Urteil vom 20. August 2013, IX R 38/11

Zum Ansatz der Marktrendite - Keine Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung - Verhältnis von Hauptantrag und Hilfsantrag im Klageverfahren

BFH IX. Senat

EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 4, EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 4 S 2, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 2, EStG § 23 Abs 3, EStG VZ 2006 , EStG § 9 Abs 1 S 1, AO § 42, FGO § 65 Abs 1

vorgehend FG München, 28. September 2011, Az: 5 K 1050/08

Leitsätze

1. Die Marktrendite gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 1. Halbsatz EStG a.F. ist nicht anzusetzen, wenn der sicher zugesagte Zinsertrag einer Inhaberschuldverschreibung zweifelsfrei von der ungewissen Höhe des Rückzahlungsbetrags getrennt werden kann .

2. Kosten des Erwerbs einer Kaufoption (Call) führen zu Werbungskosten beim Verkauf der durch Ausübung des Calls erworbenen Inhaberschuldverschreibung i.S. von § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG .

Tatbestand

I.

1 Die Kläger, Revisionsbeklagten und Anschlussrevisionskläger (Kläger) sind zusammen veranlagte Ehegatten. Abweichend von der Einkommensteuererklärung für 2006 (Streitjahr) erkannte der Beklagte, Revisionskläger und Anschlussrevisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) einen von den Klägern geltend gemachten Verlust nicht an, der durch die Ausübung von Kaufoptionen (Calls) auf den Erwerb von Inhaberschuldverschreibungen (ISV) und die Veräußerung der ISV entstanden war.

2 Am 20. Dezember 2005 beauftragte der Kläger im Rahmen eines einheitlichen schriftlichen Auftrags die Bank AG, für ihn über den freien Kapitalmarkt 244 Calls "für DAX Seitwärtsstrategie" zu kaufen, und zwar 122 Calls der Bank Luxembourg S.A. (Call I) sowie 122 Calls der Sonata Securities S.A. (Call II), mit dem Vermerk: "Die Summe der Kaufpreise für ein Paar Optionsscheine darf 452.500 € nicht überschreiten." Bedingung für den Auftrag war, dass die Bank AG dem Kläger ein Darlehen zur Finanzierung des Kaufpreises gewährte. Am 21. Dezember 2005 wurde ein entsprechender Darlehensvertrag geschlossen (Darlehensbetrag 52.711.279,74 €; Zinssatz 3,31 % p.a., fest bis zum 27. Dezember 2006). Ebenfalls am 21. Dezember 2005 (Schlusstag) führte die Bank AG den Auftrag aus (Valuta 23. Dezember 2005).

3 Der Kläger erwarb 122 Calls I zu einem Kaufpreis in Höhe von insgesamt 28.650.846 € (gegenüber einem Erst-Emissionspreis von 227.500 €). Die Calls I waren ausschließlich auf effektive Lieferung gerichtet, hatten eine Laufzeit bis zum 27. Dezember 2006 und verfielen bei Nichtausübung wertlos am Ende ihrer Laufzeit. Die Calls I konnten zweimal monatlich ausgeübt werden und berechtigten den Kläger gegen Zahlung eines Basispreises von 30.000 €, eine von der Bank AG begebene Inhaberschuldverschreibung ("ISV I") zu erwerben. Der Nennbetrag der ISV I betrug 250.000 €. Sie hatte eine Laufzeit vom 14. Dezember 2005 bis zum 23. März 2007 und war mit 1 % p.a. verzinst. Der Rückzahlungsbetrag hing von der Wertentwicklung des DAX im Zeitraum vom 14. Dezember 2005 (5 310 Punkte) bis zum 8. Dezember 2006 ("Beobachtungszeitraum") ab.

4 - Bewegte sich der DAX innerhalb des Beobachtungszeitraums zwischen 4 726 Punkten und 5 894 Punkten (+/ 11 % vom Ausgangswert), wurde ISV I bei Fälligkeit zu 277.500 € (111 % des Nennbetrages) zurückgezahlt ("Szenario 1").

- Fiel der DAX während des Beobachtungszeitraums auf oder unter die untere Barriere von 4 726 Punkten, betrug der Rückzahlungsbetrag 37.500 € (15 % des Nennbetrages; "Szenario 2").

- Erreichte oder überschritt der DAX während des Beobachtungszeitraums die obere Barriere von 5 894 Punkten, betrug der Rückzahlungsbetrag 450.000 € (180 % des Nennbetrags; "Szenario 3").

5 Zur (teilweisen) Absicherung der Verlustrisiken, die im Szenario 2 drohten, hat der Kläger 122 Calls II zu einem Kaufpreis von insgesamt 27.128.286 € (222.363 € pro Stück) erworben. Diese waren bei ansonsten identischer Ausgestaltung auf den Erwerb einer weiteren von der Bank AG begebenen Inhaberschuldverschreibung ("ISV II") gerichtet, deren Auszahlungsprofil dem der ISV I spiegelbildlich entsprach. Die Auszahlung in Szenario 1 war identisch, in Szenario 2 erhielt der Investor 180 % des Nennbetrages, in Szenario 3 15 %.

6 Durch den Erwerb des Optionsscheinpaares hatten die Kläger die Möglichkeit, im Fall der erwarteten Seitwärtsbewegung eine Rendite von rd. 8,5 % zu erzielen und im Fall des Nichteintritts der allgemeinen Markterwartung ihr Risiko auf rd. 4,5 % (Verlust von 23.331 € bei einer Investition von 517.206 €, einer Rückzahlung von 487.500 € und einer Zinszahlung von 6.375 € pro Optionsscheinpaar) zu reduzieren.

7 In der Folgezeit stieg der Wert der Calls I und fiel der Wert der gegenläufig angelegten Calls II. Damit verloren die den Calls II zugrundeliegenden ISV II 85 % ihres Wertes (Rückzahlungsbetrag 37.500 €), während die den Calls I zugrundeliegenden ISV I nunmehr einen Wert von 180 % ihres Nennwertes (Rückzahlungsbetrag 450.000 €) aufwiesen.

8 Den Calls II drohte bei Ende der Laufzeit ein Totalverlust, der Rückzahlungsbetrag der ISV II war mit 37.500 € (zuzüglich 3.187,50 € fester Verzinsung) rd. 35 % höher als der zu zahlende Basispreis von 30.000 €. Der Kläger übte im Mai 2006 die Calls II aus und bezog gegen Zahlung des in den Emissionsbedingungen festgelegten Basispreises (insgesamt 3.660.000 €) die ISV II. Im Juli 2006 (Schlusstag) veräußerte der Kläger die ISV II zu einem Gesamtpreis in Höhe von 4.827.317 €. Der ca. acht Monate später fällige Rückzahlungsbetrag der ISV II betrug inklusive Verzinsung 4.963.875 €. Der Kaufpreis weist damit einen Abschlag zum Rückzahlungsbetrag von 2,75 % (= 4,2 % p.a.) auf. Optionsausübung und Veräußerung führten nach den Berechnungen des Klägers zu einem Verlust in Höhe von 25.960.136 € (Kaufpreis für die Calls II in Höhe von 27.128.286 €, zuzüglich Basispreis für den Erwerb der ISV II in Höhe von 3.660.000 €, abzüglich des Veräußerungserlöses in Höhe von 4.827.317 €), den die Kläger im Rahmen ihrer Einkommensteuererklärung für 2006 als negative Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 des Einkommensteuergesetzes (EStG) i.V.m. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG ohne Erfolg geltend machten.

9 Eine Ausübung der Calls I erfolgte nicht. Vielmehr veräußerte der Kläger die Calls I im Dezember 2006 (Schlusstag; Valuta 27. Dezember 2006) für insgesamt 50.973.064 € (Abschlag auf den Rückzahlungsbetrag 1,27 % --= 5,39 % p.a.--). Die Kläger erfassten diesen Betrag in der Einkommensteuererklärung nicht, und zwar mit der Begründung, die Veräußerung sei außerhalb der Jahresfrist gemäß § 23 EStG in der im Streitjahr geltenden Fassung erfolgt. Die infolge des Erwerbs der Calls I angefallenen Zinsaufwendungen machten die Kläger dagegen ebenso als Werbungskosten geltend wie die infolge des Erwerbs der Calls II und ISV II angefallenen Zinsaufwendungen. Die Zinsaufwendungen erkannte das FA als Werbungskosten an.

10 Mit der Sprungklage, der das FA zugestimmt hat, verfolgten die Kläger ihr Anliegen weiter und beantragten, den streitigen Verlust in Höhe von 25.903.176 € anzuerkennen und den verbleibenden Verlustvortrag gemäß § 10d Abs. 4 EStG zum 31. Dezember 2006 mit 14.237.399 € festzustellen,
hilfsweise, unter Änderung des Verlustfeststellungsbescheids den streitigen Verlust in Höhe von 25.903.176 € bei dem verbleibenden Verlustvortrag gemäß § 10d Abs. 4 EStG für die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften des Ehemanns zu berücksichtigen.

11 Das Finanzgericht (FG) lehnte mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 325 veröffentlichten Urteil den Hauptantrag ab. Die Voraussetzungen der Gesamtplanrechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) seien nicht erfüllt und daher eine Einzelbetrachtung durchzuführen. Im Hinblick auf die Veräußerung der ISV II fehle es an der Einkünfteerzielungsabsicht im Hinblick auf § 20 EStG des Klägers. Der Hilfsantrag hatte hingegen Erfolg. Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG seien erfüllt; die ISV II seien binnen Jahresfrist angeschafft und veräußert worden.

12 Hiergegen richtet sich die Revision des FA, mit der es die Verletzung materiellen Rechts (§§ 39, 41 und 42 der Abgabenordnung --AO-- i.V.m. § 23 EStG) rügt. Das FG verkenne, dass beide Calls (I und II) im Rahmen einer

Gesamtwürdigung insgesamt als ein einheitlicher Vorgang unter den entsprechenden Tatbestand des § 23 EStG subsumiert werden müssten. Der Verlust aus der Veräußerung der Calls II sei mit den Erlösen aus der Veräußerung der Calls I zu saldieren.

13 Das FA beantragt,
die Entscheidung des FG insoweit aufzuheben, als dem Hilfsantrag entsprochen und der Verlustvortrag nach § 10d Abs. 4 EStG für die privaten Veräußerungsgeschäfte des Ehemannes um 25.903.176 € erhöht wurde, sowie die Klage insgesamt abzuweisen.

14 Die Kläger beantragen,
die Revision zurückzuweisen,
sowie im Wege der Anschlussrevision,
das Urteil des FG aufzuheben und
den Einkommensteuerbescheid 2006 dahin zu ändern, dass der streitige Verlust in Höhe von 25.903.176 € bei den Einkünften aus Kapitalvermögen vollständig zum Abzug zugelassen wird.

15 Wirtschaftlich betrachtet hätten die Kläger im Dezember 2005 in eine aus zwei getrennten Bestandteilen bestehende, auf den DAX bezogene Anlagestrategie investiert, mit der nach Angaben der Bank bei Eintritt der von ihr prognostizierten Analyseerwartungen eine Rendite von über 10 % verbunden sein sollte und die im Fall des Nichteintritts das Verlustrisiko minimierte. Zu Unrecht verneine das FG die Einkünfteerzielungsabsicht im Hinblick auf den Verkauf der ISV II. Diese in Zukunft gerichtete Prognoseentscheidung sei bei Finanzinnovationen kein taugliches Kriterium und daher entweder unberücksichtigt zu lassen oder unwiderleglich zu vermuten.

16 Entgegen der Ansicht des FA komme auch eine Saldierung des Verlustes "aus den Veräußerungen der Calls II mit den Erlösen aus dem gekoppelten Kompensationsgeschäft aus der Veräußerung der Calls I nicht in Betracht.

17 Das FA beantragt,
die Anschlussrevision zurückzuweisen.

18 Das Revisionsgericht habe ausschließlich die Entscheidung des FG über das Vorliegen eines Spekulationsgeschäftes und dessen Höhe zu beurteilen. Eine Überprüfung der Entscheidung über den Hauptantrag sei wegen der Grundsätze der Akzessorietät und der Konnexität der Anschlussrevision nicht möglich. Nach § 23 Abs. 3 Satz 8 und 9 EStG würden negative Einkünfte aus Spekulationsgeschäften in einem eigenständigen Verwaltungsakt festgestellt. Dessen Änderung werde in der angefochtenen Entscheidung durch das FG zugesprochen. Allein diese Teilentscheidung über den Streitgegenstand der ersten Instanz sei durch den Rechtsmittelantrag des FA zum Gegenstand des Revisionsverfahrens vor dem BFH geworden. Dies sei alleiniger Gegenstand des Revisionsverfahrens. Das FG habe es insoweit unterlassen, die objektive Klagenhäufung bezüglich von Haupt- und Hilfsantrag der Kläger ausführlich darzustellen. Somit komme es auf die Argumentation der Anschlussrevision nicht an, soweit diese sich auf den Ansatz negativer Einkünfte aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. c EStG 2006 beziehe. Dieser Teil der Entscheidung sei rechtskräftig.

19 Soweit das FG dem Hilfsantrag der Kläger entsprochen habe, sei § 23 Abs. 3 EStG verletzt. Es fehle an Feststellungen zur Ermittlung eines Veräußerungspreises und den Anschaffungskosten des Wirtschaftsgutes. Auch werde nicht klar dargestellt, welches Wirtschaftsgut bei Anwendung von § 23 EStG zu beurteilen sei (Call oder ISV).

Entscheidungsgründe

II.

20 Revision und Anschlussrevision sind unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).

21 1. Die Vorentscheidung ist aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben. Sie hat über den Einkommensteuerbescheid des Streitjahres vom 26. Januar 2009 und den Verlustfeststellungsbescheid vom 20. Februar 2008 entschieden. Danach hat das FA während des Revisionsverfahrens mit Bescheiden jeweils vom 16. Januar 2012 den Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr sowie den Verlustfeststellungsbescheid zum 31. Dezember 2006 in vorliegend nicht streitigen Punkten geändert. Damit liegen dem FG-Urteil nicht mehr

wirksame Bescheide zugrunde, mit der Folge, dass auch das FG-Urteil keinen Bestand haben kann (BFH-Urteil vom 26. Januar 2011 IX R 7/09, BFHE 232, 463, BStBl II 2011, 540, unter II.1., m.w.N.).

22 Der Senat entscheidet nach §§ 100, 121 FGO auf der Grundlage der bestehenbleibenden tatsächlichen Feststellungen des FG gleichwohl in der Sache. Im Ergebnis sind die vorliegend streitigen Punkte unverändert geblieben; der Senat sieht daher wegen Spruchreife der Sache von einer Zurückverweisung nach § 127 FGO ab (vgl. BFH-Urteil in BFHE 232, 463, BStBl II 2011, 540, unter II.1.).

23 2. Die Prüfung des Senats ist nicht auf den Hilfsantrag der Klage beschränkt. Streitgegenstand sind der Einkommensteuerbescheid 2006 und der Verlustfeststellungsbescheid zum 31. Dezember 2006. Haupt- wie Hilfsantrag beziehen sich auf beide. Der Hilfsantrag benennt lediglich eine andere Rechtsgrundlage für das Klagebegehren mit der --gegenüber dem Hauptantrag-- negativen Konsequenz einer eingeschränkten Verlustverrechnung. Haupt- wie Hilfsantrag stehen prozessual wie materiell-rechtlich in einem Eventualverhältnis und betreffen denselben Lebenssachverhalt. Anders als bei kumulativer Klagehäufung kommt eine Entscheidung über einen der Anträge unabhängig von anderen nicht in Betracht. Insoweit ist über den Hauptantrag nicht rechtskräftig entschieden, auch wenn sich die Revision nur gegen die Entscheidung des FG zum Hilfsantrag wendet.

24 3. Der streitige Verlust aus der Veräußerung der ISV II führt nicht zu negativen Einkünften aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG (Marktrendite).

25 Nach ständiger Rechtsprechung (vgl. zuletzt BFH-Urteil vom 7. Dezember 2010 VIII R 37/08, BFH/NV 2011, 776, m.w.N.) ist der Unterschied zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Veräußerung nur dann als negativer Kapitalertrag in Gestalt der Marktrendite anzusetzen, wenn die fraglichen Schuldverschreibungen nach der Art ihrer Gestaltung eine typische Verbindung von Kapitalnutzung und Ausschöpfung der Werthaltigkeit des Kapitals aufweisen, nicht aber wenn Kapitalnutzungsentgelt und Wertentwicklung des Kapitals rechnerisch eindeutig abgrenzbar und bestimmbar sind. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG 2001 auf Vertragsgestaltungen reagiert, die auf eine Kombination von Kapitalnutzung und Ausschöpfung der Werthaltigkeit des Kapitals gerichtet waren, um statt steuerpflichtiger Zinserträge steuerfreie private Veräußerungsgewinne zu erzielen. Er hat damit indes die grundsätzlich im System des Einkommensteuergesetzes hinsichtlich der Überschusseinkünfte angelegte Differenzierung zwischen Quellenausnutzung und Quellenverwertung nicht aufgegeben.

26 Bei den vorliegend zu beurteilenden ISV II geht es angesichts der festen Verzinsung in Höhe von 1 % nicht darum, Nutzungsentgelt und Kursentwicklung untrennbar zu verbinden, so dass auf die Marktrendite abzustellen wäre. Der streitige Veräußerungsverlust ist vielmehr ein negativer Erlös, bei dem feststeht, dass es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht um ein negatives Entgelt für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung handelt (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2011, 776, m.w.N.).

27 ISV II haben eine Emissionsrendite, d.h. eine vom Emittenten bei der Begebung einer Anleihe als von vornherein zugesagte Rendite, die bis zur Einlösung eines Papiers bzw. der Endfälligkeit einer Kapitalforderung mit Sicherheit mindestens erzielt werden kann. Inwieweit die zugesagte Mindestrendite dem Kapitalmarkt im Zeitpunkt der Emission entspricht, ist insoweit unerheblich. Vor diesem Hintergrund geht auch der Vortrag der Kläger in der Klageschrift, es sei nicht marktgerecht zu unterstellen, dass ein Kupon von 1 % p.a. die gesamte zugesagte Rendite eines Papiers sein solle, ins Leere.

28 Es kommt dann auch nicht darauf an, ob der Kläger hinsichtlich etwaiger Einkünfte aus Kapitalvermögen mit Einkünfteerzielungsabsicht gehandelt hat.

29 4. Zutreffend hat das FG einen Veräußerungsverlust i.S. von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG angenommen. Auch dessen Höhe ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

30 a) Die Voraussetzungen von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG liegen vor. Die ISV II wurden innerhalb der Jahresfrist angeschafft und veräußert. Die Einkünfteerzielungsabsicht ist nicht zu prüfen (vgl. die ständige Rechtsprechung, BFH-Urteil vom 25. August 2009 IX R 60/07, BFHE 226, 252, BStBl II 2009, 999).

31 b) Der Höhe nach bestimmt sich der Veräußerungsverlust gemäß § 23 Abs. 3 EStG als Unterschied zwischen Veräußerungspreis einerseits und den Anschaffungs- und Werbungskosten andererseits. Die Differenz zwischen den Anschaffungskosten für die Calls II von 27.128.286 € zuzüglich des Basispreises von 3.660.000 € einerseits und dem

Veräußerungspreis von 4.827.317 € andererseits beträgt 25.960.969 €. Geltend gemacht wurden lediglich 25.903.176 €. Insoweit ist das Urteil des FG im Hinblick auf § 96 Abs. 2 FGO nicht zu beanstanden.

32 Den Veräußerungspreis für die ISV II mindern die Aufwendungen für die Calls II. Zwar handelt es sich nicht um Aufwendungen, die geleistet wurden, um die ISV II zu erwerben (§ 255 Abs. 1 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs). Jedoch sind die Anschaffungskosten der Calls II durch die Veräußerung der ISV II (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG) veranlasst und damit als Werbungskosten absetzbar. Der Kläger erwarb die Calls II, um aus der Veräußerung der durch ihre Ausübung erlangten ISV II einen Gewinn zu erzielen. Seine Leistungsfähigkeit ist durch die aufgewandten Kosten für den Erwerb der Calls II gemindert (vgl. BFH-Urteil vom 26. September 2012 IX R 50/09, BFHE 239, 95, BFH/NV 2012, 2080).

33 c) Zutreffend hat das FG auch den Veräußerungsverlust hinsichtlich der ISV II nicht durch den Gewinn aus dem --außerhalb der Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG erfolgten und damit nicht steuerbaren-- Verkauf der Calls I saldiert. Eine Zusammenfassung der Veräußerung der ISV II und der Calls I ist auch mit Blick auf § 42 AO nicht geboten. Es handelt sich insoweit nicht um Teilschritte eines von vornherein als Einheit gedachten und nur als Einheit wirtschaftlich sinnvollen Sachverhalts.

34 Eine wirtschaftliche Zusammenschau könnte allenfalls im Hinblick auf die Calls I und Calls II in Betracht kommen. Aber auch insoweit reicht die bloße Motivation einer Schadensbegrenzung aus nicht beeinflussbaren Indexentwicklungen nicht für die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung. Zudem steht der vom FA intendierten Saldierung die Nichtsteuerbarkeit der Veräußerung der Calls I entgegen.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de