenden Betrag aus dem Zinssatz „6-Monats-EUR-Euribor-Reuters“ abhängt. Auch dieser Swap ist - soweit sein Erfolg von der Entwicklung eines ausländischen Zinssatzes gegenüber den Zinsen in Euro abhängt - objektiv nicht geeignet, zukünftige Zahlungspflichten der Klägerin in tschechischen Kronen auszugleichen. Auch hier gilt, dass die Zinssätze in Kronen nicht geeignet sind, den für Zahlungspflichten der Klägerin entscheidenden Wechselkurs Euro/Krone zu beeinflussen (oder umgekehrt). Der Swap gleicht mit der Anknüpfung an Zinssätze nicht Risiken aus Zahlungspflichten aus sondern erzeugt neue Risiken, die es ohne ihn nicht gäbe.

#### 45

Soweit der Erhalt von Kronen für die Klägerin im Falle eines steigenden Wechselkurses der Krone für die Klägerin vorteilhaft ist, hat die Klägerin zudem abzusichernde Gegengeschäfte nicht substantiiert vorgetragen. Im Betriebsprüfungsbericht wird ausgeführt, dass die Klägerin grundsätzlich in Euro abrechnet. Ein substantiiertes Gegenvortrag, aus dem überprüfbare Geschäfte der Klägerin hervorgehen, die aufgrund der Eigenart des Swaps als eventuelles abzusicherndes Geschäft angesehen werden können, fehlt ebenso wie aussagekräftige Belege hierzu.

#### 46

dd) Der Swap Nr. 2 ist eine Wette, deren Ausgang von den 6-Monats-Zinsen in britischen Pfund und den 6-Monats-Zinsen in Euro sowie dem Wechselkurs des britischen Pfunds zum Euro abhängt. Soweit die Wette von Zinsentwicklungen abhängt, gelten die obigen Ausführungen zum Swap Nr. 4 entsprechend. Auch dieser Swap gleicht insoweit keine Wechselkursrisiken aus zukünftigen Zahlungspflichten in Pfund aus, sondern schafft neue Risiken, die es ohne ihn nicht gäbe.

#### 47

Die Klägerin profitiert im Falle eines steigenden britischen Pfunds von den Zahlungen der Bank in Pfund. Insoweit hat der Betriebsprüfer in der Anlage 5 des Betriebsprüfungsberichts Jahresanfangsbestände/Schlussbestände in der Größenordnung zwischen höchstens rd. ...Tausend €

(Anfang 2009) und rd. YYYTausend € (Ende 2012) festgehalten. Die Klägerin hat die Feststellungen im Betriebsprüfungsbericht trotz der gerichtlichen Aufklärungsanordnung nicht durch konkreten Vortrag ergänzt, die Kontoauszüge der Jahre 2006 bis 2009 genügen nicht. Damit genügt der Sachvortrag der Klägerin auch hier nicht, um ein Sicherungsgeschäft auf im Laufe der Jahre regelmäßig wiederkehrende und mit großer Sicherheit zu erwartende Einnahmen in britischen Pfund bejahen zu können. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Swap im Zusammenhang mit Einnahmen der Klägerin in britischen Pfund im Zusammenhang stehen soll.

#### **48**

ee) Der Swap Nr. 1 ist eine Wette, deren Erfolg vom Wechselkurs des Schweizer Franken zum Euro abhängt. Da die Bank und die Klägerin denselben (Basis-)Zinssatz (abgesehen vom Spread in Höhe von 1,07% zu Lasten der Bank) zu zahlen hatten, hing der Erfolg der Wette im Wesentlichen vom Wechselkurs ab, der bei Vertragsabschluss bei 1,61 lag. Bei positiven Zinssätzen wie in den Streitjahren und Wechselkursen von bis zu rd. 1,42 musste per Saldo die Bank maximal 1,07% zahlen. Bei Kursteigerungen des Schweizer Franken auf 1,419 oder niedriger erhielt die Bank per Saldo Zahlungen in Euro aus einem stark ansteigenden Zinssatz.

#### **49**

Damit ist der Swapvertrag objektiv nur eng begrenzt geeignet, die von der Klägerin behaupteten Zahlungspflichten in CHF abzusichern. Denn bei solchen Zahlungspflichten hätte sich die Klägerin gegen einen steigenden Franken absichern müssen. Dagegen hat sie einen Swapvertrag abgeschlossen, der für sie vorteilhaft ist, solange der Schweizer Franken um den Wechselkurs im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (1,61) schwankt. Eine Absicherung gegen einen sinkenden Franken ist indes unnötig, wenn Zahlungspflichten in Franken bestehen. Die Vorteile der Klägerin bei einem steigenden Franken waren einerseits nicht von der Höhe des Kursanstiegs abhängig und zudem auf einen Anstieg bis zu einem Kurs von 1,42 begrenzt. Bei einem höheren Frankenkurs entstanden dagegen - aufgrund der Berechnungsformel für den Zinssatz stark ansteigende - Nachteile der Klägerin. Damit war der Swapvertrag bei einem größeren Kursanstieg, also gerade in den Fällen, in denen eine Absicherung bei Zahlungspflichten in Franken besonders wichtig wäre, keine Sicherheit, sondern ein weiterer erheblicher Nachteil.

#### **50**

Im Übrigen gilt auch hier, dass die Klägerin keine konkreten Geschäfte vorgetragen hat, deren Absicherung der Senat überprüfen könnte. Dies gilt - wie auch bei den anderen Swapverträgen - selbst dann, wenn man es bei Firmen mit umfangreichen und laufenden Auslandsgeschäften für ausreichend hält, dass ein bestimmtes Geschäftsvolumen pauschal durch Termingeschäfte abgesichert wird, ein Nachweis des Zusammenhangs zu Einzelgeschäften mithin nicht zwingend notwendig ist. Denn die Klägerin hat die Behauptung von Zahlungspflichten aus der Summe ihrer Geschäfte in Schweizer Franken nicht hinreichend belegt.

#### **51**

ff) Unabhängig davon betrifft ein Teil der vorgelegten Unterlagen Zeiträume weit nach der Auflösung der entsprechenden Swaps und zum Teil sogar nach der Fälligkeit der Swaps. Auch ist nicht feststellbar, dass die jeweils zum Ende der Laufzeit vereinbarte Schlussabwicklung der Swaps ein bestimmbares Volumen von Handelsgeschäften absichern sollte.

#### **52**

gg) Im Übrigen ist für den Senat auch nicht ersichtlich, dass Sicherungsgeschäfte gewollt waren. Die Klägerin hat - wie aus dem veröffentlichten Beschluss des BGH vom 22.03.2016 XI ZR 93/14 hervorgeht - im Zivilverfahren mit Erfolg vorgetragen, dass die Swapverträge nicht im Zusammenhang mit konnexen Grundgeschäften stehen. Wie aus dem Analysebogen der Bank vom Oktober 2007 hervorgeht, entspricht dies den Angaben gegenüber der Bank. Denn nach dem Analysebogen wollte die Klägerin hohe Risiken eingehen um hohe Ertragschancen zu erzielen und dabei sollten auch ggf. hohe Verluste bewusst in Kauf genommen werden. Die Variante „grundgeschäftsbezogen“ hatte die Klägerin gegenüber der Bank nicht gewählt. Ferner hatte die Klägerin gegenüber der Bank erklärt, dass die Einkünfte nicht oder nur in geringem Umfang der Deckung ihrer Betriebskosten bzw. ihres Betriebsvermögens dienen. Diese Willensäußerung/Bestätigung der Klägerin gegenüber der Bank, die auch Grundlage des Zivilverfahrens

war, spricht gegen eine Sicherungsabsicht. Jedenfalls aber ist es der Klägerin im Steuerverfahren nicht gelungen, einen subjektiven Sicherungszusammenhang glaubhaft vorzutragen.