Urteil vom 03. Juni 2025, VIII R 9/22

Voraussetzungen von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG

ECLI:DE:BFH:2025:U.030625.VIIIR9.22.0

BFH VIII. Senat

EStG § 20 Abs 1 Nr 7, EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 7, EStG § 20 Abs 2 S 2, EStG § 20 Abs 4a S 3, EStG VZ 2015

vorgehend FG Nürnberg, 30. März 2022, Az: 3 K 1470/19

Leitsätze

§ 20 Abs. 4a Satz 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) erfasst Fälle nicht, in denen weder der Emittent noch der Inhaber nach den Anleihebedingungen das Recht haben, anstelle der Rückzahlung der Anleihe in Geld einseitig Wertpapiere andienen oder die Lieferung von Wertpapieren verlangen zu können.

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Finanzgerichts Nürnberg vom 30.03.2022 - 3 K 1470/19 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des gesamten Verfahrens haben die Kläger zu tragen.

Tatbestand

I.

1 Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) werden im Jahr 2015 (Streitjahr) zur Einkommensteuer zusammen veranlagt. Streitig ist, ob der Kläger aus einem strukturierten Kapitalanlagegeschäft unbeschränkt ausgleichsfähige Verluste erzielt hat.

2 Am 08.12.2015 erwarb der Kläger 232 342 Teilschuldverschreibungen einer Indexanleihe für insgesamt 30.008.978,04 €. Nach den Emissionsbedingungen waren die Wertpapiere mit 15,74 % pro anno zu verzinsen. Über die Laufzeit ergaben sich Zinsen in Höhe von 245.802,73 €. Am Rückzahlungstermin hatte der Emittent nach den Anleihebedingungen und abhängig von der Entwicklung der Referenzwerte entweder nur Geld zu zahlen oder Wertpapiere zu liefern und Geld zu zahlen.

3 § 3 Abs. 2 der Emissionsbedingungen lautet auszugsweise:
"a) ...
b) ...
c) Sofern der Referenzpreis des Basiswerts den Basispreis unterschreitet und auf bzw. über 85,00% des Basispreises liegt, entspricht der wirtschaftliche Gegenwert der Rückzahlung dem mit dem Bezugsverhältnis multiplizierten Referenzpreis des Basiswerts, wobei 1,00 Indexpunkt EUR 1,00 entspricht. Die Rückzahlung erfolgt in diesem Fall durch Übertragung des Liefergegenstandes sowie Zahlung einer Gegenleistung in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags (der 'Rückzahlungsbetrag'). Der Rückzahlungsbetrag im Sinne dieses Absatzes entspricht der Differenz aus (i) dem Nennbetrag und (ii) dem mit dem Bezugsverhältnis multiplizierten von der Relevanten Referenzstelle am Bewertungstag festgestellten Schlusskurs des TecDAX®, wobei 1,00 Indexpunkt EUR 1,00 entspricht."

4 Als Liefergegenstand war je Teilschuldverschreibung ein Open End-Partizipationszertifikat auf den TecDAX vereinbart. Der Basiswert betrug 12 912 Indexpunkte. Der Referenzpreis sollte nach § 3 Abs. 3 der

Emissionsbedingungen am 18.12.2015 festgestellt werden. Am 18.12.2015 ergab sich nach den maßgeblichen Ständen von DAX und TecDAX ein Referenzpreis von 12 407,96 Indexpunkten. Dieser betrug weniger als 100 %, aber mehr als 85 % des Basispreises von 12 912 Indexpunkten. Dementsprechend erhielt der Kläger bei Fälligkeit (am 28.12.2015) je Teilschuldverschreibung ein Open End-Partizipationszertifikat auf den TecDAX zum Kurswert von 18,0832 € und eine Geldzahlung in Höhe von insgesamt 24.627.415,61 €.

5 Der Kläger war Alleingesellschafter der B GmbH (im Folgenden: GmbH). Mit Vertrag vom 29.12.2015 veräußerte er alle aus dem Geschäft vom 08.12.2015 erhaltenen TecDAX-Zertifikate an die GmbH für 4.233.271,24 €.

6 In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH einen Veräußerungsverlust in Höhe von 25.775.706,80 € geltend, der tariflich zu besteuern und mit positiven Einkünften des Klägers aus anderen Einkunftsarten auszugleichen sei. Die Anschaffungskosten der ursprünglich erworbenen Teilschuldverschreibungen in Höhe von 30.008.978,04 € seien nach § 20 Abs. 4a Satz 3 des Einkommensteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung (EStG) auf die TecDAX-Zertifikate übergegangen.

7 Der Beklagte und Revisionskläger (Finanzamt --FA--) setzte die Einkommensteuer für das Streitjahr mit Bescheid vom 08.11.2016 zunächst erklärungsgemäß auf 29.398.146 € fest. Der Bescheid erging teilweise vorläufig und unter Vorbehalt der Nachprüfung.

8 Am 23.05.2017 erließ das FA einen nach § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) geänderten Einkommensteuerbescheid, mit dem es die nach dem Splittingtarif festgesetzte Einkommensteuer wegen eines höheren gewerblichen Veräußerungsgewinns auf 30.151.346 € erhöhte. Die Kapitaleinkünfte und die darauf entfallende Steuer blieben unverändert. Der Vorbehalt der Nachprüfung blieb bestehen.

9 Nach einer Betriebsprüfung vertrat der Prüfer die Auffassung, dass der Verlust aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH mit dem gesonderten Tarif zu besteuern sei. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b EStG sei nicht anzuwenden. Die Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH sei ein Gestaltungsmissbrauch. Bei der gebotenen einheitlichen Betrachtung ergebe sich aus den im Streitfall verwirklichten Transaktionen ein Gesamtverlust in Höhe von 902.489 €, der mit dem gesonderten Tarif zu besteuern sei. Dem folgend erhöhte das FA die festgesetzte Einkommensteuer mit nach § 164 Abs. 2 AO geändertem Bescheid vom 05.04.2019 auf 35.272.043 € (tarifliche Einkommensteuer: 31.115.015 € sowie nach dem gesonderten Tarif berechnete Einkommensteuer: 4.161.835 €).

10 Hiergegen legten die Kläger am 07.05.2019 Einspruch ein und erhoben zugleich Sprungklage, der das FA nicht zugestimmt hat. Am 08.11.2019 haben die Kläger Untätigkeitsklage erhoben. Das FA wies den Einspruch mit Einspruchsentscheidung vom 19.12.2019 als unbegründet zurück.

11 Im Klageverfahren war vor allem streitig, ob der Kläger beim Erwerb der Indexanleihe mit Einkünfteerzielungsabsicht gehandelt habe und ob § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 EStG wegen Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts nicht anzuwenden sei.

12 Das Finanzgericht (FG) Nürnberg hat der Klage stattgegeben. Der Kläger habe die Indexanleihe mit Einkünfteerzielungsabsicht erworben. Es habe sich um eine "übliche Kapitalanlage" gehandelt, deren Entwicklung beim Erwerb nicht vorhersehbar gewesen sei und die für den Kläger auch einen Gewinn hätte erbringen können. Das FG hat weiter (stillschweigend) angenommen, die Einlösung der Indexanleihe zu den in den Emissionsbedingungen festgelegten Konditionen (gegen Lieferung von TecDAX-Zertifikaten und Zahlung eines Barbetrages) unterfalle § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG. Die Barzahlung gelte als Kapitalertrag (§ 20 Abs. 4a Satz 2 EStG) und sei mit dem gesonderten Tarif zu besteuern. Die Anschaffungskosten der Indexanleihe seien in voller Höhe auf die TecDAX-Zertifikate übergegangen. Aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die vom Kläger allein beherrschte GmbH habe der Kläger deshalb einen (der Höhe nach unstreitigen) steuerbaren Veräußerungsverlust in Höhe von 25.775.706,80 € erzielt. Darauf sei der gesonderte Tarif nicht anzuwenden (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b EStG). Die Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH sei kein Gestaltungsmissbrauch. Der Verlust könne mit positiven Einkünften der Kläger aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Die Begründung ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2022, 1681 veröffentlicht.

13 Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung von Bundesrecht (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b Satz 1 EStG und § 42 Abs. 1 Satz 2 AO). Die Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH sei missbräuchlich. Ein Missbrauch ergebe sich darüber hinaus auch aus der "bewussten Ausnutzung der Regelung des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG in

Zusammenhang mit § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG". Erst durch die Anwendung dieser Vorschrift entstehe rechnerisch ein tariflich zu besteuernder Verlust in Höhe von 25.775.707 € und ein dem gesonderten Tarif unterliegender (fiktiver) Kapitalertrag in Höhe von 24.627.416 €, obwohl aus der Gesamttransaktion ein Verlust in Höhe von 902.489 € entstanden sei. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollten von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG Tauschvorgänge erfasst werden, bei denen kein Geld fließe oder allenfalls ein zusätzlicher Spitzenausgleich gezahlt werde. Wirtschaftlich handele es sich im Streitfall aber nicht um einen "Tausch mit Spitzenausgleich", sondern um einen "Verkauf mit Sachzugabe". Ein Tausch sei nur pro forma vereinbart worden.

14 Das FA beantragt,
das Urteil des FG Nürnberg vom 30.03.2022 - 3 K 1470/19 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

15 Die Kläger beantragen,
die Revision des FA zurückzuweisen.

16 Die Kläger sind zunächst dem Vorbringen des FA entgegengetreten. Nachdem das FG Düsseldorf in einem vergleichbaren Fall die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG abgelehnt hatte (FG Düsseldorf, Urteil vom 08.11.2023 - 2 K 696/19 E, EFG 2024, 371), haben die Kläger ergänzend vorgetragen. Die Emissionsbedingungen räumten dem Emittenten ein (durch den Stand des Referenzpreises des Basiswertes am Bewertungsstichtag bedingtes, im späteren Geschehensablauf auch tatsächlich entstandenes) Recht ein, bei Fälligkeit der Anleihe anstelle der Zahlung eines Geldbetrages Wertpapiere anzudienen. Das Recht in § 3 Abs. 2 der Emissionsbedingungen der Indexanleihe erfülle die Voraussetzungen des § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG.

17 Welche Tilgungsmodalität zum Tragen komme und ob "dem Emittenten daher ein Andienungsrecht gewährt" werde, sei von einem exogenen, der Willensentscheidung des Emittenten entzogenem Ereignis, nämlich dem Stand des Referenzkurses des Basiswertes am Bewertungsstichtag im Vergleich zum Basispreis, abhängig gemacht worden. Der Emittent habe sein Andienungsrecht "ausgeübt", indem er dem Kläger am Fälligkeitstag die TecDAX-Zertifikate angedient und die vereinbarte Zahlung geleistet habe.

18 Selbst wenn man davon ausgehe, dass bei Fälligkeit der Anleihe kein Erfüllungswahlrecht des Emittenten mehr bestanden habe, weil die Rückzahlungsmodalitäten bereits am Bewertungsstichtag feststanden, seien die Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt. Die Norm setze nicht voraus, dass ein Wahlrecht bei Fälligkeit ausgeübt werde. Die Bestimmung "bei Fälligkeit" beziehe sich auf das Verb "andienen", nicht auf das Innehaben oder Ausüben eines Wahlrechts. Es komme letztlich nur darauf an, dass bei Fälligkeit anstelle der Zahlung eines Geldbetrages Wertpapiere geliefert würden. Die Norm verlange auch nicht die "Ausübung eines der Willensentscheidung unterworfenen freien Wahlrechtes durch den Emittenten". Dem Wortlaut der Norm sei auch genügt, wenn in den Emissionsbedingungen das Recht des Emittenten begründet worden sei, bei Fälligkeit anstelle eines Geldbetrages Wertpapiere anzudienen, und wenn der Emittent von diesem Recht tatsächlich Gebrauch gemacht habe.

19 Sollte doch eine Wahlrechtsausübung erforderlich sein, habe der Emittent sein Wahlrecht "aufgrund der Ausgestaltung der Emissionsbedingungen (antizipiert)" ausgeübt und zwar in dem Moment, in dem die im Rahmen der Emissionsbedingungen definierte Bedingung eintrat, wonach es zwangsläufig zur Lieferung von Wertpapieren kommt. Von dem Wahlrecht habe er spätestens dadurch Gebrauch gemacht, dass er die Wertpapiere bei Fälligkeit auch tatsächlich geliefert habe.

20 Eine einschränkende Auslegung des § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG dahin, dass der Emittent bei Fälligkeit von einer Auswahlmöglichkeit Gebrauch machen müsse, widerspreche dem Sinn und Zweck der Norm.

Entscheidungsgründe

II.

21 Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das FG hat das Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht bindend festgestellt (1.). Entgegen der Auffassung des FG ist § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG auf den Streitfall aber nicht anzuwenden (2.). Die Sache ist spruchreif, die Klage ist abzuweisen (3.).

22 1. a) Nach der Rechtsprechung des Senats wird die Einkünfteerzielungsabsicht bei den Einkünften aus Kapitalvermögen nach Einführung der Abgeltungsteuer widerlegbar vermutet (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs

--BFH-- vom 08.05.2024 - VIII R 28/20, BFHE 285, 339, BFH/NV 2024, 1370, Rz 29).

23 b) Im Streitfall hat das FG festgestellt, dass es sich bei den am 08.12.2015 vom Kläger erworbenen Teilschuldverschreibungen der Indexanleihe um übliche Kapitalanlagen gehandelt habe, bei denen nicht vorhersehbar gewesen sei, ob sie sich für den Anleger positiv oder negativ entwickeln würden. Ein wirtschaftlicher Gewinn des Anlegers sei deshalb möglich gewesen. An diese auf tatsächlichem Gebiet liegenden Feststellungen und Würdigungen des FG ist der BFH im Revisionsverfahren gebunden (§ 118 Abs. 2 FGO). Danach liegen keine tatsächlichen Anhaltspunkte vor, dass ein Verlust von vornherein feststand oder beabsichtigt war. Das FG hat deshalb ohne Rechtsfehler die Vermutung für das Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht als nicht widerlegt angesehen.

24 2. Soweit das FG die Anwendbarkeit von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG im Streitfall (stillschweigend) bejaht hat, hält das Urteil revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

25 a) Gemäß § 20 Abs. 4a Satz 3 Halbsatz 1 EStG ist, wenn der Inhaber bei einer sonstigen Kapitalforderung nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG das Recht besitzt, bei Fälligkeit anstelle der Zahlung eines Geldbetrages vom Emittenten die Lieferung von Wertpapieren zu verlangen oder der Emittent das Recht besitzt, bei Fälligkeit dem Inhaber anstelle der Zahlung eines Geldbetrages Wertpapiere anzudienen und der Inhaber der Forderung oder der Emittent von diesem Recht Gebrauch macht, das Entgelt für den Erwerb der Forderung als Veräußerungspreis der Forderung und als Anschaffungskosten der erhaltenen Wertpapiere anzusetzen.

26 b) Im Streitfall ergeben die Anleihebedingungen, dass der Emittent der Anleihe nach dem Ergebnis der Bewertung am 18.12.2015 bei Fälligkeit der Anleihe (am 28.12.2015) verpflichtet war, an den Inhaber je Teilschuldverschreibung ein TecDAX-Zertifikat zu liefern und einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen. Der Emittent hatte weder am 28.12.2015 noch davor das Recht, anstelle dieser Leistungen die Anleihe in Geld zurückzuzahlen; der Inhaber hätte vom Emittenten auch zu keinem Zeitpunkt die Rückzahlung ausschließlich in Geld verlangen können. Vielmehr stand nach den vereinbarten Bedingungen und der Bewertung am 18.12.2015 für beide Seiten bindend fest, dass sich das Szenario gemäß § 3 Abs. 2 Buchst. c der Anleihebedingungen verwirklicht hatte, für welches die Rechtsfolgen zwingend vorgegeben waren. Innerhalb des Vertrags hatten weder der Emittent noch der Inhaber die Möglichkeit, einseitig auf die Modalitäten der Erfüllung ändernd einzuwirken. Dies ergibt sich ohne Auslegung unmittelbar aus dem Vertrag.

27 Aber selbst wenn darin eine Auslegung zu sehen wäre, wäre der Senat befugt, die Anleihebedingungen selbst auszulegen. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH unterliegt die Auslegung von Vereinbarungen mit korporationsrechtlichem Inhalt der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Der Grund dafür ist, dass solche Regeln für einen unbestimmten Personenkreis, insbesondere für die Gläubiger und künftigen Gesellschafter, bestimmt sind und deshalb einheitlich ausgelegt werden müssen (BFH-Urteile vom 21.01.2016 - I R 22/14, BFHE 253, 82, BStBl II 2017, 336, Rz 18; vom 28.11.2007 - I R 94/06, BFHE 220, 51, unter II.3.a). Nichts anderes gilt für Anleihebedingungen, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen objektiv und nicht am Willen der konkreten Vertragsparteien orientiert auszulegen sind. Die hier zu beurteilenden Anleihebedingungen liegen --senatsbekannt-- (im Wesentlichen gleich) auch den Verfahren VIII R 18/23 und VIII R 35/23 zugrunde. Da ihr Anwendungsbereich im Streitfall zudem über den örtlichen Zuständigkeitsbereich des FG hinausgeht, könnte sie der Senat deshalb selbst auslegen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 30.06.2009 - XI ZR 364/08, Der Betrieb 2009, 1701, unter II.1.a, m.w.N.).

28 c) Dies zugrunde gelegt, wirft der Streitfall vor allem die Frage auf, ob die Voraussetzungen des § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG vorliegen, obwohl unstreitig innerhalb des laufenden Vertrags weder der Emittent noch der Inhaber die Möglichkeit hatten, einseitig auf die Modalitäten der Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung ändernd einzuwirken. Streitig ist danach zunächst, ob § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG ein einseitiges Recht des Inhabers oder des Emittenten voraussetzt, anstelle der Rückzahlung von Geld die Lieferung von Wertpapieren verlangen oder andienen zu können. Wird dies bejaht, käme im Streitfall allenfalls eine antizipierte Ausübung eines Andienungsrechts des Emittenten, zum Beispiel durch die einseitige Ausgestaltung der Anleihebedingungen in Betracht. Das würde voraussetzen, dass (1) ein Andienungsrecht des Emittenten schon vor Festlegung der Anleihebedingungen bestehen kann und, wenn dies bejaht wird, (2) dass der Emittent von diesem Andienungsrecht im Sinne der Vorschrift Gebrauch macht, indem er in den Anleihebedingungen einseitig nicht mehr änderbare Erfüllungsmodalitäten vorgibt. Diese Fragen werden, soweit sie überhaupt aufgeworfen werden, in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beantwortet.

29 d) Die Rechtsprechung hat § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG bisher nicht einheitlich angewandt.

30 aa) In Fällen, in denen entweder der Inhaber oder der Emittent frei und einseitig zwischen der Rückzahlung der Anleihe oder der Lieferung von Wertpapieren bei Fälligkeit wählen konnten, hat die Rechtsprechung die Voraussetzungen von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG jeweils bejaht, ohne dazu im Einzelnen Stellung zu nehmen (Fälle mit Inhaber-Wahlrecht: FG München, Urteil vom 27.10.2023 - 8 K 797/22, EFG 2024, 565, Revisionsverfahren beim BFH VIII R 33/23; FG München, Urteil vom 24.07.2024 - 1 K 260/21, nicht veröffentlicht und dazu BFH-Urteil vom 03.06.2025 - VIII R 23/24, nicht zur amtlichen Veröffentlichung vorgesehen; FG München, Urteil vom 06.12.2023 - 9 K 1034/22, EFG 2024, 1575 und BFH-Urteil vom 03.06.2025 - VIII R 5/24, BFHE 290, 405 ; Fall mit Emittenten-Wahlrecht: FG München, Urteil vom 29.09.2020 - 5 K 2870/19, EFG 2021, 111 und nachfolgend BFH-Urteil vom 08.05.2024 - VIII R 28/20, BFHE 285, 339, BFH/NV 2024, 1370).

31 bb) In anderen Fällen, in denen weder der Inhaber noch der Emittent aufgrund der Anleihebedingungen frei und einseitig zwischen der Rückzahlung der Anleihe in Geld oder der Lieferung von Wertpapieren wählen konnten, sondern in denen (unter anderem) die Lieferung von Wertpapieren in Abhängigkeit von der Entwicklung der Basiswerte für beide Seiten bindend und eindeutig (wenn auch unter Bedingungen) in den Anleihebedingungen festgelegt war, haben die Finanzgerichte unterschiedlich entschieden (Anwendbarkeit von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG bejaht: FG Nürnberg, Urteil vom 30.03.2022 - 3 K 1470/19, EFG 2022, 1681 (Streitfall); FG Düsseldorf, Urteil vom 06.06.2023 - 13 K 84/22 E, EFG 2023, 1308 und dazu nachfolgend BFH-Urteil vom 03.06.2025 - VIII R 18/23, nicht zur amtlichen Veröffentlichung vorgesehen; anderer Ansicht: FG Düsseldorf, Urteil vom 08.11.2023 - 2 K 696/19 E, EFG 2024, 371 und BFH-Urteil vom 03.06.2025 - VIII R 35/23, nicht zur amtlichen Veröffentlichung vorgesehen).

32 e) Im Schrifttum wird die antizipierte Ausübung eines Andienungsrechts des Emittenten überwiegend nicht erörtert. Einige Stimmen lassen insoweit allerdings Spielraum für Interpretationen.

33 (1) Nach Geurts in Bordewin/Brandt, § 20 EStG Rz 766a soll die Ausübung eines Andienungsrechts (wohl) auch im Fall einer "Zwangsumtausch-Anleihe" zu bejahen sein, bei der es beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses zur Lieferung von Wertpapieren kommt. Das impliziert, dass der Emittent bei der Festlegung der Anleihebedingungen von einem vorvertraglichen Andienungswahlrecht Gebrauch macht. Eine Begründung dafür findet sich in der Kommentierung allerdings nicht.

34 (2) Nach Steinlein (Deutsches Steuerrecht 2009, 509) setzt § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG die Ausübung eines Gestaltungsrechts voraus. Spielraum für Interpretationen bietet allenfalls eine Aussage zum Anschaffungszeitpunkt. Im Fall der Andienung, so Steinlein, seien die Wertpapiere gemäß § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG angeschafft, sobald nach den Emittentenbedingungen feststehe, dass es zur Lieferung kommen werde (zustimmend Jachmann-Michel in Lademann, EStG, § 20 EStG Rz 1439 und Jochum in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rz Fa 41). Das kann Unterschiedliches bedeuten. Hat der Emittent ein freies Wahlrecht, ob er anstelle der Rückzahlung in Geld Wertpapiere liefern will, und entscheidet er sich dafür, steht nach den Anleihebedingungen fest, dass es zur Lieferung von Wertpapieren kommen wird, sobald der Emittent von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht hat. Hat der Emittent dagegen kein Wahlrecht, steht nach den Anleihebedingungen fest, dass es zur Lieferung von Wertpapieren kommen wird, sobald die Bedingungen eingetreten sind, unter denen der Emittent Wertpapiere zu liefern hat. Den Aussagen kann nicht entnommen werden, dass der Autor auch für diesen Fall die Anwendbarkeit von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG bejaht.

35 (3) Ganz überwiegend wird § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG dagegen so verstanden, dass d i e K a p i t a l f o r d e r u n g mit einem Gestaltungs- oder Andienungsrecht ausgestattet sein muss (so wörtlich Moritz/Strohm in Frotscher/Geurts, EStG, § 20 Rz 329; KKB/Peters, § 20 EStG, 7. Aufl., Rz 337: Schuldverschreibung mit Inhaber- oder Emittentenwahlrecht; Schmidt/Levedag, EStG, 44. Aufl., § 20 Rz 217). Gleich bedeutend formuliert Buge in Herrmann/Heuer/Raupach --HHR--, § 20 EStG Rz 586, dass von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG nur Schuldverschreibungen erfasst werden, deren Emissionsbedingungen entweder dem Gläubiger oder dem Emittenten ein Rückzahlungswahlrecht einräumen (ebenso HHR/Fissenewert, § 20 EStG Rz J21-4). Die Vertreter dieser Auffassung müssen bereits die erste Frage verneinen. Wenn das Andienungsrecht im Sinne der Vorschrift in den Anleihebedingungen vorgesehen sein muss, kann es nicht zugleich durch die einseitige Festlegung von Anleihebedingungen ausgeübt werden (ebenso BeckOK EStG/Schmidt, 21. Ed. 01.04.2025, EStG § 20 Rz 1351a).

36 f) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten und im Schrifttum überwiegenden Auffassung an. Danach erfasst § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG Fälle nicht, in denen weder der Emittent noch der Inhaber nach den Anleihebedingungen das Recht haben, anstelle der Rückzahlung der Anleihe in Geld einseitig Wertpapiere andienen oder die Lieferung von Wertpapieren verlangen zu können. Das ergibt die Auslegung der Norm, die sich vor allem auf ihren Wortlaut stützt.

37 aa) Gesetzlich vorausgesetzt ist "bei sonstigen Kapitalforderungen" entweder ein "Recht" des Inhabers, vom

Emittenten "anstelle" der Zahlung eines Geldbetrages die Lieferung von Wertpapieren verlangen zu können oder ein "Recht" des Emittenten, dem Inhaber "anstelle" der Zahlung eines Geldbetrages (solche) Wertpapiere andienen zu dürfen. Von diesem Recht muss der jeweils Berechtigte Gebrauch gemacht haben mit der Folge, dass anstelle der eigentlich vereinbarten Geldzahlung bei Fälligkeit der Anleihe Wertpapiere zu übertragen sind.

38 bb) Es muss sich um ein einseitiges Recht handeln. Das ergibt sich aus dem Wort "andienen". Zwar fehlt im Gesetz und in der Rechtsprechung eine verbindliche Definition für den Begriff des "Andienungsrechts". Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bisher jedoch nur dann von einem Andienungsrecht gesprochen, wenn in einem bestehenden Rechtsverhältnis die eine Seite berechtigt, aber nicht verpflichtet war, der anderen Seite Wertpapiere zum Erwerb anzubieten und die andere Seite dieses Angebot (auf der Verpflichtungsebene) nicht ablehnen konnte. Typisch für ein Andienungsrecht ist danach, dass der Berechtigte davon Gebrauch machen kann, aber nicht muss und dass die Gegenseite dem ausgeübten Andienungsrecht nichts entgegen setzen kann (vgl. die Legaldefinition in § 47 Abs. 1 des Börsengesetzes; die amtliche Überschrift von § 39c des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes; aus der Rechtsprechung BFH-Urteile vom 08.05.2024 - VIII R 28/20, BFHE 285, 339, BFH/NV 2024, 1370 zu Anleihen; vom 14.08.2019 - I R 44/17, BFHE 267, 1 zu Put Optionen; BGH-Urteil vom 30.09.2020 - VIII ZR 48/18, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 552 und BFH-Urteile vom 13.10.2016 - IV R 33/13, BFHE 255, 386, BStBl II 2018, 81 zum Kraftfahrzeug-Leasingvertrag; vom 08.06.2017 - IV R 30/14, BStBl II 2017, 1061 zu Container-Andienungsverträgen; vom 06.09.2016 - IX R 44/14, BFHE 255, 148, BStBl II 2018, 323 zu einem geschlossenen Immobilienfonds).

39 Von einem "Andienungsrecht" kann dagegen, anders als die Kläger meinen, nicht gesprochen werden, wenn in einem zweiseitigen Vertrag die eine Seite verpflichtet ist, der anderen Seite Wertpapiere zu liefern. Sie hat dann zwar (in Bezug auf das Zustandekommen des dinglichen Erfüllungsgeschäfts) auch das "Recht", die Wertpapiere anzubieten, macht insofern aber nicht von einem Andienungsrecht Gebrauch, sondern erfüllt ihre Lieferverpflichtung. Das dingliche Erfüllungsgeschäft kann nicht einseitig zustande gebracht werden. Dies schließt es aus, davon zu sprechen, dass der zur Lieferung von Wertpapieren verpflichtete Schuldner von einem Andienungsrecht Gebrauch macht, wenn er dem Gläubiger die Übereignung der (ohnehin) geschuldeten Wertpapiere anbietet. Es handelt sich dann nur um das Angebot zum Abschluss des dinglichen Erfüllungsgeschäfts, das noch vom Gläubiger angenommen werden muss.

40 cc) Das Recht des Emittenten, dem Inhaber anstelle der Geldzahlung die Lieferung von Wertpapieren andienen zu können, muss sich außerdem aus den Anleihebedingungen ergeben.

41 Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG muss eine sonstige Kapitalforderung (§ 20 Abs. 1 Nr. 7, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG) bereits entstanden sein ("bei sonstigen Kapitalforderungen"). Gemeint ist der Anspruch des Inhabers der Schuldverschreibung auf Rückzahlung der Anleihe bei ihrer Fälligkeit. Der Anleihevertrag muss zustande gekommen sein. Davor gibt es keinen Rückzahlungsanspruch des Inhabers der Schuldverschreibung in Geld. Vorher kann auch kein Recht des Emittenten bestehen, "anstelle" der Rückzahlung in Geld etwas anderes "andienen" zu dürfen. Auch die im Gesetz verwendeten Bezeichnungen "Emittent" oder "Inhaber" setzen das Rechtsverhältnis, in dem sich zwei Personen in diesen Rollen gegenüberstehen, bereits voraus. Vor dem Abschluss des Anleihevertrags können die zukünftigen Vertragspartner noch nicht (wie im Gesetz geschehen) als "Emittent" oder "Inhaber" bezeichnet werden. Das spricht zusammen genommen hinreichend eindeutig dafür, dass sich das von der Norm vorausgesetzte Recht des Emittenten, aus den Anleihebedingungen ergeben muss.

42 Ein vorvertragliches Andienungsrecht des Emittenten kann deshalb nicht angenommen werden. In der einseitigen Festlegung von Anleihebedingungen durch den (zukünftigen) Emittenten liegt dann auch keine antizipierte Ausübung eines Andienungsrechts im Sinne der Vorschrift. Wer als zukünftiger Emittent die Anleihebedingungen in seinem Interesse einseitig festlegt, übt (noch) kein Recht gegenüber einem zukünftigen Vertragspartner (Inhaber) aus, sondern macht allenfalls von einer faktischen Machtposition Gebrauch. Darin liegt schon begrifflich nicht die Ausübung eines Rechts, von dem nach dem Gesetz "Gebrauch gemacht" werden muss. Außerdem ergibt sich --wie dargestellt-- aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass die Möglichkeit, anstelle der Rückzahlung in Geld die Lieferung von Wertpapieren andienen zu können, in dem Rechtsverhältnis bestehen muss, auf welches es einwirkt. Gegen die Annahme eines vorvertraglichen Andienungsrechts sprechen auch praktische Erwägungen. Es bedürfte dann auch tatsächlicher Feststellungen dazu, ob der Emittent die Anleihebedingungen wirklich einseitig festgelegt hat. Das würde die Rechtsanwendung unnötig kompliziert machen und insbesondere die zum Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Stellen überfordern.

43 dd) Unerheblich ist, ob sich die Zeitbestimmung ("bei Fälligkeit") auf die Leistungshandlung ("verlangen" oder

"andienen") oder auf die Ausübung des Wahlrechts bezieht. Sprachlich ist beides möglich. Das ändert aber nichts daran, dass § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG zumindest ein einseitiges Recht des Emittenten voraussetzt, anstelle der Rückzahlung von Geld Wertpapiere andienen zu dürfen, von dem bei Fälligkeit oder davor, aber nach Vertragsschluss, Gebrauch gemacht worden sein muss.

44 ee) Einem (denkbaren) Verständnis, wonach die Norm nur voraussetzt, dass zur Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs (ohne Ausübung eines einseitigen Rechts) Wertpapiere übereignet worden sind, kann der Senat nicht nähertreten. Dann würde die Formulierung des Gesetzes, das --wie dargelegt-- das "Gebrauchmachen" von einem einseitigen Recht voraussetzt, weitgehend leerlaufen und sinnlos erscheinen. Dagegen spricht auch, dass der Gesetzgeber mit § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG bewusst an die ältere Rechtsprechung zur Wandelschuldverschreibung angeknüpft hat, die die Anschaffung der Schuldverschreibung und den Erwerb der Aktien nach Ausübung des Wandlungsrechts aus der Sicht des Aktionärs als Einheit aufgefasst und die Ausübung des Wandlungsrechts nicht als (eigenständigen) Realisationsakt behandelt hat (vgl. BFH-Urteil vom 21.02.1973 - I R 106/71, BFHE 109, 22, BStBl II 1973, 460). Dementsprechend wollte der Gesetzgeber Umtausch- und Aktienanleihen sowie Wandelanleihen im Sinne des § 221 Abs. 1 des Aktiengesetzes in den Anwendungsbereich der Norm einbeziehen (BTDrucks 16/11108, S. 16) und mithin explizit Schuldverschreibungen, die jeweils auf Inhaber- oder Emittentenseite typischerweise ein Erfüllungswahlrecht voraussetzen.

45 Eine Auslegung der Vorschrift, die das Gebrauchmachen von einem einseitigen Recht für obsolet hielte, wäre vor diesem Hintergrund eine teleologische Erweiterung, für die eine Veranlassung nicht ersichtlich ist. Der Senat hat bereits, wenn auch in anderem Zusammenhang, entschieden, dass § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG nicht teleologisch auszulegen, einzuschränken oder zu erweitern ist (BFH-Urteil vom 08.05.2024 - VIII R 28/20, BFHE 285, 339, BFH/NV 2024, 1370). Dies ist nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass die Norm nach dem Willen des Gesetzgebers das Abzugsverfahren für Steuerpflichtige und Quellenabzugsverpflichtete praktikabel ausgestalten soll (vgl. die Gesetzesbegründung zum zunächst auf die Andienung von Aktien beschränkten Regierungsentwurf in BRDrucks 545/08, S. 73 und BTDrucks 16/10189, S. 50 sowie die Begründung des Finanzausschusses zur überarbeiteten Fassung, die den Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Andienung von anderen Wertpapieren ausdehnt in BTDrucks 16/11108, S. 16). Diesen Zweck kann die Vorschrift zur Überzeugung des Senats nur erfüllen, wenn sie möglichst wörtlich verstanden wird.

46 g) Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den Streitfall kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Anleihebedingungen sehen --was auch zwischen den Beteiligten nicht streitig ist-- ein einseitiges Recht des Emittenten, anstelle der Geldzahlung Wertpapiere andienen zu können oder ein einseitiges Recht des Inhabers, anstelle der Geldzahlung Wertpapiere verlangen zu können, nicht vor. Der Tatbestand des § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG ist nicht erfüllt. Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Sein Urteil ist aufzuheben.

47 3. Die Sache ist spruchreif. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden und weist die Klage ab (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Der angefochtene Einkommensteuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung verletzt die Kläger nicht in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). Er ist zwar teilweise rechtswidrig, kann aber wegen der Bindung an das Klagebegehren und des im finanzgerichtlichen Verfahren geltenden Verböserungsverbots (§ 96 Abs. 1 Satz 2 FGO) nicht zum Nachteil der Kläger geändert werden.

48 a) Das FA hat bei der Ermittlung des Einkommens der Kläger zuletzt einen im Rahmen der Abgeltungsteuer zu berücksichtigenden Verlust in Höhe von 1.148.291 € zugrunde gelegt. Dieser ergab sich als Saldo aus dem vom Kläger vereinnahmten Geldbetrag (24.627.416 €) einerseits und dem unter Anwendung von § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG ermittelten Veräußerungsverlust (25.775.707 €) aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH andererseits.

49 Bei zutreffender Rechtsanwendung hat der Kläger aus der Einlösung der Teilschuldverschreibungen einen dem gesonderten Tarif unterliegenden Veräußerungsverlust in Höhe von mindestens 1.180.075,58 € (dazu b) und aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH einen tariflich zu besteuernden Gewinn in Höhe von mindestens 31.784,39 € erzielt (dazu c). Die Einkommensteuer der Kläger wäre danach im Streitjahr höher festzusetzen, was unterbleiben muss (dazu d).

50 b) Aus der Einlösung der Anleihe am 28.12.2015 hat der Kläger einen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerbaren Veräußerungsverlust in Höhe von mindestens 1.180.075,58 € erzielt.

51 Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch der Gewinn aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen jeder Art im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Zu den

Kapitalforderungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gehören Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder geleistet worden ist, auch wenn die Höhe der Rückzahlung oder des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt.

52 Die vom Kläger erworbenen Teilschuldverschreibungen der Anleihe sind sonstige Kapitalforderungen in diesem Sinne. Nach § 3 der Emissionsbedingungen war der Emittent unter allen Bedingungen zumindest zur teilweisen Rückzahlung des Anlagebetrages verpflichtet. Unerheblich ist, dass für die im Streitfall eingetretene Bedingung nach den Anleihebedingungen feststand, dass die Forderung teilweise durch die Lieferung eines Sachwertes (der Open End-Partizipationszertifikate) zu erfüllen war. Dies stellt den Charakter der Teilschuldverschreibungen als Kapitalforderungen nicht in Frage (s. BFH-Urteil vom 03.06.2025 - VIII R 5/24, BFHE 290, 405). Zudem wurde dem Kläger mit der Verzinsung ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt. Die Einordnung als sonstige Kapitalforderung ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig.

53 Der Kläger hat die Teilschuldverschreibungen der Anleihe veräußert. Als Veräußerung im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG gilt auch die Einlösung (§ 20 Abs. 2 Satz 2 EStG). Die Hingabe der Teilschuldverschreibungen gegen Übertragung der TecDAX-Zertifikate und Zahlung eines Geldbetrages bei Fälligkeit am 28.12.2015 erfüllt den Begriff der Einlösung, denn damit hat der Emittent seine Rückzahlungspflicht erfüllt (vgl. auch BFH-Urteil vom 08.05.2024 - VIII R 28/20, BFHE 285, 339, BFH/NV 2024, 1370, Rz 34 ff.).

54 Nach § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG ist der Gewinn im Sinne des § 20 Abs. 2 EStG der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den Anschaffungskosten.

55 Einnahmen sind gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 EStG alle Güter in Geld oder Geldeswert, die dem Steuerpflichtigen im Rahmen einer der Einkunftsarten des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bis 7 EStG zufließen. Die Bewertung der erhaltenen TecDAX-Zertifikate richtet sich mangels abweichender Regelung nach dem im regulierten Markt für sie am Stichtag notierten niedrigsten Kurs (§ 1 Abs. 2, § 11 Abs. 1 Satz 1 des Bewertungsgesetzes --BewG--). Stichtag war der Tag der Einbuchung in das Depot des Klägers (28.12.2015). Das FG hat für diesen Tag einen Kurs von 18,0832 € festgestellt. Ob es sich dabei um den niedrigsten notierten Kurs am Bewertungsstichtag handelt, kann dahinstehen. Ein niedrigerer Kurswert würde zwar den im Rahmen des gesonderten Tarifs (§ 32d Abs. 1 EStG) zu berücksichtigenden Verlust aus der Veräußerung erhöhen, in selbem Umfang aber auch den tariflich zu besteuernden Gewinn aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH (dazu c), so dass sich unter Berücksichtigung des persönlichen Steuersatzes für die Kläger insgesamt keine Verbesserung, sondern eine Verschlechterung ergäbe (dazu d).

56 Die Einnahmen aus der Veräußerung betrugen danach höchstens 28.828.902,44 € (232 342 Stück TecDAX-Zertifikate * 18,0832 € = 4.201.486,85 € zuzüglich 24.627.415,61 €). Abzüglich der Anschaffungskosten für die Teilschuldverschreibungen (30.008.978,04 €) ergibt sich ein Veräußerungsverlust in Höhe von mindestens 1.180.075,58 €.

57 c) Aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH am 29.12.2015 hat der Kläger einen tariflich zu besteuernden Veräußerungsgewinn in Höhe von mindestens 31.784,39 € erzielt.

58 Die Veräußerung der TecDAX-Zertifikate an die GmbH ist ein nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerbarer Veräußerungsvorgang. Auch die TecDAX-Zertifikate sind sonstige Kapitalforderungen. Darüber besteht zwischen den Beteiligten zu Recht kein Streit.

59 Als Veräußerungserlös ist der von der GmbH gezahlte Kaufpreis (4.233.271,24 €) anzusetzen. Die Anschaffungskosten für die TecDAX-Zertifikate richten sich wiederum nach dem im regulierten Markt für sie am Stichtag notierten niedrigsten Kurs (§ 1 Abs. 2, § 11 Abs. 1 Satz 1 BewG). Bei dem vom FG festgestellten Kurs ergibt sich ein Veräußerungsgewinn in Höhe von mindestens 31.784,39 €. Höhere Anschaffungskosten für die TecDAX-Zertifikate können nicht berücksichtigt werden; § 20 Abs. 4a Satz 3 EStG ist nicht anzuwenden.

60 Der Gewinn aus der Veräußerung der TecDAX-Zertifikate unterliegt nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b Satz 1 EStG in der bis zum Jahressteuergesetz 2020 vom 21.12.2020 (BGBl I 2020, 3096) geltenden Fassung nicht dem gesonderten Tarif nach § 32d Abs. 1 EStG, da der Kläger im Streitjahr zu mindestens 10 % an der GmbH beteiligt war.

61 d) Die im Rahmen des gesonderten Tarifs (§ 32d Abs. 1 EStG) zu berücksichtigenden Verluste wären danach zwar um mindestens 31.784,39 € höher anzusetzen. Zugleich wären aber auch die dem persönlichen Splittingtarif der Kläger unterliegenden positiven Einkünfte um mindestens 31.784,39 € zu erhöhen. Da das FG für die Kläger eine durchschnittliche Steuerbelastung bezogen auf das zu versteuernde Einkommen von 44,9274 % festgestellt hat, kann offenbleiben, ob es sich bei dem vom FG für die TecDAX-Zertifikate festgestellten Kurs am 28.12.2015 um den niedrigsten Kurs an diesem Tag gehandelt hat. Ein niedrigerer Kurs würde beide Besteuerungsgrundlagen jeweils im selben Umfang erhöhen, aber per Saldo zu einer weiteren Erhöhung der festzusetzenden Steuer führen. Da eine Verböserung im finanzgerichtlichen Verfahren nicht stattfindet, bleibt die Steuerfestsetzung im angefochtenen Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr unverändert.

62 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de