

Titel:

Besteuerung einer privaten Vermögensverwaltung

Normenketten:

EstG § 6, § 15 Abs. 2 S. 1, § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Buchst. a, § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 52 Abs. 31 S. 3

AO § 164 Abs. 2

FGO § 52d, § 105 Abs. 3, S. 2, § 135 Abs. 1

WpHG § 2 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b

Leitsatz:

Wertpapiergeschäfte auf eigene Rechnung selbst in größerem Umfang gehören im Allgemeinen noch zur privaten Vermögensvorsorge und -verwaltung (vgl. BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BeckRS 2003, 24001629, BStBl II 2004, 408). (Rn. 50) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

„Besteuerung von Doppel-Devisentermingeschäften“, Einkommensteuer

Weiterführende Hinweise:

Revision zugelassen

Fundstellen:

EFG 2025, 1507

ErbStB 2025, 290

BeckRS 2025, 9449

LSK 2025, 9449

Tenor

1. Der Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2012 vom 6. August 2020 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 17. August 2021 wird dahin abgeändert, dass die Einkommensteuer 2012 auf x € herabgesetzt wird.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Das Urteil ist im Kostenpunkt für die Kläger vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf durch Sicherheitsleistung in Höhe der zu erstattenden Kosten der Kläger die Vollstreckung abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leisten.
4. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Beteiligten streiten darüber, ob und in welcher Höhe Termingeschäfte aus Devisen der Einkommensbesteuerung für das Jahr 2012 zugrunde zu legen sind.

2

Die Kläger wurden im Streitjahr als Ehegatten zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Kläger handelte im Streitjahr bei der Bank V AG mit Sitz in X in der Schweiz, der G Bank mit Sitz in der Schweiz und bei der P AG mit Sitz in Y mit Fremdwährungen. Zwischen dem Kläger und der Firma R & Co. KG mit Sitz in Y bestand seit dem 7. Oktober 2009 ein Rahmenkreditvertrag bis zu einem Höchstbetrag von ... €. Auch mit der Bank V AG bestand ein Rahmenkreditvertrag seit September 2004 über ... CHF.

3

Der Kläger schloss Devisentermingeschäfte ab. Dabei veräußerte der Kläger im Rahmeneines Eröffnungsgeschäftes eine Währung gegen eine zweite Fremdwährung auf einen festen Termin zu einem am Abschlussfest mit der Bank vereinbarten Terminkurs, ohne je-weils die veräußerte Fremdwährung

zu besitzen. Diesem folgte zeitverzögert ein Gegengeschäft. Gemäß der Vereinbarung wurde am Fälligkeitstag die Lieferung der Fremdwährungen effektiv verbucht und der jeweils geschuldete Fremdwährungsbetrag auf einem Fremdwährungskonto erfüllt.

4

Der Kläger bediente sich zur Überwachung und Analyse seiner Devisentermingeschäfte der Dienste der Firma A GmbH. Zu deren Aufgaben gehörte die Prüfung aller Transaktionen, die Überwachung von Ablaufprozessen, die Aufbereitung detaillierter Dokumentationen, die Erstellung von Geschäfts- und Risikoanalysen, die Aufbereitung und Auswertung der Transaktionen zum Zwecke steuerlicher Verwendung bzw. zur Erstellung der Erklärungen und die fachliche Unterstützung des Klägers und seines Steuerberaters in devisenspezifischen Fragen bei Gesprächen mit Banken und Finanzbehörden.

5

Einem Devisentermingeschäft als Eröffnungsgeschäft folgte in der Regel ein Gegengeschäft. Dabei wurden bei der P AG zunächst CHF gegen USD auf einen festen Termin zu einem am Abschlusstag fest mit der Bank vereinbarten Terminkurs veräußert, ohne dass der Kläger die veräußerten CHF besaß. Insoweit wird beispielhaft auf die Bestätigung über Devisentermingeschäfte vom 7. Februar 2012 über den Verkauf von... CHF und vom 8. Februar 2012 über den Verkauf von... CHF (Gegenwert: jeweils ... USD) zum Stichtag 17. Februar 2012 verwiesen. Nachfolgend, nämlich am 15. Februar 2012, wird der Kauf von ... CHF (Gegenwert: ... USD) zum 17. Februar 2012 von dem Bankhaus bestätigt.

6

Am 15. Februar 2012 erfolgte zum nächsten Stichtag, nämlich dem 24. Februar 2012, wiederum nach der Bestätigung des Bankhauses P AG der Verkauf von ... CHF (Gegenwert: ... USD) und nachfolgend, zum 23. Februar 2012, der Kauf von ... CHF (Gegenwert: ... USD) zum Stichtag 24. Februar 2012. Zum nächsten Stichtag, dem 2. März 2012, erfolgte im Folgenden am 23. Februar 2012 der Verkauf von ... CHF (Gegenwert: ... USD) und am 24. Februar 2012 der Verkauf von... CHF (Gegenwert: ... USD) und nachfolgend, nämlich am 1. März 2012, zum Stichtag 2. März 2012 der Kauf von ... CHF (Gegenwert: ... USD). Die nachfolgenden Bestätigungen über Devisentermingeschäfte über den Verkauf von CHF (Gegenwert: USD) erfolgten nach demselben Muster. Am 26. April 2012 bestätigte das Bankhaus den Verkauf von ... CHF (Gegenwert: ... USD) auf den Stichtag 11. Mai 2012. Am 9. Mai 2012 bestätigte das Bankhaus den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... CHF zum Stichtag 11. Mai 2012. Für einen weiteren Stichtag, nämlich den 18. Mai 2012, bestätigte das Bankhaus am 9. Mai 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... CHF und nachfolgend am 14. Mai 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... CHF, ebenfalls zum Stichtag 18. Mai 2012. Weiter bestätigte das Bankhaus P AG am 14. Mai 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... CHF zum Stichtag 25. Mai 2012 und nachfolgend am 23. Mai 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... CHF. Weiter bestätigte das Bankhaus am 23. Mai 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... CHF zum Stichtag 1. Juni 2012 und nachfolgend am 30. Mai 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... CHF zum Stichtag 1. Juni 2012. Für die nachfolgenden Handelszeitpunkte wird auf den Beordner (YXZ) verwiesen.

7

In den Bestätigungen der P AG über Devisentermingeschäfte mit JPY wurde zunächst jeweils der Verkauf von JPY (Gegenwert: regelmäßig USD) auf einen bestimmten Stichtag („Valuta“) und nachfolgend der Kauf von JPY (Gegenwert: USD) auf denselben Stichtag bestätigt. Beispielhaft sei für den Kauf von JPY über die P AG darauf verwiesen, dass zum Stichtag 5. Januar 2012 („Valuta“: 5. Januar 2012) am 21. Dezember 2011 ein Verkauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD) und zum Stichtag 5. Januar 2012 am 4. Januar 2012 ein Kauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD) bestätigt wurde. Weiter wurde zum Stichtag 13. Januar 2012 am 4. Januar 2012 ein Verkauf von JPY in Höhe von ... JPY (Gegenwert: ... USD) und am 12. Januar 2012 ein Kauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD) ausgewiesen.

8

Nachfolgend wurde am 12. Januar 2012 zum Stichtag 20. Januar 2012 ein Verkauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD) ausgewiesen. Gleichfalls zum Stichtag 20. Januar 2012 erfolgte nachfolgend am 19. Januar 2012 ein Kauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD) und von... JPY (Gegenwert: xx....,xx €). Am 19. Januar 2012 erfolgte dann zu einem neuen Stichtag, nämlich dem 27. Januar 2012, der Verkauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD). Danach, nämlich am 24. Januar 2012 erfolgte zum Stichtag 27. Januar 2012 der Kauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD). Für die nachfolgenden Handelszeitpunkte wird auf den Beordner (XY) verwiesen.

9

Am 26. April 2012 bestätigte das Bankhaus den Verkauf von ... JPY (Gegenwert: ... USD) auf den Stichtag 11. Mai 2012. Am 10. Mai 2012 bestätigte das Bankhaus den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... JPY zum Stichtag 11. Mai 2012. Für den Stichtag 18. Mai 2012 bestätigte das Bankhaus am 10. Mai 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... JPY und am 16. Mai 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... JPY. Für den Stichtag 25. Mai 2012 bestätigte das Bankhaus am 16. Mai 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... JPY und am 24. Mai 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... JPY. Für die nachfolgenden Handelszeitpunkte wird auf den Beordner (YX) verwiesen.

10

Aus den Bestätigungen der G Bank über Devisentermingeschäfte ergibt sich, dass zunächst jeweils der Verkauf von JPY und der Kauf von USD auf einen bestimmten Stichtag („Valuta“) und nachfolgend der Kauf von JPY und der Verkauf von USD auf denselben Stichtag erfolgte. Dies wird beispielhaft deutlich, wenn man die Bestätigung vom 22. Dezember 2011 über den Verkauf von ... JPY und den Kauf von ... USD zum Stichtag 27. Januar 2012 heranzieht. Nachfolgend, am 25. Januar 2012, wurde ein Betrag von ... JPY zum Stichtag 27. Januar 2012 gekauft und ein Betrag von ... USD verkauft. Auf einen weiteren Stichtag, nämlich den 27. Februar 2012, wurde am 25. Januar 2012 der Verkauf von ... JPY und der Kauf von ... USD vereinbart und am 22. Februar 2012 erfolgte dann der Kauf von ... JPY und der Verkauf von ... USD. Für die nachfolgenden Handelszeitpunkte wird auf den Beordner (XY) verwiesen.

11

Die Bank V AG bestätigte zum Stichtag 15. Februar 2012 am 28. Dezember 2011 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... CHF und am 13. Januar 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... CHF. Weiter bestätigte die Bank V AG für den Stichtag 29. Februar 2012 am 10. Februar 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... CHF, am 23. Februar 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... CHF und am 27. Februar 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... CHF. Zum Stichtag 30. März 2012 bestätigte die Bank V AG am 27. Februar 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... CHF und am 28. März 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... CHF. Für die nachfolgenden Handelszeitpunkte wird auf den Beordner (XY) verwiesen.

12

Für Devisentermingeschäfte mit JPY bestätigte die Bank V AG zum Stichtag 15. Februar 2012 am 28. Dezember 2011 den Kauf von USD und den Verkauf von ... JPY, am 13. Januar 2012 den Kauf von ... USD und den Verkauf von ... JPY und am 10. Februar 2012 den Verkauf von USD und den Kauf von ... JPY. Weiter bestätigte die Bank V AG für den Stichtag 29. Februar 2012 am 10. Februar 2012 den Kauf von USD und den Verkauf von ... JPY und am 24. Februar 2012 den Verkauf von USD und den Kauf von ... JPY. Zum Stichtag 30. März 2012 bestätigte die Bank V AG am 24. Februar 2012 den Kauf von USD und den Verkauf von ... JPY und am 26. März 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von JPY, am 27. März 2012 den Verkauf von ... USD und den Kauf von ... JPY und am 28. März 2012 den Verkauf von USD und den Kauf von ... JPY. Für die nachfolgenden Handelszeitpunkte wird auf den Beordner (XY) verwiesen.

13

Bei dem Eröffnungs- und Gegengeschäft bei allen Banken handelte es sich unstreitig um eigenständige, unabhängige nebeneinanderstehende Geschäfte, die auf der Grundlage individueller Erfüllungsentscheidungen des Klägers abgeschlossen wurden. Der Kläger war während der Laufzeit eines Eröffnungsgeschäfts jederzeit frei in seiner Entscheidung, wann und wie er dieses erfüllen wollte, wobei es immer zu einer Lieferung der vollen Kapitalbeträge auf den Währungskonten kam. Das Eröffnungs- und das Gegengeschäft waren voneinander unabhängig. Der wirtschaftliche Erfolg der Devisentermingeschäfte (in CHF oder JPY) wurde ganz überwiegend am Stichtag in Euro umgetauscht.

14

Die Kläger erklärten einen Gewinn aus Devisentermingeschäften als Gewinn aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) von insgesamt... € (P AG), ... € (Bank V AG) und... € (G Bank).

15

Gegen den unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangenen Einkommensteuerbescheid 2012 vom 15. September 2014, in dem der Beklagte (das Finanzamt – FA –) Einkünfte aus privaten

Veräußerungsgeschäften von ... € und zu verrechnende Verlustvorträge von – ... € der Besteuerung zugrunde legte, legten die Kläger mit Schreiben vom 30. September 2014 Einspruch ein. Die Einkommensteuer wurde auf... € festgesetzt.

16

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2014 beantragten die Kläger, die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften in solche aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG umzuqualifizieren und diese mit den aus 2011 vorgetragenen Verlusten vorrangig zu verrechnen. Im nach § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) geänderten Einkommensteuerbescheid 2012 vom 29. Dezember 2014 wurden Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften von 0 € der Besteuerung zugrunde gelegt, die Einkünfte in solche aus Kapitalvermögen umqualifiziert und eine Verrechnung von Verlustvorträgen und aus der Veräußerung von Aktien vorgenommen. Gegen diesen Bescheid legten die Kläger ebenfalls Einspruch ein.

17

Der Außenprüfer kam im Rahmen einer Außenprüfung u.a. für die Einkommensteuern der Jahre 2011 – 2016 nur für das Jahr 2011 zu dem Ergebnis, dass Änderungen durchzuführen seien. Für bis zum 23. Dezember 2016 abgeschlossene Geschäfte des Jahres 2016 nahm er bei Geschäften, bei denen die Veräußerung von Wirtschaftsgütern früher erfolgte als der Erwerb, echte Leergeschäfte an, die weder nach § 20 EStG noch nach § 23 EStG besteuert werden könnten.

18

In weiteren nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Einkommensteuerbescheiden für das Jahr 2012 vom 24. März 2015 und 7. April 2016 wurden die Einkünfte des Klägers aus Devisentermingeschäften als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG qualifiziert. Zuletzt wurden Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalanlagen (ohne Aktien) von ... € – vor der Verrechnung von Verlustvorträgen – berücksichtigt.

19

Mit Schriftsatz vom 30. Juli 2021 beantragten die Kläger, Werbungskosten dem Veranlagungszeitraum zuzuordnen, in dem der Veräußerungspreis zugeflossen ist. Im Jahr 2012 seien Beträge von x....,xx € aus den Rechnungen der Kanzlei R GmbH vom 11. Oktober 2018 und 5. Februar 2019, von x....,xx € für die monatliche Beratung der Firma A GmbH, von x....,xx € aus der Rechnung der Kanzlei A vom 9. März 2015, von x....,xx €, die von der Kanzlei M in Rechnung gestellt wurden, und von xx....,xx €, die von der Kanzlei N in Rechnung gestellt wurden, zu berücksichtigen. Aus Vereinfachungsgründen seien die Beträge linear auf den Zeitraum 2011 – 2016 verteilt worden. Die Rechnungen der Kanzlei M, die an die Kanzlei N gerichtet worden seien, seien dem Kläger von der Kanzlei N in Rechnung gestellt worden.

20

Am 6. August 2020 erließ das FA einen nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr, setzte eine Einkommensteuer von... € fest und legte u.a. Einkünfte aus Devisentermingeschäften nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG von ... € – vor Verrechnung von Verlusten – der Besteuerung zugrunde.

21

Dagegen legten die Kläger mit Schreiben vom 1. September 2020 Einspruch ein. Insgesamt - so die Kläger – seien die Devisentermingeschäfte für das Streitjahr dem Grunde und der Höhe nach nichtzutreffend ermittelt worden. Sie machten geltend, dass die im Jahr 2012 streitigen Devisentermingeschäfte aus „leer“ verkauften Fremdwährungsbeträgen erzielt worden seien. Diese seien ohne Regelung in § 23 EStG nicht steuerbar und mit 0 € anzusetzen. Bei Doppel-Währungsgeschäften werde ein nicht vorhandener Währungsbetrag gegen die Anschaffung eines anderen Währungsbetrages auf Termin veräußert. Dabei seien die Währungsbeträge physisch auf den Fremdwährungskonten geliefert worden. Es werde bei der abwickelnden Bank nicht nur eine Buchung des Differenzausgleichs vorgenommen. Die Geschäfte seien nicht auf Differenzausgleich ausgerichtet gewesen. Bei den gehandelten Fremdwährungen handele es sich um sonstige Wirtschaftsgüter im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Der Kläger sei während der Laufzeit und bei Lieferung der Währungsbeträge in seiner Entscheidung, wie er die zu liefernden Währungsbeträge habe erfüllen oder verwenden wollen, frei gewesen. Es sei deshalb auch kein faktischer Differenzausgleich gegeben. Eine innere Verknüpfung beider Geschäfte sei nicht gegeben. Die Kläger verweisen insoweit auf den Gerichtsbescheid des Finanzgerichts (FG) München wegen Einkommensteuer

2009 und 2010 vom 16. Januar 2019 unter dem Aktenzeichen 11 K 3373/16. Die angeschaffte und veräußerte Bezugswährung bei den Doppel-Währungsgeschäften bilde nur die neutrale Abwicklungswährung, welche sich immer der Höhe nach ausgleiche, keinen wirtschaftlichen Erfolg verursache und steuerlich neutral bleibe. Das steuerliche Ergebnis in Form der Unterschiedsbeträge in den leerverkauften Fremdwährungen sei nach § 23 EStG nicht steuerbar.

22

Wenn – so die Kläger hilfsweise – zur Ermittlung des steuerlichen Erfolges der Doppelwährungsgeschäfte eine Umrechnung der Gegenleistung in Euro zu erfolgen habe, dann sei bei der Ermittlung der Gewinne und Verluste jeder Fremdwährungsbetrag separat zu beurteilen. Der jeweils maßgebende Anschaffungs- und Veräußerungszeitpunkt sei der Tag des jeweiligen schuldrechtlichen Geschäfts und nicht der Tag der effektiven Lieferung der Fremdwährungsbeträge. Bei Doppel-Währungsgeschäften müsste nicht die Gegenleistung, sondern die angeschaffte und veräußerte Fremdwährung in Euro nach dem amtlichen Umrechnungskurs der Europäischen Zentralbank umgerechnet werden. Das wirtschaftliche Eigentum an den angeschafften Fremdwährungsbeträgen gehe mit Abschluss des obligatorischen Rechtsgeschäfts über. Ab diesem Zeitpunkt trage der Kläger das Risiko einer Wertänderung, könne über die Währungsbeträge verfügen und das wirtschaftliche Risiko begrenzen oder – durch Abschluss eines Gegengeschäfts – nicht entstehen lassen. Es existierten keine wertbeeinflussenden Umstände, die erst mit Erfüllung bzw. Lieferung der Fremdwährungsbeträge die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Klägers beeinflussen würden. Die Doppel-Währungsgeschäfte seien nicht mit einem Aktientausch vergleichbar und die dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) (vgl. BFH-Urteil vom 13. Oktober 2015 IX R 43/14, BFH/NV 2016, 306) nicht anwendbar. Nach der Rechtsprechung des BFH sei das obligatorische Rechtsgeschäft dafür entscheidend, ob ein Spekulationsgeschäft in zeitlicher Hinsicht vorliege. Dazu sei eine fiktive Ergebnisermittlung auf den Tag des obligatorischen Rechtsgeschäfts notwendig. Es sei das Zeitbezugsverfahren (Urteil des FG Hamburg vom 19. Mai 2016 2 K 158/15) anzuwenden. Zudem seien Werbungskosten von xx.,xx € abzuziehen. Die insgesamt angefallenen Beratungskosten seien vereinfachend linear zeitanteilig zu berücksichtigen.

23

Während des Rechtsbehelfsverfahrens teilte das FA den Klägern im Schriftsatz vom 19. März 2021 mit, dass der nach § 23 EStG anzusetzende Betrag umxx € zu erhöhen sei. Dadurch würde sich der Gewinn aus den Devisentermingeschäften auf ... € – vor der Verrechnung von Verlusten – erhöhen. Für den Kauf von ... Mio. USD am 26. Oktober 2012 und den Kauf von weiteren ... Mio. USD am 29. Oktober 2012 sei jeweils die Lieferung am 30. November 2012 vereinbart und durchgeführt worden. Deshalb sei der amtliche Umrechnungskurs von JPY in Euro zum 30. November 2012 von 0,009314 zugrunde zu legen.

24

In der Einspruchsentscheidung vom 17. August 2021 wurde der Einspruch nach Erhöhung der Einkommensteuer 2012 auf... € als unbegründet zurückgewiesen. Sonstige Einkünfte in Form von Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften wurden – vor Verrechnung von Verlustvorträgen – in Höhe von ... € der Besteuerung zugrunde gelegt.

25

Das FA vertrat in der Einspruchsentscheidung die Auffassung, dass die im Streitjahr ausgeführten Doppel-Währungsgeschäfte nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG steuerbar seien. Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG lägen nicht vor. Denn Termingeschäfte im Sinne des § 20 Abs. 2 EStG könnten nicht angenommen werden. Nach dem übereinstimmenden Willen der Handelspartner sei am Fälligkeitstag effektiv durch physische Lieferung erfüllt worden. Angeschaffte Fremdwährungsbeträge seien dem Kläger, der im Rahmen der privaten Verwaltung seines Vermögens gehandelt habe, auf einem Fremdwährungskonto zu seiner freien Verfügung gutgeschrieben und veräußerte Devisen seien von einem entsprechenden Fremdwährungskonto abgebucht worden. Der Kläger sei hinsichtlich der Frage, ob und wann er ein Gegengeschäft abschließe, frei in seiner Entscheidung gewesen. Es sei kein Eröffnungsgeschäft mit einem Closingvermerk versehen worden. Anhaltspunkte für eine hinreichende Verknüpfung zwischen Eröffnungs- und Gegengeschäft ergäben sich nicht.

26

Fremdwährungen seien andere Wirtschaftsgüter im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Bei dem Tausch einer Fremdwährung in eine andere Fremdwährung stelle der erste Teil des Tauschgeschäfts ein

steuerbares und steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft durch eine Anschaffung und eine anschließende Veräußerung dar, wenn zwischen dem obligatorischen Abschluss der Tauschverträge nicht mehr als ein Jahr liege. Der zweite Teil des Tauschgeschäfts sei im Streitjahr ein potentiell nicht steuerbares Leergeschäft, bei dem die Veräußerung der weggetauschten Fremdwährung früher erfolgt sei als ihre anschließende Anschaffung im Rahmen des Rücktausches. Bei der Berechnung der Jahresfrist komme es auf den Zeitpunkt des Abschlusses der obligatorischen Verträge an.

27

Im Streitfall habe der Kläger durch die verbindliche Vereinbarung (Eröffnungsgeschäft), USD zu erwerben und als Gegenleistung dafür CHF oder JPY zu liefern, Tauschverträge abgeschlossen, die auf die Anschaffung von USD zu einem bestimmten Termin gerichtet gewesen seien. Durch die anschließende Vereinbarung (Gegengeschäft), die zuvor angeschafften USD wieder an den Handelspartner zu liefern und als Gegenleistung dafür CHF oder JPY zu erhalten, habe der Kläger wiederum Tauschverträge abgeschlossen, welche auf die Veräußerung der zuvor angeschafften USD gerichtet gewesen seien. Leergeschäfte lägen insoweit nicht vor, weil die Anschaffung der USD ihrer Veräußerung jeweils vorausgegangen sei. Die erworbenen und veräußerten Fremdwährungen (USD) seien andere Wirtschaftsgüter im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und kein Geld im Sinne eines Zahlungsmittels. Zwischen dem maßgeblichen Abschluss des Anschaffungs- und des korrespondierenden Veräußerungstauschvertrages habe jeweils weniger als ein Jahr gelegen. Ob der Kläger dabei eine Strategie verfolgt habe, sei irrelevant. Die Handelspartner hätten ihre Verpflichtungen zum vereinbarten Fälligkeitstermin auch vollständig erfüllt. Es habe keine Vereinbarung über das Hinausschieben des ursprünglich vereinbarten Liefertermins (Prolongation) stattgefunden. Die USD würden nicht die Abwicklungswährung darstellen, sondern wären das angeschaffte und veräußerte Wirtschaftsgut gewesen. Den Gewinn und Verlust habe der Kläger in CHF und JPY erzielt, die bei zivilrechtlicher Betrachtung die vereinbarte Zahlungswährung gewesen seien.

28

Die Höhe der Einkünfte müsste nach § 23 Abs. 3 EStG durch Umrechnung der als Gegenleistung hingegebenen (Anschaffungskosten) und anschließend empfangenen Fremdwährung (Veräußerungspreis) zum Liefertag in Euro ermittelt werden. Da die USD nicht mit Euro angeschafft und auch nicht gegen Euro veräußert wurden, sondern der Kläger jeweils CHF und JPY als Gegenleistung hingegeben bzw. erhalten habe, müssten CHF und JPY in Euro umgerechnet werden. Maßgebend sei der amtliche Umrechnungskurs der Europäischen Zentralbank am Tag der Lieferung des angeschafften und veräußerten Wirtschaftsguts. Der Veräußerungspreis entstehe, sobald der Erwerber das wirtschaftliche Eigentum am veräußerten Wirtschaftsgut erlange. Deshalb sei bei der Umrechnung auf den Tag der Lieferung abzustellen. In einem ersten Schritt würden die Anschaffungskosten in Euro und der Veräußerungspreis in Euro jeweils gesondert und zwar durch Umrechnung der zunächst hingegebenen und später erhaltenen CHF oder JPY ermittelt. In einem zweiten Schritt werde der Unterschiedsbetrag derselben ermittelt. Auch aus dem Zu- und Abflussprinzip ergebe sich, dass die Umrechnung zum Liefertag zu erfolgen habe. Soweit der Kläger durch ein im Jahr 2012 eröffnetes und geschlossenes Devisentermingeschäft einen Gewinn erzielt habe, habe er die eingetretene Wertsteigerung des USD als angeschafftes Wirtschaftsgut realisiert. Auf seinem Fremdwährungskonto sei entweder in CHF oder JPY ein positiver Unterschiedsbetrag entstanden, welcher für steuerliche Zwecke in Euro und zwar durch Umrechnung der Anschaffungskosten und des Veräußerungspreises zu errechnen sei.

29

Das FA ging von einem Gewinn aus Devisentermingeschäften im Streitjahr von ... ,xx € aus. Davon seien Werbungskosten in Form von Steuerberatungs- und sonstigen Beratungskosten von xx....,xx € abzuziehen. Im Übrigen hätte der Kläger den Veranlassungszusammenhang dem Grunde und der Höhe nach hinsichtlich der dem Streitjahr zuzuordnenden Aufwendungen nicht hinreichend konkret dargelegt. Das gelte vor allem für Aufwendungen, die offensichtlich auch im Zusammenhang mit Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäften in anderen Veranlagungszeiträumen stünden. Im Jahr 2012 seien nur Doppelwährungsgeschäfte und keine echten nicht steuerbaren Ein-Währungsleergeschäfte geschlossen worden. Insoweit müssten die Beratungskosten, die durch Devisentermingeschäfte im Jahr 2012 veranlasst seien, nicht auch noch in einen steuerbaren und nicht steuerbaren Anteil aufgeteilt werden. Abzugsfähig seien aus den Rechnungen der Firmen R GmbH x....,xx € (von x....,xx €), A GmbH x....,xx € (von x....,xx €), A x....,xx € (von x....,xx €), M x....,xx € (von x....,xx €) und N xx....,xx € (von xx....,xx €). Der abziehbare

Betrag aus der Rechnung der Firma A GmbH sei zu erhöhen gewesen, weil die auf den Betrag entfallende Umsatzsteuer nicht berücksichtigt wurde.

30

Mit ihrer dagegen durch Schriftsatz vom 17. September 2021 erhobenen Klage machen die Kläger geltend, dass die im Streitjahr verwirklichten Doppel-Währungsgeschäfte nicht steuerbar seien. Der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung werde nicht überschritten, weshalb keine gewerblichen Einkünfte vorlägen. Der Kläger habe ohne eine eigene Organisation gehandelt und alle Order telefonisch vorgenommen. Er sei nicht mit institutionellen Partnern in Verbindung getreten, sondern ausschließlich mit seinen Depot-Banken, und habe kein bankenähnliches Verhalten an den Tag gelegt. Der Kläger habe nicht als Devisenhändler, sondern als Anleger mit Spekulationsabsicht im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung auf seine Gefahr und seine Rechnung ohne Unterhaltung eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebes gehandelt. Die Tätigkeit der A GmbH habe sich auf administrative Tätigkeiten im Bereich des „Reportings“ und der Aufarbeitung von Unterlagen zur Erfüllung der ertragsteuerlichen Verpflichtungen des Klägers beschränkt. Die GmbH habe keine Abschlussvollmacht gehabt und auch keine Order übermittelt. Der Kläger habe sein vorhandenes Privatvermögen für die Devisentermingeschäfte bereitgestellt und nicht überwiegend mit Fremdkapital gearbeitet. Die zu beurteilenden Geschäfte hätten auch nicht in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit einem Gewerbebetrieb gestanden. Auch bei einer Veräußerung größerer Mengen von Wertpapieren könne eine private Vermögensverwaltung vorliegen. Zudem spreche auch eine Ertragsersparnis hinsichtlich einer Kursentwicklung nicht gegen eine private Vermögensverwaltung.

31

Es lägen auch weder Einkünfte aus Kapitalvermögen noch sonstige Einkünfte vor. Es lägen keine Termingeschäfte im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG vor, durch die der Steuerpflichtige einen mit der abwickelnden Bank vereinbarten oder geleisteten Differenzausgleich erlange. Eine innere Verknüpfung des Eröffnungs- und Gegengeschäfts in der Weise, dass bereits bei Abschluss objektiv der Wille auf Erzielung eines Differenzausgleichs gerichtet gewesen sei, liege im Streitfall nicht vor. Der Kläger sei bei Abschluss des Eröffnungsgeschäftes während der gesamten Laufzeit und bei Lieferung der Währungsvaluten frei in seiner Entscheidung gewesen, wie er die zu liefernden Währungsvaluten erfüllen oder verwenden wolle.

32

Auch § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG greife nicht ein. Wesentliche Unterschiede zwischen einem Wertpapier und Devisen sehe die Klägerseite nicht, da auch der Gesetzgeber vor Einführung der Abgeltungssteuer beide unter § 23 EStG subsumiert habe. Die Doppelwährungsgeschäfte seien zivilrechtlich Tauschgeschäfte. Zu Unrecht habe das FA die zunächst veräußerte und später angeschaffte Fremdwährungsvaluta aufgrund der Nichtsteuerbarkeit von Leerverkäufen unberücksichtigt gelassen und lediglich die zunächst angeschaffte und nachfolgend veräußerte Fremdwährungsvaluta USD als privates Veräußerungsgeschäft beurteilt. Es habe dabei nicht berücksichtigt, dass das Eröffnungsgeschäft und das Gegengeschäft jeweils ein zivilrechtlich und steuerlich einheitlicher, nicht aufspaltbarer Tauschvorgang seien, bei dem Leistung und Gegenleistung synallagmatisch verknüpft würden.

33

Der Kläger habe die Markterwartung gehabt, dass sich eine Fremdwährung (z.B. der CHF) über einen bestimmten Zeitraum abschwächen würde. Da er gleichzeitig eine Stabilisierung des USD an den Finanzmärkten erwartet habe, habe er den CHF nicht zum Euro, sondern gegen eine zweite Währung, den USD, veräußert. Durch die Bewegung des Fremdwährungskurses während der Laufzeit des Termingeschäfts sei die Markterwartung des Klägers bestätigt oder enttäuscht worden. Die jeweiligen Währungsbeträge der zunächst leerverkauften Fremdwährung, z.B. CHF, und der durch das Gegengeschäft angeschafften CHF seien am Liefertag auf dem CHF-Währungskonto verbucht worden. Die in der Höhe gleichen USD-Fremdwährungsbeträge hätten sich auf dem USD-Fremdwährungskonto saldiert. Der wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg sei durch den Saldo aus dem veräußerten und erworbenen CHF-Fremdwährungsbetrag auf dem CHF-Fremdwährungskonto entstanden, der zum jeweiligen Tageskurs gegen Euro umgetauscht worden sei. Abzustellen sei auf den CHF bzw. den JPY, der zunächst geliefert worden sei, und nicht auf den getauschten USD.

34

Die Steuerbarkeit sei nach der Fremdwährung zu beurteilen, durch die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Klägers gesteigert worden sei. Dies seien bei den streitigen Doppelwährungsgeschäften jeweils die zunächst veräußerten Fremdwährungsvaluten CHF bzw. JPY gewesen. Das Ergebnis eines Doppelwährungstermingeschäfts, welches aufgrund der physischen Lieferung der Fremdwährungsbeträge im § 23 EStG zu erfassen ist, könne nur analog zu Ein-Währungstermingeschäften (bspw. JPY/Euro) ermittelt werden, um den wirtschaftlichen Mehrwert des Geschäftes der Besteuerung zu unterwerfen. Insofern müsse bei einem Doppel-Währungstermingeschäft eine Währung (hier USD) wie beim Einwährungstermingeschäft als „Abwicklungswährung“ eingestuft werden (wie der Euro bei Einwährungstermingeschäften), aus der kein steuerliches Ergebnis zu ermitteln sei. Die andere

35

Währung (hier CHF/JPY), in der der wirtschaftliche Erfolg erzielt werde, sei ausschlaggebend für die Ermittlung des steuerlichen Ergebnisses und die steuerrechtliche Einordnung des Gesamtgeschäftes. Der in Euro umgetauschte bzw. umgerechnete wirtschaftliche Erfolg/Saldo dieser Fremdwährung (hier CHF/JPY) sei der Besteuerung nach § 23 EStG zu unterwerfen. Sämtliche streitige Devisentermingeschäfte des Klägers im Streitjahr seien jedoch „Leerverkäufe“, da die den wirtschaftlichen Erfolg auslösende Fremdwährung (CHF/JPY) zuerst veräußert und dann angeschafft worden sei.

36

Im streitgegenständlichen Veranlagungszeitraum müsse deren Besteuerung mangels gesetzlicher Regelung nach § 23 EStG unterbleiben. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG sei nach § 52 Abs. 31 Satz 3 EStG erstmals auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 23. Dezember 2016 rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrag oder gleichstehenden Rechtsakt beruht. Die Vorschrift komme im Streitfall nicht zur Anwendung.

37

Der in der Fremdwährung erzielte Erfolg oder Misserfolg des Devisentermingeschäfts sei jeweils in Euro umgetauscht worden, um das Fremdwährungskonto auf 0 auszugleichen. Da die streitigen Devisentermingeschäfte steuerfrei gewesen seien, müsse auch der Tausch der Ergebnisse derselben in Euro als bloßes Hilfsgeschäft steuerfrei sein. Das FA vergesse, dass das steuerliche Ergebnis aus dem zweiten „leerverkauften“ Fremdwährungsbetrag zu ermitteln sei. Unabhängig davon, dass im Jahr 2012 ein nicht steuerbarer Leerverkauf vorgelegen habe, zeige die vollständige Ergebnisermittlung nach getrennten Einzelwährungsbeträgen, dass es zu einer Doppelerfassung der Währungsbewegung zum Euro komme und damit nicht die wirtschaftliche Bereicherung des Klägers besteuert würde, sondern ein fiktives doppeltes wirtschaftliches Ergebnis. Die Berechnungsmethodik des FA gehe fehl und verstoße gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

38

Das FA berechne das steuerliche Ergebnis der Devisentermingeschäfte nur aus einem verbuchten Fremdwährungsbetrag (USD), obwohl dieser Fremdwährungsbetrag als „Abwicklungswährung“ bei Kauf und Verkauf immer die gleiche Höhe gehabt habe und sich immer im Saldo ausgleiche, also hier kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt werde. Damit nicht wie in der Ergebnisermittlung des FA in einem Doppelwährungstermingeschäft sowohl die Währungsbewegung des JPY zum Euro und nochmal die Währungsbewegung des USD zum Euro steuerlich erfasst werde, sondern nur die wirtschaftlich maßgebliche Währungsbewegung des JPY zum USD, müsse berücksichtigt werden, dass eine Währung (hier USD) die „Abwicklungswährung“ sei (also wie der Euro bei Ein-Währungstermingeschäften) und in der anderen Währung (hier der JPY) der wirtschaftliche Erfolg erzielt werde. Der wirtschaftliche Erfolg in einem Doppel-Währungstermingeschäft entstehe in dem anderen, hier zu Beginn des Geschäftes „leer“ verkauften Fremdwährungsbetrag (CHF/JPY). Für diesen Fremdwährungsbetrag ermittle das FA kein steuerliches Ergebnis. Lediglich im Fall des wirtschaftlichen Erfolgs und aus dem daraus entstandenen positiven Saldo auf dem CHF/JPY-Fremdwährungskonto errechne das FA ein zusätzliches steuerliches Ergebnis nach § 23 EStG in Euro. Die Berechnung des FA erzeuge jedoch steuerliche Ergebnisse, die vom wirtschaftlichen Ergebnis abweichen würden. Die Berechnung des FA würde, wenn man sie vollständig umsetzen würde, zu „doppelten“ und vollständig vom wirtschaftlichen Ergebnis abgekoppelten steuerlichen Ergebnissen führen. Würden jeweils die Bewegungen des CHF und des JPY zum USD und umgekehrt betrachtet, käme es zu einer Doppelbesteuerung. Der Gesetzgeber wolle nicht entgegen dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen Vorgang zweifach besteuern. Ab dem

Jahr 2017 würde es zu einer doppelten Berücksichtigung von Gewinnen und Verlusten aus Doppelwährungsgeschäften kommen, legte man die Besteuerungslogik des FA zugrunde.

39

Die Kläger beantragen,

den Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2012 vom 6. August 2020 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 17. August 2021 dergestalt zu ändern, dass für die Festsetzung 2012 in den Besteuerungsgrundlagen die Doppel-Währungsgeschäfte mangels Steuerbarkeit unberücksichtigt bleiben und die Einkommensteuer 2012 auf... € herabzusetzen sowie hilfsweise, die Revision zuzulassen.

40

Das FA beantragt,

die Klage abzuweisen,

hilfsweise die Revision zuzulassen.

41

Das FA vertritt die Auffassung, dass der Kläger im Streitjahr im Rahmen von Devisentermingeschäften USD gegen JPY oder CHF auf Termin gehandelt habe. Der Kläger habe daraus Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt, weil er mit seiner Tätigkeit die Grenze der privaten Vermögensverwaltung überschritten habe. Bei der Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und einer gewerblichen Tätigkeit sei auf das „Bild des Handels“ unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Wirtschaftsguts „Fremdwährung“ abzustellen. Der Kläger habe allein im Streitjahr 200 Tauschverträge über zwei Fremdwährungen abgeschlossen. Der zeitliche Abstand zwischen einem Eröffnungstermingeschäft und dem nachfolgenden Gegengeschäft belaufe sich regelmäßig auf nur wenige Tage, bei einzelnen Handelsgeschäften teilweise auch auf ungefähr oder etwas mehr als einen Monat. Wenn in einem solch enormen Umfang und mit so kurzem zeitlichen Abstand Wirtschaftsgüter in Gestalt von Fremdwährungen zielgerichtet veräußert würden, die der Kläger im Zeitpunkt des Abschlusses des Veräußerungsvertrags (angeblich) noch nicht angeschafft gehabt habe, so sei die Grenze zur privaten Vermögensverwaltung in jedem Fall überschritten. Hierbei sei die große Anzahl der durchgeführten Leerverkäufe von erheblicher Bedeutung. Die Verwaltung von privatem Vermögen setze schon begrifflich voraus, dass vorhandenes Vermögen verwaltet werde. Umfangreiche und kurzfristige Handelsaktivitäten mit Wirtschaftsgütern, die überhaupt noch nicht Teil des Vermögens sind, weil sie noch nicht einmal angeschafft wurden, würden nicht darunterfallen. Vielmehr würden besonders umfangreiche Leerverkäufe in kurzen Zeitabständen das Berufsbild des gewerbsmäßigen Großhändlers, der seinen Handelspartnern die Lieferung von Ware zu einem bestimmten in der Zukunft liegenden Termin und zu einem bestimmten Preis verspricht und sich erst anschließend zu einem für ihn günstigen Zeitpunkt und Preis bei seinen eigenen Lieferanten mit der bereits weiterverkauften Ware eindeckt, erfüllen. Zudem seien die Handelsaktivitäten des Klägers fremdfinanziert. Während der Kläger seine Handelsentscheidung selbst treffe, bediene er sich zur logistischen und technischen Unterstützung im Rahmen der Abwicklung, Aufbereitung, Auswertung, Analyse und Steuerung seiner Devisentermingeschäfte der entgeltlichen Dienstleistungen einer Kapitalgesellschaft. Zudem wickele der Kläger seine Handelsaktivitäten mit mehreren Handelspartnern ab, von denen zwei ihren Sitz im Ausland hätten.

42

Der Kläger sei während der gesamten Laufzeit seit Abschluss des Devisentermingeschäftes frei gewesen, wie er vorgehen wolle. Insbesondere in seiner Entscheidung, wie er die zu liefernden Währungsvaluten erfüllen oder verwenden wolle, sei er frei gewesen. Aus den dem Kläger gelieferten Fremdwährungsbeträgen habe dieser keine Früchte im Sinne von Zinsen erzielt.

43

Es sei zu klären, ob nicht zwischen Devisen und einem Wertpapier grundsätzliche Unterschiede bestünden. Jedenfalls sei das Eröffnungs-Tauschgeschäft steuerrechtlich in zwei gesondert zu beurteilende Rechtsvorgänge aufzuteilen. Gleiches gelte für das GegenTauschgeschäft. Im Zuge des Eröffnungs-Tauschgeschäfts erfolge eine Anschaffung eines Wirtschaftsguts (hier des USD) und zugleich eine Veräußerung eines anderen Wirtschaftsguts (hier des CHF bzw. JPY). Ein Wirtschaftsgut werde angeschafft, wenn es gegen Entgelt erworben werde, und veräußert, wenn es gegen Entgelt übertragen werde. Der USD werde vom Kläger erworben und als Gegenleistung verspreche und liefere er CHF bzw. JPY. Eine Doppelbesteuerung liege nicht vor.

44

Damit werde der USD im Sinne des § 23 Abs. 1 EStG angeschafft. Zeitlich nachfolgend werde der USD mit dem Gegen-Tauschgeschäft veräußert. Dafür erhalte der Kläger als Gegenleistung CHF bzw. JPY. Im Schriftsatz vom 6. Dezember 2021 habe der Kläger vorgetragen, er habe die Absicht gehabt, einen Überschuss durch die Abschwächung des CHF zum USD zu erzielen. Eine Abschwächung des CHF zum USD bedinge denkllogisch einen Anstieg des USD im Verhältnis zum CHF. Dementsprechend habe der Kläger auch für den mit dem Eröffnungs-Tauschgeschäft zunächst angeschafften USD bei Abschluss des GegenTauschgeschäfts einen Veräußerungspreis in CHF erzielen können, der seine Anschaffungskosten überstiegen habe. Der wirtschaftliche Erfolg und Anknüpfungspunkt für die Ertragsbesteuerung nach § 23 Abs. 3 EStG zeige sich damit in der Wertsteigerung des USD, die vom Kläger durch den Zufluss des erhöhten Betrags an CHF realisiert werde. Entsprechendes gelte für die Doppel-Währungsgeschäfte USD/JPY: Bei diesen werde die Wertsteigerung des USD im Verhältnis zum JPY durch den Zufluss des erhöhten Betrags an JPY realisiert. Bei der Anschaffung des USD und der anschließenden Veräußerung des zuvor angeschafften USD-Betrages habe der Kläger im Streitjahr insgesamt einen Gewinn von ... € erzielt. Dies stelle den ersten Rechtsvorgang dar, der zu beurteilen gewesen sei.

45

In einem zweiten Rechtsvorgang habe der Kläger anschließend durch den Umtausch des erzielten Gewinns in Euro einen Gewinn von xx....,xx € im Streitjahr erzielt. Dies führe nicht zu einer Doppelbesteuerung. Bei der Berechnung sei das FA davon ausgegangen, dass der Kläger (anteilig) einen Betrag in USD an seine Handelspartner am Liefertag als Gegenleistung veräußern musste, um einen Betrag an JPY oder CHF zu erwerben. Es habe anteilige Anschaffungskosten in USD ermittelt, diese in Euro mit Hilfe des amtlichen Umrechnungskurses in Euro umgerechnet und Anschaffungskosten in Euro abgezogen. Diese habe es von dem von ihm ermittelten Betrag abgezogen, den der Kläger im Rahmen des Umtauschvorgangs gutgeschrieben erhielt und ihn als Veräußerungspreis bezeichnet. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berechnung des FA in der Anlage zum Schriftsatz des FA vom 6. März 2025 verwiesen.

46

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Akten des FA, die Gerichtsakte sowie auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 3. April 2025 nach § 105 Abs. 3 Satz 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) verwiesen.

Entscheidungsgründe

47

1. Die zulässige Klage ist begründet. Die im Streitjahr über die P Bank AG, die Bank V AG und die G Bank getätigten Devisentermingeschäfte des Klägers unterliegen nicht der Besteuerung.

48

a. Es liegen keine gewerblichen Einkünfte im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG in der für das Streitjahr geltenden Fassung vor.

49

aa. Als gewerbliche Tätigkeit ist eine selbständige, nachhaltige, in Gewinnerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit anzusehen, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 des Gewerbesteuergesetzes – GewStG-, § 15 Abs. 2 EStG).

50

Da auch eine private Vermögensverwaltung, wie die Regelung des 14 Satz 3 AO zeigt, eine selbständige nachhaltige und von Gewinnabsicht getragene Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sein kann, ist zusätzliches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 15 Abs. 2 EStG, dass die jeweilige Betätigung diesen Rahmen überschreitet. Was noch unter die Vermögensverwaltung fällt oder bereits die Grenze zum Gewerbebetrieb überschreitet, kann nur nach den Verhältnissen des Einzelfalles und der Verkehrsanschauung bestimmt werden. Wertpapiergeschäfte auf eigene Rechnung selbst in größerem Umfang gehören im Allgemeinen noch zur privaten Vermögensvorsorge und -verwaltung (BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408). Die Verkehrsauffassung sieht die Umschichtung von Wertpapieren – selbst in erheblichem Umfang – regelmäßig als noch zur privaten Vermögensverwaltung gehörig an; Gewerblichkeit kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden. Die Rechtsprechung des BFH hat dann bei Wertpapiergeschäften Einkünfte aus Gewerbebetrieb angenommen,

wenn besondere Umstände vorliegen, die für eine private Vermögensverwaltung ungewöhnlich sind (BFH-Urteil vom 9. Oktober 1992 III R 9/89, juris). Bezogen auf den An- und Verkauf von Wertpapieren kommt als Maßstab für die Abgrenzung zwischen Gewerblichkeit und Vermögensverwaltung zum einen die Tätigkeit des Händlers in Betracht; sie unterscheidet sich von der privaten Anlage von Wertpapiervermögen einschließlich dessen Umschichtung durch den händlertypischen marktmäßigen Umschlag von Sachwerten (BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408). Damit gewinnen Merkmale der Professionalität eine besondere Bedeutung (BFH-Urteil vom 2. September 2008 X R 14/07, juris). Insoweit wird auch darauf abgestellt, ob die Tätigkeit des Steuerpflichtigen „bankähnlich bzw. „bankentypisch“ war oder dieser sich „wie ein Händler“ am Markt beteiligt hat (BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408 m.w.N.). Zum anderen kann sich eine Gewerblichkeit daraus ergeben, dass ein eng mit den eigenen Wertpapiergeschäften verbundenes Tätigwerden für fremde Rechnung besonders ins Gewicht fällt. Ferner muss der Wertpapierhandel die Haupttätigkeit eines Finanzunternehmens darstellen und ein Mindestmaß an kaufmännischer Organisation aufweisen (BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408). Insoweit hat besondere indizielle Bedeutung, ob der Steuerpflichtige auf eigene oder fremde Rechnung tätig wird und ob er sich unmittelbar an Marktteilnehmer wendet oder nur über eine Bank am Marktgeschehen teilnimmt. Der dem „Händler/Dienstleistenden“ entgegengesetzte Typus des privaten Anlegers handelt ausschließlich für eigene Rechnung, was darauf hindeutet, dass der Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten wird. Auch eine Abwicklung der Geschäfte über eine depotführende Bank, ohne selbst Kontrahenten zu suchen, ist kennzeichnend für Transaktionen, die den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschreiten (BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408).

51

Demgegenüber kommen der Zahl und dem Umfang der Wertpapiergeschäfte sowie dem Fremdfinanzierungsanteil keine entscheidende Bedeutung zu (BFH-Urteil vom 7. September 2004 IX R 73/00, juris). Die Verkehrsauffassung sieht die Umschichtung von Wertpapieren – selbst in erheblichem Umfang – regelmäßig als noch zur privaten Vermögensverwaltung gehörend an, weil es bei Wertpapieren in der Natur der Sache liegt, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren. Danach ist der bloße Umschlag von Wertpapieren als privates Geschäft zu betrachten (BFH-Urteil vom 2. September 2008 X R 14/07, juris).

52

Daher wird eine Zuordnung von Wertpapiergeschäften zum gewerblichen Bereich regelmäßig nur dann in Frage kommen, wenn die Tätigkeit auch dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht (z.B. das Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung von Geschäften, Ausnutzung eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrungen) oder andere bei einer privaten Vermögensverwaltung ungewöhnliche Verhaltensweisen vorliegen (BFH-Urteil vom 19. Februar 1997 XI R 1/96, BStBl II 1997, 399). Ein Büroraum und die Ausstattungsgegenstände müssen – um überhaupt eine für den Wertpapierhandel vorgehaltene betriebliche Organisation zu bilden – erkennbar für den Wertpapierhandel bestimmt sein. Die Mitbenutzung eines dem Steuerpflichtigen aus anderen Gründen ohnehin zur Verfügung stehenden Büros reicht dafür nicht aus (BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408).

53

bb. Die vom Kläger getätigten Devisentermingeschäfte haben im vorliegenden Einzelfall den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten. Der Kläger hat weder über eine Büroorganisation noch über einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb verfügt noch gewonnene berufliche Erfahrungen bei seinen Devisentermingeschäften einzusetzen vermocht. Er ist weder als gewerbsmäßiger Wertpapierhändler noch „bankähnlich“ bzw. „bankentypisch“ aufgetreten. Die Tätigkeit des Klägers ist nicht der eines Wertpapierhandelsunternehmens vergleichbar. Denn der Kläger erbringt nicht auf fremde Rechnung Finanzdienstleistungen und betreibt auch keine Bankgeschäfte in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der im X-Sport maßgeblich tätige Kläger verfügte auch nicht über Erfahrungen, die er in einem Bankenberuf gewonnen hatte. Die mangelnde Professionalität des Klägers im Bankenbereich spricht deshalb als Indiz gegen eine gewerbliche Tätigkeit. Das gilt ebenfalls für den Umstand, dass sich der Kläger zur Unterstützung und Kontrolle seiner Geschäfte der Firma A GmbH bedient hat, die über keine Abschlussvollmacht verfügte und auch keine Order an Banken für den Kläger übermittelt hat.

54

Das Betreiben von Devisentermingeschäften stellte auch nicht – wie bei einem Finanzunternehmen – die Haupttätigkeit des im X-Sport maßgeblich engagierten Klägers dar. Insoweit entsprechen Privatanleger, die ihre An- und Verkaufstätigkeit neben einer Hauptbeschäftigung und außerhalb der üblichen Arbeitszeiten in ihrer Freizeit ausüben, nicht dem Bild des Finanz-„Unternehmens“.

55

Auch das Tätigwerden ausschließlich für eigene Rechnung deutet darauf hin, dass der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung im Streitfall nicht überschritten wurde. Der Kläger hat seine Devisentermingeschäfte im eigenen Namen auf eigene Rechnung und nicht für fremde Dritte im fremden Namen betrieben. Er hat dabei alle Order telefonisch vorgenommen.

56

Auch ein hoher Fremdfinanzierungsgrad ist im Streitfall ohne Bedeutung. Denn angesichts der veränderten Gewohnheiten von Privatanlegern prägt heute selbst eine Fremdfinanzierung in nennenswertem Umfang Wertpapiergeschäfte nicht mehr als gewerblich (vgl. dazu im Allgemeinen BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408). Der Umfang der vom Kläger entwickelten Aktivitäten mit über 200 Transaktionen ist im Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung nicht ungewöhnlich. Auf die Zahl und auf den Umfang der einzelnen Transaktionen kommt es nicht entscheidend an. Ohnehin führt die zunehmende Größe der Privatvermögen dazu, dass sich gleichermaßen die Anzahl der vermögensverwaltenden Rechtsakte erhöht (vgl. dazu im Allgemeinen BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408).

57

Auch die Absicht der Erzielung von Kursgewinnen zwischen den getauschten Währungen innerhalb eines kurzen Zeitraums führt nicht zur Annahme einer gewerblichen Betätigung. Dieses Element ist jedem spekulativen Geschäft eigen, das sich auch im privaten Bereich vollziehen kann. Auch hat der Kläger nicht – wie ein Finanzunternehmen – unmittelbar mit anderen Marktteilnehmern Handel getrieben. Er hat seine Kauf- und Verkaufsaufträge vielmehr lediglich an seine Banken erteilt. Das Bild des Gewerbebetriebs kann im Streitfall auch nicht dadurch hergestellt werden, dass der Kläger den An- und Verkauf von drei verschiedenen Banken durchführen ließ. Denn durch ein solches Verhalten wird er noch nicht zum unmittelbaren Marktteilnehmer. Die Bank wird von der Verkehrsanschauung ebenso wenig als Kunde des Anlegers angesehen wie die anonym bleibenden Kontrahenten (vgl. dazu im Allgemeinen BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408). In Ermangelung eigener Fachkenntnisse war der Kläger auf die Einschaltung dieser Banken im selben Umfang angewiesen, wie dies bei derartigen Geschäften im privaten Bereich der Fall ist (vgl. dazu im Allgemeinen BFH-Urteil vom 19. Februar 1997 XI R 1/96, BStBl II 1997, 399). Der Kläger hat gerade nicht wie ein Finanzunternehmen den Handel mit institutionellen Partnern betrieben, sondern lediglich über Depotbanken am Marktgeschehen teilgenommen (vgl. dazu auch im Allgemeinen BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BStBl II 2004, 408) und damit insgesamt kein bankenähnliches Verhalten an den Tag gelegt.

58

b. Es liegen im Streitfall auch keine Einkünfte aus Kapitalvermögen, insbesondere Termingeschäfte im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG vor.

59

aa. Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehört nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG der Gewinn und der Verlust bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Termingeschäfte sind in § 20 Abs. 2 EStG nicht definiert. Der Begriff des Termingeschäftes ist im Grundsatz nach den wertpapier- bzw. bankrechtlichen Maßgaben zu bestimmen, wobei allerdings aufsichtsrechtliche Gesichtspunkte außer Betracht bleiben (BFH-Urteil vom 21. Februar 2018 I R 60/16, BStBl II 2018, 637). Der Begriff des Termingeschäftes folgt deshalb den Regelungen des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) (BFH-Urteil vom 24. Oktober 2017 VIII R 35/15, BStBl II 2018, 189). Nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b WpHG ist ein Termingeschäft ein als Kauf, Tausch oder anderweitig ausgestaltetes Fest- oder Optionsgeschäft, das zeitlich verzögert zu erfüllen ist und dessen Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswerts – u.a. Devisen – ableitet. Deshalb können Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte unter den Begriff fallen (BFH-Urteil vom 24. Oktober 2017 VIII R 35/15, BStBl II 2018, 189). Kennzeichnend für dieses Finanzinstrument ist folglich, dass die Abnahme und Lieferung der Ware, der Devisen oder des Wertpapiers

bzw. die Vertragserfüllung erst zu einem späteren Zeitpunkt nach Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts, aber zu einem am Tag des Vertragsabschlusses festgelegten Kurs erfolgt (Tormöhlen in: Braun/Günther, Steuer-ABC online, 96. Lieferung, 10/2023, Termingeschäft). Termingeschäfte sind 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 (BFH-Urteil vom 21. Februar 2018 I R 60/16, BStBl II 2018, 637). Sie sind nach wertpapier- bzw. bankrechtlichen Maßgaben vom sog. Kassageschäft abzugrenzen, bei dem der Leistungsaustausch (Belieferung Zug um Zug gegen Bezahlung) sofort oder innerhalb der für diese Geschäfte üblichen Frist von zwei (Bankarbeits- oder Börsen-)Tagen zu vollziehen ist („sofortige Erfüllung“) (BFH-Urteil vom 21. Februar 2018 I R 60/16, BStBl II 2018, 637). Eine Beziehung zu einem Terminmarkt bedeutet die unmittelbare bzw. mittelbare Abhängigkeit von einem Börsen- bzw. Marktpreis, Kursen, Zinssätzen oder anderen Erträgen, der es ermöglicht, jederzeit ein Gegengeschäft abzuschließen (Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen – BMF – vom 19. Mai 2022, IV C 1-S 2252/19/10003:009, FMNR202201137, Rz. 9).

60

Entsprechend seinem Wortlaut erfasst § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG Termingeschäfte, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich erlangt. Maßgeblich ist insoweit die Zweckbestimmung des Termingeschäfts, die von dem anhand objektiver Umstände nachvollziehbaren Willen der Vertragsbeteiligten abhängt. Sie sind nach dem Willen der Vertragsparteien ausschließlich auf die Erzielung eines Differenzausgleichs gerichtet, wenn beide Geschäfte derart miteinander verknüpft sind, dass der auf die Realisierung einer positiven oder negativen Differenz aus Eröffnungs- und Gegengeschäft gerichtete Wille der Vertragsbeteiligten erkennbar ist. Es genügt nicht, dass dem Eröffnungsgeschäft tatsächlich ein Gegengeschäft lediglich nachfolgt, das dessen Erfüllung dient. Ein auf Differenzausgleich gerichtetes Devisentermingeschäft liegt nur vor, wenn die Vertragsbeteiligten ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, dass keine effektive Lieferung, sondern ein Differenzausgleich erfolgen soll (BFH-Urteil vom 24. Oktober 2017 VIII R 35/15, BStBl II 2018, 189). Erfasst sind Termingeschäfte, die auf die Erzielung eines Differenzausgleichs gerichtet sind, nicht aber Termingeschäfte, die auf die tatsächliche („physische“) Lieferung des Basiswertes am Ende der Laufzeit gerichtet sind (BFH-Urteil vom 24. Oktober 2017 VIII R 35/15, BStBl II 2018, 189).

61

bb. Bei Zugrundelegung der vorgenannten Grundsätze liegen zwar Devisentermingeschäfte mit jeweils einem Eröffnungsgeschäft und einem Gegengeschäft vor. Der Kläger handelte auch im Rahmen der privaten Verwaltung seines Vermögens. Die vorliegenden Devisentermingeschäfte fallen aber nicht unter die Vorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG. Denn es genügt im Rahmen des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG nicht, dass dem Eröffnungsgeschäft tatsächlich ein Gegengeschäft lediglich nachfolgt, das dessen Erfüllung dient. Nach dem Willen der Vertragsparteien müssen das Eröffnungsgeschäft und das Gegengeschäft vielmehr ausschließlich auf die Erzielung eines Differenzausgleichs gerichtet sein. Dies ist der Fall, wenn beide Geschäfte derart miteinander verknüpft sind, dass der auf die Realisierung einer positiven oder negativen Differenz aus Eröffnungs- und Gegengeschäft gerichtete Wille der Vertragsbeteiligten erkennbar ist.

62

Ein solcher Wille ist im vorliegenden Streitfall aber nicht erkennbar. Nach der in einem anderen finanzgerichtlichen Verfahren des Klägers wegen Einkommensteuer 2009 und 2010 (Aktenzeichen: 11 K 3373/16) getätigten und vom FA zu seinem Schriftsatz vom 24. Januar 2025 in diesem Verfahren als Anlage vorgelegten Zeugenaussage des Herrn YX, dem Geschäftsführer der Firma A GmbH, wurde bei Abschluss eines Eröffnungsgeschäftes nicht vereinbart noch war ersichtlich, welche Entscheidung der Kläger während der Laufzeit bzw. am Handelstag der Fälligkeit hinsichtlich der Erfüllung treffen würde. Der Kläger war nach dessen Aussage während der Laufzeit des Eröffnungsgeschäftes jederzeit frei, wann und wie er dieses bei Fälligkeit erfüllen wollte. Zudem kam es nach dessen Aussage bei der Abwicklung des Eröffnungsgeschäftes und des Erfüllungsgeschäftes am Handelstag der Fälligkeit vertragskonform immer zu einer Lieferung der Kapitalbeträge auf den Währungskonten des Klägers.

63

Der Kläger war nach Abschluss des Eröffnungsgeschäftes während der gesamten Laufzeit und auch bei der Lieferung der jeweiligen Währungen völlig frei in seiner Entscheidung, wie er die zu liefernden Währungen erfüllen oder verwenden will. Er konnte frei darüber entscheiden, ob und wann er ein Gegengeschäft abschließt. Es lag in seiner freien Entscheidung, die Währungsbeträge über ein Gegengeschäft während der Laufzeit anzuschaffen oder diese über eine Kreditinanspruchnahme zu finanzieren oder sie als freie Guthabenposition zu verwenden. Es gab keinen Closingvermerk bei den Gegengeschäften. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den vorgelegten Bedingungen für die Vermittlung von Termin- und Optionsgeschäften mit einem Kreditinstitut und dem vorgelegten Rahmenkreditvertrag (Schreiben des Klägervertreters vom 6. Dezember 2021, Anlage K 8). Auch die beiden Beteiligten gehen übereinstimmend im vorliegenden Streitfall davon aus, dass im Streitjahr keine Termingeschäfte im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG gegeben sind (vgl. Schreiben des Klägervertreters vom 6. Dezember 2021, Seite 5; Einspruchsentscheidung des Beklagten, Seite 21 und 22).

64

c. Die streitigen Devisentermingeschäfte waren im Streitjahr nicht im Sinne des § 22 Nr. 2 EStG i.V.m § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG steuerbar.

65

aa. Danach sind private Veräußerungsgeschäfte solche Veräußerungsgeschäfte bei anderen (als in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG genannten) Wirtschaftsgütern, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt.

66

Das veräußerte Wirtschaftsgut muss mit dem erworbenen zumindest wirtschaftlich identisch sein. Zu den Wirtschaftsgütern, die Gegenstand eines Spekulationsgeschäfts sein können, zählen auch Valuten in fremder Währung. Unterhält der Steuerpflichtige ein Fremdwährungskonto, so bildet das Fremdwährungsguthaben ein selbstständiges Wirtschaftsgut, das Gegenstand eines Spekulationsgeschäfts sein kann. Fremdwährungsbeträge werden beispielsweise i.S. von § 23 EStG angeschafft, wenn sie gegen Umtausch von Euro erworben werden. Sie werden veräußert im Sinne dieser Vorschrift, wenn sie in Euro rückgetauscht oder in eine andere Fremdwährung umgetauscht werden. Wird zu Lasten eines Kontos, das Geldbestände in Euro ausweist, ein Guthaben auf einem Fremdwährungskonto gebildet, so wird eine Forderung in Euro aufgegeben, um eine Forderung in Fremdwährung zu erwerben. Dies bedeutet eine Anschaffung des Fremdwährungsguthabens. Wird später das Guthaben auf dem Fremdwährungskonto gegen entsprechende Bestände auf einem in Euro lautenden Konto getauscht, handelt es sich um eine Veräußerung des Fremdwährungsguthabens (BFH-Urteile vom 2. Mai 2000 IX R 73/98, BStBl II 2000, 614, BStBl II 2018, 189 und vom 21. Januar 2014 IX R 11/13, BStBl II 2014, 385). Nur die Wertsteigerung im Privatvermögen in Form des erzielten Kursgewinns ist jedoch gemäß § 23 EStG steuerbar bei Rücktausch der ausländischen Währung (BFH-Urteil vom 2. Mai 2000 IX R 73/98, BStBl II 2000, 614).

67

Der Regelung des § 22 Nr. 2 EStG i.V.m § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG unterfallen in ihrer im Streitjahr geltenden Fassung nur private Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Anschaffung des entsprechenden Wirtschaftsgutes vor dessen Veräußerung erfolgt. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Gesetzeswortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, der ausdrücklich auf den Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung abstellt, sondern auch aus der Gesetzeshistorie des § 23 Abs. 1 EStG. Der bis zur Einführung der Abgeltungsteuer durch das Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 vom 14. August 2007 (BGBl I 2007, 1912) geltende § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG a.F., nach dem private Veräußerungsgeschäfte auch solche waren, bei denen die Veräußerung der Wirtschaftsgüter vor dem Erwerb erfolgt, ist mit der Einführung der Abgeltungsteuer entfallen. Der Gesetzgeber sah derartige Geschäfte als von § 20 EStG erfasst an (vgl. BTDrucks 16/4841, S. 59). Dabei wurde übersehen, dass Fremdwährungsgeschäfte weiterhin der Besteuerung nach § 23 EStG und nicht der Vorschrift des § 20 EStG unterfallen (ebenso BFH-Urteil vom 30. November 2010 VIII R 58/07, BStBl II 2011, 491; BFH-Urteil vom 21. Januar 2014 IX R 11/13, BStBl II 2014, 385; BMF-Schreiben vom 18. Januar 2016 – IV C 1 – S 2252/08/10004:017, BStBl. I 2016, 85 Rz. 131). Um die Besteuerung sog. Leerverkäufe auch bei Fremdwährungsgeschäften sicherzustellen, hat der Gesetzgeber Nr. 3 wiedereingeführt. Dies erfolgte mit dem Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen vom 20. Dezember 2016 (BGBl I 2016, 3000). Darin wurde § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG erneut in das Gesetz aufgenommen (vgl. § 52 Abs. 31 Satz 3 EStG zum zeitlichen Anwendungsbereich), weil – so die

Begründung – Fremdwährungsgeschäfte, bei denen die Veräußerung früher erfolgt als der Erwerb (Leerverkäufe), derzeit steuerlich nicht erfasst seien (vgl. BT-Drucks 18/9956, S. 10). Mit der Wiederaufnahme der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG sollte eine Besteuerungslücke geschlossen werden (BFH-Urteil vom 24. Oktober 2017 VIII R 35/15, BStBl II 2018, 189).

68

In einem vom BFH entschiedenen Streitfall (Urteil vom 24. Oktober 2017 VIII R 35/15, BStBl II 2018, 189) wurden im Rahmen von Devisentermingeschäften jeweils zu einem in der Zukunft liegenden Stichtag für einen bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegten Betrag Devisen (im Streitfall des BFH: JPY) an ein Kreditinstitut veräußert. Die zum Ausgleich erforderlichen Devisen wurden erst später mit Wirkung zum Fälligkeitstag erworben. Zudem waren die Devisengeschäfte als Liefergeschäfte abgeschlossen und abgewickelt worden. Vom BFH wurde für diesen Fall entschieden, dass Fremdwährungsgeschäfte aufgrund der vorliegenden Regelungslücke nicht unter § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG fallen.

69

bb. Im vorliegenden Streitfall hat der Kläger Devisentermingeschäfte getätigt und dabei jeweils zu einem in der Zukunft liegenden Stichtag bzw. Termin für einen bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegten Betrag Wirtschaftsgüter in Form von Devisen an ein Kreditinstitut veräußert und nachfolgend angeschafft. Bei den gehandelten Devisen handelte es sich um CHF oder JPY und USD. Die vom Kläger im Streitjahr ge- 27 – 11 K 2041/21 tätigten, streitigen Devisentermingeschäfte sind aufgrund einer Regelungslücke steuerfrei. § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG greift nicht ein.

70

Aus den vorliegenden Bestätigungen der G Bank und der P Bank AG ergibt sich, dass der Kläger nach einem bestimmten Muster eine Strategie verfolgte. Nach seinem Vorbringen hatte dieser die Markterwartung, dass sich eine Fremdwährung (CHF oder JPY) über einen bestimmten Zeitraum abschwächen würde, wobei er gleichzeitig eine Stabilisierung des USD an den Finanzmärkten erwartete.

71

Die tatsächliche Lieferung der jeweiligen Währungen durch Verbuchung erfolgte entsprechend den abgeschlossenen Verpflichtungen am vereinbarten Stichtag. Der Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG wird im Streitfall nicht erfüllt. Die in § 23 EStG verwendeten Begriffe „Anschaffung“ und „Veräußerung“ erschließen sich aus den Bestimmungen des § 6 EStG, des § 255 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB) und der §§ 135, 136 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Unter Anschaffung bzw. Veräußerung i.S. des § 23 EStG ist danach der entgeltliche Erwerb und die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf eine andere Person zu verstehen. Nach dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des § 23 EStG sollen innerhalb der Veräußerungsfrist realisierte Wertänderungen eines bestimmten Wirtschaftsguts im Privatvermögen des Steuerpflichtigen der Einkommensteuer unterworfen werden, soweit sie auf der entgeltlichen „Anschaffung“ und der entgeltlichen „Veräußerung“ des nämlichen Wirtschaftsguts innerhalb der maßgeblichen Haltefrist beruhen (BFH-Urteil vom 14. Februar 2023 IX R 11/21, BStBl II 2023, 642; vgl. auch BFH-Urteil vom 30. November 2010 VIII R 58/07, BStBl II 2011, 491). Veräußerung ist die grundsätzlich willentliche, entgeltliche Übertragung des – auch wirtschaftlichen – Eigentums an einem zuvor angeschafften Wirtschaftsgut auf einen Dritten. Notwendig ist, dass es zu einem vorangegangenen entgeltlichen Erwerb gekommen ist (BFH-Urteil vom 30. November 2010 VIII R 58/07, BStBl II 2011, 491). Für die Berechnung des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung sind grundsätzlich die Zeitpunkte maßgebend, in denen die obligatorischen Verträge abgeschlossen wurden (BFH-Urteil vom 10. Februar 2015 IX R 23/13, BStBl II 2015, 487).

72

Da § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG eine Anschaffung vor der Veräußerung voraussetzt, im Streitfall aber eine Lieferung der jeweiligen Währungen am selben Stichtag erfolgte, scheidet eine Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG aufgrund der vorliegenden Regelungslücke aus, wenn auf das Verfügungsgeschäft abgestellt wird.

73

Weil es weiter für das Vorliegen eines Devisentermingeschäfts charakteristisch ist, dass die Verpflichtung der Vertragsparteien besteht, zwei vereinbarte Währungsbeträge zu einem zukünftigen Zeitpunkt zu einem vorher festgelegten Terminkurs auszutauschen und dabei ein vom Basiswert (Devisenkurs) abweichender Basispreis (Bezugspreis für eine Devise) vereinbart wird (Tormöhlen in: Braun/Günther, Steuer-ABC online,

96. Lieferung, 10/2023, Termingeschäft), ist es für die Frage, ob im Streitfall eine Regelungslücke vorliegt, ohne Bedeutung, ob zwei vereinbarte Währungsbeträge, nämlich JPY oder CHF und USD, oder wie im Streitfall des BFH JPY gegen eine andere Währung – im vom BFH entschiedenen Fall Euro – zu einem zukünftigen Zeitpunkt zu einem vorher festgelegten Terminkurs ausgetauscht werden.

74

Der Senat geht davon aus, dass das wirtschaftliche Ergebnis im Streitfall in der Weise zu erfassen ist, dass eine Währung – im Streitfall im Wesentlichen USD – als „Abwicklungswährung“ eingestuft wird, aus der kein steuerliches Ergebnis zu ermitteln ist. Weiter geht der Senat davon aus, dass die andere Währung – im Streitfall im Wesentlichen CHF oder JPY –, in der der wirtschaftliche Erfolg erzielt wird, ausschlaggebend für die Ermittlung des steuerlichen Ergebnisses ist.

75

Auch im Streitfall liegt deshalb bei allen streitgegenständlichen Devisentermingeschäften eine Regelungslücke vor. Dies auch deshalb, weil die jeweiligen Ankaufs- und Verkaufsvorgänge als Tauschverträge anzusehen sind und auch in den Fällen, in denen die Banken bei den getätigten Devisentermingeschäften zunächst den Kauf von USD und den Verkauf von CHF oder JPY und nachfolgend den Verkauf von USD und den Kauf von CHF oder JPY bestätigt haben, wegen des Tauschcharakters der jeweiligen Geschäfte der zunächst erfolgte Verkauf von CHF oder JPY und der nachfolgende Kauf von CHF oder JPY auch dann als maßgebliche Geschäfte, in denen das wirtschaftliche Ergebnis erzielt wird, anzusehen sind, wenn auch für den Begriff der Anschaffung auf das obligatorische Rechtsgeschäft abgestellt wird. Die vorliegende Regelungslücke führt dann letzten Endes dazu, dass Devisentermingeschäfte, bei denen zwei vereinbarte Währungsbeträge zu einem zukünftigen Zeitpunkt zu einem vorher festgelegten Terminkurs ausgetauscht werden, während des Bestehens der Regelungslücke nicht steuerbar sind, wenn zu unterschiedlichen Zeitpunkten Währungsbeträge zu einem bestimmten Stichtag gekauft und verkauft werden.

76

Nach Ansicht des Senats scheidet auch eine Aufspaltung des Eröffnungstauschgeschäftes und des Gegen-Tauschgeschäftes – wie sie das FA vornehmen will – in zwei Rechtsvorgänge bzw. in einen nicht steuerbaren Leerverkauf von CHF und JPY einerseits und ein steuerbares privates Veräußerungsgeschäft hinsichtlich des USD an- 29 – 11 K 2041/21 dererseits aus, da es sich bei den vorliegenden Tauschgeschäften jeweils um einheitliche, nicht aufspaltbare Vorgänge handelt. Eine solche Aufspaltung (Leerverkauf hinsichtlich JPY und steuerbares privates Veräußerungsgeschäft hinsichtlich Euro) hat im Übrigen auch der BFH in dem von ihm entschiedenen Streitfall (Urteil vom 24. Oktober 2017 VIII R 35/15, BStBl II 2018, 189) nicht vorgenommen.

77

Wäre der Tauschvorgang in zwei Rechtsvorgänge aufzuspalten, müsste dies zudem auch für die Zeit nach der Wiedereinführung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG gelten. Dann käme es aber bei Devisentermingeschäften nach Geltung der Neuregung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG bei einer Aufspaltung des einheitlichen Tauschvorgangs (Anschaffung und Veräußerung zum Kurswert gegenüber einer anderen Währung) in zwei Rechtsvorgänge (Anschaffung und Veräußerung einer Währung und Anschaffung und Veräußerung der getauschten Währung) zu einer doppelten steuerlichen Auswirkung des einheitlichen Tauschvorgangs. Dies ist ein Grund dafür, dass eine Aufspaltung des einheitlichen Tauschvorgangs bei Währungen in zwei Rechtsvorgänge nicht sachgerecht ist und spricht weiter dafür, dass eine solche Aufspaltung auch während des Bestehens der Regelungslücke im Streitjahr 2012 folgerichtig nicht vorgenommen werden darf. Die streitigen Devisentermingeschäfte sind insgesamt nicht nach § 22 Nr. 2 EStG i.V.m § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG steuerbar.

78

Aus diesem Grund musste der Senat nicht über den Abzug von Werbungskosten entscheiden. Über die vom FA bereits anerkannten Werbungskosten in Form von Steuerberatungs- und sonstigen Beratungskosten von xx....,xx € hinaus wären auch keine weiteren Werbungskosten in Abzug zu bringen. Dass über die bereits anerkannten Aufwendungen aus den Rechnungen der Kanzlei A und der Kanzlei N hinaus die nunmehr für das Streitjahr geltend gemachten Aufwendungen mit den Veräußerungserlösen aus Devisentermingeschäften des Streitjahres in einem ursächlichen Zusammenhang stehen, haben die Kläger

nicht nachgewiesen. Das gilt auch für Aufwendungen, die offensichtlich auch im Zusammenhang mit Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäften in anderen Veranlagungszeiträumen stehen.

79

cc. Der Umtausch des wirtschaftlichen Ergebnisses der Devisentermingeschäfte in Euro führt ebenfalls zu keinem steuerbaren Ergebnis. Auch insoweit liegt kein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 EStG vor.

80

Im Streitfall liegt zum einen kein Erwerb bzw. keine Anschaffung von JPY oder CHF gegen Euro, sondern gegen eine andere Fremdwährung, im Wesentlichen den USD, vor. Im Wesentlichen wurde nachfolgend der Gewinn aus Devisentermingeschäften in CHF oder JPY jeweils auf Termin in Euro umgetauscht. Durch den Umtausch von Fremdwährungsbeträgen in Euro wurden Währungsbeträge in Euro angeschafft. Die Währungsbeträge in Euro werden veräußert, wenn sie in eine Fremdwährung umgetauscht werden. Nur die Wertsteigerung im Privatvermögen in Form des erzielten Kursgewinns wäre gemäß § 23 EStG bei Rücktausch steuerbar. Im Streitfall ist jedoch keine Wertsteigerung in Form eines Kursgewinns beim Euro ersichtlich, die bei Umtausch des sich im Wesentlichen in CHF oder JPY ergebenden wirtschaftlichen Ergebnisses der Devisentermingeschäfte in Euro realisiert worden wäre. Eine Besteuerung des Umtausches dieses Ergebnisses in Euro – so wie sie das FA vertritt – würde zur nochmaligen Auswertung eines nicht steuerbaren Leergeschäftes führen und gegen den Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verstoßen.

81

dd. Nach dem § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen vom 20. Dezember 2016 wären Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Veräußerung der Wirtschaftsgüter früher erfolgt als der Erwerb, zwar steuerpflichtig. Die Vorschrift kommt jedoch im Streitjahr 2012 nicht zur Anwendung. Denn nach § 52 Abs. 31 Satz 3 EStG ist die Vorschrift erstmals auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 23. Dezember 2016 rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrag oder gleichstehenden Rechtsakt beruht. Dass solche vorliegen, ist im Streitfall nicht ersichtlich.

82

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

83

3. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 151 Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 1, Abs. 3 FGO, §§ 708 Nr. 10, 711 der Zivilprozessordnung (ZPO).

84

4. Die Revision wird nach § 115 Abs. 2 FGO zugelassen.