

§ 32d

Gesonderter Steuertarif für Einkünfte
aus Kapitalvermögen

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346)

(1) ¹Die Einkommensteuer für Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nicht unter § 20 Abs. 8 fallen, beträgt 25 Prozent. ²Die Steuer nach Satz 1 vermindert sich um die nach Maßgabe des Absatzes 5 anrechenbaren ausländischen Steuern. ³Im Fall der Kirchensteuerpflicht ermäßigt sich die Steuer nach den Sätzen 1 und 2 um 25 Prozent der auf die Kapitalerträge entfallenden Kirchensteuer. ⁴Die Einkommensteuer beträgt damit

$$\frac{(e - 4q)}{(4 + k)}.$$

⁵Dabei sind „e“ die nach den Vorschriften des § 20 ermittelten Einkünfte, „q“ die nach Maßgabe des Absatzes 5 anrechenbare ausländische Steuer und „k“ der für die Kirchensteuer erhebende Religionsgesellschaft (Religionsgemeinschaft) geltende Kirchensteuersatz.

(2) Absatz 1 gilt nicht

1. für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 4 und 7 sowie Abs. 2 Nr. 4 und 7,
 - a) wenn Gläubiger und Schuldner einander nahe stehende Personen sind,
 - b) wenn sie von einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft an einen Anteilseigner gezahlt werden, der zu mindestens 10 Prozent an der Gesellschaft oder Genossenschaft beteiligt ist. ²Dies gilt auch, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge eine dem Anteilseigner nahe stehende Person ist, oder
 - c) soweit ein Dritter die Kapitalerträge schuldet und diese Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers steht. ²Dies gilt entsprechend, wenn Kapital überlassen wird
 - aa) an eine dem Gläubiger der Kapitalerträge nahe stehende Person oder
 - bb) an eine Personengesellschaft, bei der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahe stehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist oder
 - cc) an eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, an der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person zu mindestens 10 Prozent beteiligt ist,
 sofern der Dritte auf den Gläubiger oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen kann. ³Ein Zusammenhang ist anzunehmen, wenn die Kapitalanlage und die Kapitalüberlassung auf einem einheitlichen Plan beruhen. ⁴Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Kapitalüberlassung in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalanlage steht oder die jeweiligen

Zinsvereinbarungen miteinander verknüpft sind. ⁵Von einem Zusammenhang ist jedoch nicht auszugehen, wenn die Zinsvereinbarungen marktüblich sind oder die Anwendung des Absatzes 1 beim Steuerpflichtigen zu keinem Belastungsvorteil führt. ⁶Die Sätze 1 bis 5 gelten sinngemäß, wenn das überlassene Kapital vom Gläubiger der Kapitalerträge für die Erzielung von Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 6 und 7 eingesetzt wird.

- ²Insoweit findet § 20 Abs. 6 und 9 keine Anwendung;
2. für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2. ²Insoweit findet § 20 Abs. 6 keine Anwendung;
 3. auf Antrag für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 aus einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Steuerpflichtige im Veranlagungszeitraum, für den der Antrag erstmals gestellt wird, unmittelbar oder mittelbar
 - a) zu mindestens 25 Prozent an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist oder
 - b) zu mindestens 1 Prozent an der Kapitalgesellschaft beteiligt und beruflich für diese tätig ist.

²Insoweit finden § 3 Nr. 40 Satz 2 und § 20 Abs. 6 und 9 keine Anwendung. ³Der Antrag gilt für die jeweilige Beteiligung erstmals für den Veranlagungszeitraum, für den er gestellt worden ist. ⁴Er ist spätestens zusammen mit der Einkommensteuererklärung für den jeweiligen Veranlagungszeitraum zu stellen und gilt, solange er nicht widerrufen wird, auch für die folgenden vier Veranlagungszeiträume, ohne dass die Antragsvoraussetzungen erneut zu belegen sind. ⁵Die Widerrufserklärung muss dem Finanzamt spätestens mit der Steuererklärung für den Veranlagungszeitraum zugehen, für den die Sätze 1 bis 4 erstmals nicht mehr angewandt werden sollen. ⁶Nach einem Widerruf ist ein erneuter Antrag des Steuerpflichtigen für diese Beteiligung an der Kapitalgesellschaft nicht mehr zulässig.

(3) ¹Steuerpflichtige Kapitalerträge, die nicht der Kapitalertragsteuer unterlegen haben, hat der Steuerpflichtige in seiner Einkommensteuererklärung anzugeben. ²Für diese Kapitalerträge erhöht sich die tarifliche Einkommensteuer um den nach Absatz 1 ermittelten Betrag.

(4) Der Steuerpflichtige kann mit der Einkommensteuererklärung für Kapitalerträge, die der Kapitalertragsteuer unterlegen haben, eine Steuerfestsetzung entsprechend Absatz 3 Satz 2 insbesondere in Fällen eines nicht vollständig ausgeschöpften Sparer-Pauschbetrags, einer Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage nach § 43a Abs. 2 Satz 7, eines noch nicht im Rahmen des § 43a Abs. 3 berücksichtigten Verlustes, eines Verlustvortrags nach § 20 Abs. 6 und noch nicht berücksichtigter ausländischer Steuern, zur Überprüfung des Steuereinhalts dem Grund oder der Höhe nach oder zur Anwendung von Absatz 1 Satz 3 beantragen.

(5) ¹In den Fällen der Absätze 3 und 4 ist bei unbeschränkt Steuerpflichtigen, die mit ausländischen Kapitalerträgen in dem Staat, aus dem die Kapitalerträge stammen, zu einer der deutschen Einkommensteuer entsprechenden Steuer herangezogen werden, die auf ausländische Kapitalerträge festgesetzte und gezahlte und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzte ausländische Steuer, jedoch höchstens 25 Prozent ausländische Steuer auf den einzelnen Kapitalertrag, auf die

deutsche Steuer anzurechnen.²Soweit in einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung die Anrechnung einer ausländischen Steuer einschließlich einer als gezahlt geltenden Steuer auf die deutsche Steuer vorgesehen ist, gilt Satz 1 entsprechend.³Die ausländischen Steuern sind nur bis zur Höhe der auf die im jeweiligen Veranlagungszeitraum bezogenen Kapitalerträge im Sinne des Satzes 1 entfallenden deutschen Steuer anzurechnen.

(6)¹Auf Antrag des Steuerpflichtigen werden anstelle der Anwendung der Absätze 1, 3 und 4 die nach § 20 ermittelten Kapitaleinkünfte den Einkünften im Sinne des § 2 hinzugerechnet und der tariflichen Einkommensteuer unterworfen, wenn dies zu einer niedrigeren Einkommensteuer führt (Günstigerprüfung).²Absatz 5 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die nach dieser Vorschrift ermittelten ausländischen Steuern auf die zusätzliche tarifliche Einkommensteuer anzurechnen sind, die auf die hinzugerechneten Kapitaleinkünfte entfällt.³Der Antrag kann für den jeweiligen Veranlagungszeitraum nur einheitlich für sämtliche Kapitalerträge gestellt werden.⁴Bei zusammenveranlagten Ehegatten kann der Antrag nur für sämtliche Kapitalerträge beider Ehegatten gestellt werden

§ 52a

Anwendungsvorschriften zur Einführung einer Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346)

...

(15) § 32d Abs. 2 in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2794) ist erstmals für den Veranlagungszeitraum 2009 anzuwenden.

...

Autoren: Dipl. Kfm. Dr. Martina **Baumgärtel**, Allianz SE, München;
RA Dr. Ulf **Lange**, Allianz SE, München
Mitherausgeberin: Prof. Dr. Johanna **Hey**, Köln

Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen zu § 32d

	Anm.		Anm.
I. Rechtentwicklung und zeitlicher Anwendungsbereich		III. Geltungsbereich	
1. Rechtentwicklung	1	1. Sachlicher Geltungsbereich	6
2. Zeitlicher Anwendungsbereich	2	2. Persönlicher Abgeltungsbereich	7
II. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit		IV. Verhältnis zu anderen Vorschriften	8
1. Bedeutung	3	V. Verfahrensfragen	9
2. Verfassungsmäßigkeit	5		

Erläuterungen zu Abs. 1

	Anm.		Anm.
I. Gesonderter Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Satz 1)	10	III. Ermäßigung bei Kirchensteuerpflicht (Abs. 1 Sätze 3–5) .	12
II. Berücksichtigung anrechenbarer ausländischer Steuern (Abs. 1 Satz 2)	11		

Erläuterungen zu Abs. 2

	Anm.		Anm.
A. Überblick über die Struktur des Abs. 2	15	a) Überblick	25
B. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs aufgrund besonderer Beziehungen zwischen Gläubiger der Kapitalerträge und Schuldner (Abs. 2 Nr. 1)		b) Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1)	26
I. Grund und Bedeutung von Abs. 2 Nr. 1	16	c) Kapitalüberlassung im Drei- und Mehrpersonenverhältnis (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Einleitungsteil)	27
II. Sachlicher Anwendungsbereich	17	d) Kapitalüberlassung an eine dem Gläubiger nahe stehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa)	28
III. Voraussetzungen aus dem Verhältnis der beteiligten Personen zueinander		e) Kapitalüberlassung an eine Personengesellschaft, bei der der Gläubiger oder eine diesem nahe stehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb)	29
1. Gläubiger und Schuldner als einander nahe stehende Personen (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a)	20	f) Kapitalüberlassung an eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, an der der Gläubiger oder eine diesem nahe stehende Person zu mindestens 10 % beteiligt ist (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc)	30
2. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Steuerpflichtigen am Schuldner (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) .	21		
3. Gläubiger der Kapitalerträge steht einer Person nahe, die gesellschaftsrechtlich zu mindestens 10 % am Schuldner beteiligt ist (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2)	22		
4. Kapitalertrag resultiert aus einer Kapitalanlage, die im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung durch einen Dritten steht (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c)			

Anm.	Anm.
<ul style="list-style-type: none"> g) Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger bzw. eine diesem nahe stehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2) 31 h) Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 3) 32 i) Regelbeispiele für einen einheitlichen Plan (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 4) 33 j) Negative Tatbestandsmerkmale (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 5) 34 k) Erweiterung der Regelung auf Kapitalüberlassungen, die der Erzielung bestimmter Überschusseinkünfte dienen (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6) 35 	<ul style="list-style-type: none"> IV. Rechtsfolge 40 V. Zeitlicher Anwendungsbereich 41 C. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs bei Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 (Abs. 2 Nr. 2) 45 D. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (Abs. 2 Nr. 3) <ul style="list-style-type: none"> I. Grund und Bedeutung der Regelung 46 II. Antrag 47 III. Bezüge aus einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft 48 IV. Qualifizierte Beteiligung 49 V. Rechtsfolge 50

Erläuterungen zu Abs. 3

Anm.	Anm.
<ul style="list-style-type: none"> I. Bedeutung der Regelung 55 II. Sachlicher Anwendungsbereich <ul style="list-style-type: none"> 1. Systematische Einordnung 56 2. Steuerverpflichtige Kapitalerträge 57 	<ul style="list-style-type: none"> 3. Kapitalerträge, die nicht der Kapitalertragsteuer unterliegen haben 58 III. Angabe in der Einkommensteuererklärung 59 IV. Steuertarif (Abs. 3 Satz 2) 60

Erläuterungen zu Abs. 4

Anm.	Anm.
<ul style="list-style-type: none"> I. Bedeutung der Regelung 65 II. Sachlicher Anwendungsbereich 66 	<ul style="list-style-type: none"> III. Antrag 67 IV. Rechtsfolge 68

Erläuterungen zu Abs. 5

	Anm.		Anm.
I. Bedeutung der Regelung	70	2. Nicht-DBA-Fälle	72
II. Sachlicher Anwendungsbereich		3. DBA-Fälle (Abs. 5 Satz 2)	73
1. Anrechnung auf die deutsche Steuer (Abs. 5 Satz 1)	71	4. Beschränkung auf die Höhe der Kapitalerträge (Abs. 5 Satz 3)	74

Erläuterungen zu Abs. 6

	Anm.		Anm.
I. Bedeutung der Regelung	80	V. Anrechnung ausländischer Steuern (Abs. 6 Satz 2)	84
II. Sachlicher Anwendungsbereich	81	VI. Antrag und Umfang der Veranlagung (Abs. 6 Sätze 3 und 4)	85
III. Anwendung des progressiven Tarifs	82		
IV. Günstigerprüfung	83		

Allgemeine Erläuterungen zu § 32d

Schrifttum: BAUMGÄRTEL/LANGE, Einführung einer Abgeltungsteuer, in HERZIG ua., Handbuch Unternehmensteuerreform, Münster 2007; BRUSCH, Unternehmensteuerreformgesetz 2008: Abgeltungsteuer, FR 2007, 999; ECKHOFF, Abgeltungsteuer – Systematische und verfassungsrechtliche Aspekte, FR 2007, 989; INTEMANN, Einbeziehung von Dividenden in die Abgeltungsteuer verfassungswidrig?, DB 2007, 1658; KOLLRUS, Steuersatzspreizung bei Familienunternehmen – Das Zusammenspiel von Abgeltungsteuer und Zinsschranke, GmbHR 2007, 1133; OHO/HAGEN/LENZ, Zur geplanten Einführung einer Abgeltungsteuer im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008, DB 2007, 1322; SCHÖNFELD, Abgeltungsteuer und Kapitalertragsteuer, in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, München 2007, 621; SÖHN, Der Dualismus der Einkunftsarten im geltenden Recht, DStJG 30 (2007), 13; STADLER/ELSER, Änderungen bei Einkünften aus Kapitalvermögen, in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, Köln 2007, 32; BEHRENS/RENNER, Beschränkung des Anwendungsbereichs der Abgeltungsteuer zur Missbrauchsvermeidung nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG, BB 2008, 2319; HEY, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, 1303; ECKHOFF, Abgeltungsteuer – Systematische und verfassungsrechtliche Aspekte, FR 2007, 989.

I. Rechtsentwicklung und zeitlicher Anwendungsbereich

1. Rechtsentwicklung

1

StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I 1993, 1569; BStBl. I 1993, 774): Ab 1993 wurde die StFreiheit des Existenzminimums durch Verwaltungsanweisungen sichergestellt. Durch FKPG v. 23.6.1993 (BGBl. I 1993, 944; BStBl. I 1993, 510) wurde in § 32c erstmals eine gesetzliche Übergangsregelung geschaffen, die durch das StandOG in § 32d überführt wurde.

JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Die für die VZ 1993–1995 geltende Übergangsregelung wurde aufgehoben.

UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): § 32d wird mit der Regelung eines gesonderten Tarifs für Kapitaleinkünfte neu eingefügt.

JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218): Abs. 2 wird bezüglich sog. Back-to-Back-Finanzierungen neu gefasst. Darüber hinaus wird in Abs. 2 eine neue Nr. 3 eingefügt, wonach bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen an KapGes. auf Antrag statt des gesonderten Steuertarifs der progressive Steuertarif zur Anwendung kommt.

JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): Abs. 5 wurde neu gefasst, um die Voraussetzungen für die Anrechnung ausländ. Steuern klarer zu regeln. In Abs. 6 wird eine Lücke bei der Anrechnung ausländ. Steuern im Rahmen der Günstigerprüfung geschlossen.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich der Neuregelungen

2

Nach § 52a Abs. 15 findet § 32d Abs. 2 ab dem VZ 2009 Anwendung und damit gleichzeitig mit dem Inkrafttreten der übrigen Regelungen zur Abgeltungsteuer. Unbeachtlich ist, wann die Kapitalanlage erfolgt ist oder wann die mit der Kapitalanlage im Zusammenhang stehende Kapitalüberlassung begründet worden ist. Damit besteht im Hinblick auf die belastenden Auswirkungen der Einführung der Abgeltungsteuer kein Bestandsschutz für Vereinbarungen, die vor dem VZ 2009 getroffen werden und auch kein Bestandsschutz für Vereinbarungen, die schon vor Verabschiedung des UntStReformG 2008 getroffen wurden.

II. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit

3 1. Bedeutung

Ab dem VZ 2009 wurde in Deutschland eine Abgeltungsteuer auf Einkünfte aus Kapitalvermögen eingeführt. Der Gesetzgeber verfolgt damit das Ziel, den privaten Transfer von Kapitalvermögen in das Ausland einzudämmen, um so das Steueraufkommen aus Kapitaleinkünften mittelfristig zu erhöhen. Dies soll durch einen auch international attraktiven Steuertarif erreicht werden. Zugleich soll das System der Besteuerung von Kapitaleinkünften erheblich vereinfacht werden. Schließlich soll durch die abgeltende Wirkung des KapErtrStAbzugs das Veranlagungsverfahren entlastet werden, was es zugleich ermöglicht, die Anonymität der Anleger zu wahren (vgl. BTDrucks. 16/4841, 33; vgl. auch BRUSCH, FR 2007, 999). Dies soll zu einer erhöhten Akzeptanz der Besteuerung führen.

Kernstück der Abgeltungsteuer ist die Einführung eines gesonderten, linearen Steuertarifs für Einkünfte aus Kapitalvermögen, während es für die übrigen sechs Einkunftsarten bei dem allgemeinen, progressiven Steuertarif bleibt. Damit wird das System der synthetischen ESt. – das allerdings auch zuvor nicht durchbrechungsfrei galt – aufgegeben und eine duale ESt. eingeführt. Für das deutsche EStRecht ist dies der Eintritt in eine Scheduling der Einkunftsarten.

Was materiell in die Schedule der Einkünfte aus Kapitalvermögen gehört, bestimmt der neu gefasste § 20, der nunmehr auch die Veräußerungstatbestände des § 23 Abs. 1 aufgenommen hat, zumindest soweit es die Veräußerung von Wertpapieren und Forderungen angeht.

Auf Einkünfte aus dieser Schedule soll – so weit wie möglich – nach §§ 43 ff. KapErtrSt. einbehalten werden. Dementsprechend wurde der Katalog des § 43 erheblich ausgedehnt. Der KapErtrStEinbehalt hat nach § 43 Abs. 5 Satz 1 abgeltende Wirkung, was zur Bezeichnung der KapErtrSt. als Abgeltungsteuer geführt hat, auch wenn der Begriff im Gesetz allein in der Überschrift des § 52a verwendet wird.

§ 32d stellt eine der zentralen Normen der gesonderten estl. Behandlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen dar. In Abs. 1 wird der gesonderte Steuertarif für die Schedule Einkünfte aus Kapitalvermögen auf 25 % festgelegt.

Allerdings unterfallen nicht alle Einkünfte aus Kapitalvermögen dem gesonderten Steuertarif. In Abs. 2 werden eine Reihe von Fallgestaltungen aufgezählt, in denen Einkünfte aus Kapitalvermögen ausnahmsweise dem progressiven Steuertarif nach § 32a Abs. 1 unterfallen. Hierdurch sollen einerseits missbräuchliche Gestaltungen verhindert und andererseits Härten abgemildert werden.

In den Abs. 3, 4 und 6 sind diverse Fälle geregelt, in denen Einkünfte aus Kapitalvermögen ausnahmsweise im Veranlagungsverfahren zu erklären sind oder vom Stpfl. erklärt werden können. Hierbei wird teilweise eine Veranlagung zum gesonderten Tarif, teilweise aber auch zum progressiven Tarif angeordnet. Abs. 5 regelt schließlich die Anrechnung ausländ. Quellensteuern.

4 Einstweilen frei.

5 2. Verfassungsmäßigkeit

Gegen die Einführung einer Abgeltungsteuer mit einem gesonderten, linearen Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen wird der Vorwurf erhoben, sie

verletze das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit.

Zulässigkeit einer Schedulenbesteuerung: Nach stRspr. des BVerfG ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Steuerrecht vor allem durch das Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und durch das Gebot der Folgerichtigkeit begrenzt (ua. BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 [125]). Wählt der Gesetzgeber für verschiedene Arten von Einkünften unterschiedliche Tarifverläufe, obwohl die Einkünfte nach der gesetzgeberischen Ausgangsentscheidung die gleiche Leistungsfähigkeit repräsentieren, muss die Ungleichbehandlung besonderen Rechtfertigungsanforderungen genügen (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766 [771]). Die Abgeltungsteuer führt in nahezu allen Fällen zu einer Ungleichbehandlung von Einkünften aus Kapitalvermögen einerseits und Einkünften aus anderen Einkunftsarten andererseits.

Als Rechtfertigungsgründe für die Einführung der Abgeltungsteuer werden vor allem der mit einer abgeltenden Besteuerung an der Quelle verbundene Vereinfachungseffekt (angesichts der konkreten Ausgestaltung sind Vereinfachungseffekte allerdings fraglich, vgl. HEY, BB 2007, 1303 [1307]) sowie die Sicherstellung eines gleichheitsgerechten Vollzugs der materiellen Steuernormen genannt. Durch die Besteuerung an der Quelle werde die Möglichkeit zur Steuerverkürzung eingeschränkt und damit die Belastungsgleichheit gefördert (vgl. BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 [282 f.] und v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 [113 f.], SÖHN, DStJG 30 [2007], 31 ff.). Angesichts der Entscheidungen des BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89 aaO, und v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02 aaO, in der das BVerfG dem Gesetzgeber eine abgeltende Quellenbesteuerung zur Sicherstellung der Belastungsgleichheit nahegelegt hat, erscheint es unwahrscheinlich, dass das Gericht in der Scharularisierung selbst einen Verstoß gegen das Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sehen wird (so auch ECKHOFF, FR 2007, 989 [996]).

Ausgestaltung der Abgeltungsteuer: Akzeptiert man die grundsätzliche Zulässigkeit einer Schedulenbesteuerung, so können sich dennoch einzelne Aspekte der Ausgestaltung der Abgeltungsteuer als verfassungswidrig erweisen. Hingewiesen wird hier im Schrifttum vor allem auf die Bruttobesteuerung durch das Verbot des Abzugs von WK (§ 20 Abs. 9). Die Durchbrechung des Nettoprinzips kann uE nicht generell durch den „niedrigeren“ StSatz gerechtfertigt werden, da das WKAbzugsverbot auch diejenigen trifft, deren persönlicher StSatz unterhalb von 25 % liegt. Auch der Sparer-Pauschbetrag (§ 20 Abs. 9) vermag gleichheitsrechtl. Bedenken nicht zu beseitigen, da nicht ersichtlich ist, auf welcher Grundlage eine Typisierung von WK bei Einkünften aus Kapitalvermögen mit 801 € erfolgte. Rechtfertigend wirkt allerdings, dass der angestrebte Vereinfachungseffekt nur bei einer Besteuerung an der Quelle erreicht werden kann (dennoch kritisch HEY, BB 2007, 1303 [1307]), welche nur bei einer Bruttobesteuerung praktikabel bleibt (für eine Berücksichtigung zumindest in der Veranlagung aber FISCHER, DStR 2007, 1898 [1899]). Weitere Bedenken richten sich gegen die Besteuerung von Dividenden. Zwar sei die Nichtberücksichtigung der Vorbelastung von Dividenden mit KSt. auf der Ebene der Gesellschaft aufgrund des Trennungsprinzips unbedenklich (INTEMANN, DB 2007, 1658 [1660] mit Verweis auf BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766; aA Loos, DB 2007, 704; RÄDLER, DB 2007, 988), doch verstoße die Besteuerung betrieblicher Dividendeneinkünfte nach dem Teileinkünfteverfahren und die Besteuerung privater Dividendeneinkünfte nach dem gesonderten Steuertarif gegen das

Leistungsfähigkeitsprinzip (INTEMANN, DB 2007, 1658 [1661]; aA ECKHOFF, FR 2007, 989 [997]).

III. Geltungsbereich

6 1. Sachlicher Geltungsbereich

§ 32d gilt für Kapitalerträge, die zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen. Soweit Kapitalerträge anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind, findet die Abgeltungsteuer keine Anwendung. Für Einzelheiten wird auf die Ausführungen zu den jeweiligen Absätzen verwiesen.

7 2. Persönlicher Geltungsbereich

§ 32d gilt grundsätzlich für unbeschränkt und beschränkt stpfl. natürliche Personen. Die Anrechnung ausländ. Steuer nach Abs. 4 erfolgt nur bei unbeschränkter EStPflcht. Bei KStPflcht findet § 32d keine Anwendung; stattdessen gilt die Tarifvorschrift des § 23 KStG.

8 IV. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Die §§ 2 Abs. 1, 20 stecken den Rahmen der Abgeltungsteuer ab, indem sie definieren, welche Einkünfte zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören.

Die Regelungen zur KapErtrSt. in den §§ 43 ff. ergänzen § 32d, indem sie bei bestimmten Kapitalerträgen einen Steuereinbehalt in Höhe des Abgeltungsteuertarifs anordnen. Dabei ist der Anwendungsbereich der KapErtrSt. einerseits enger als der Anwendungsbereich des § 32d, da eine Vielzahl von Kapitalerträgen nicht der KapErtrSt. unterliegt (vgl. Anm. 55). Andererseits ist er aber auch weiter als § 32d, da KapErtrSt. auch bei Kapitalerträgen erhoben wird, die nicht zu Einkünften im Sinne des § 20 führen. Insoweit kommt es dann aber auch nicht zur abgeltenden Wirkung des Kapitalertragsteuereinhalts (§ 43 Abs. 5 Satz 1).

§ 50 Abs. 2 Satz 1: Die Abgeltungsfiktion des Kapitalertragsteuereinhalts bei beschränkter StPflcht (§ 50 Abs. 2 Satz 1) geht weiter als die Regelung des § 43 Abs. 5 Satz 1. Während Letztere nur vorbehaltlich der Sonderregelungen in § 32d Abs. 2 Anwendung findet, existiert ein entsprechender Vorbehalt bei § 50 Abs. 2 Satz 1 nicht.

9 V. Verfahrensfragen

Der gesonderte Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen kommt im Veranlagungsverfahren von Amts wegen zur Anwendung. Für Kapitalerträge aus typischerweise unternehmerischen Beteiligungen an KapGes. kommt auf Antrag der gesonderte Steuertarif nicht zur Anwendung (vgl. Abs. 2 Nr. 3 und Anm. 46 ff.). Darüber hinaus erfolgt auf Antrag eine Günstigerprüfung (Abs. 6 und Anm. 80 ff.). Schließlich kann gem. Abs. 4 ein Antrag auf Veranlagung zum gesonderten Tarif beantragt werden, der die abgeltende Wirkung des Kapitalertragsteuereinhalts durchbricht. Damit kann Abweichungen der KapErtrSt. von der materiellen StPflcht Rechnung getragen werden (vgl. im Einzelnen Anm. 65 ff.).

Erläuterungen zu Abs. 1

I. Gesonderter Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Satz 1)

10

Abs. 1 Satz 1 legt den EStTarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen, soweit sie nicht einer anderen Einkunftsart zuzurechnen sind, auf 25 % fest. Es handelt sich damit um eine Tarifvorschrift, die gegenüber § 32a Abs. 1 *lex specialis* ist.

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Der gesonderte Steuertarif gilt grundsätzlich für alle Einkünfte aus Kapitalvermögen. Welche Einkünfte dies sind, bestimmt sich nach § 20 Abs. 1–3. Der Katalog der Einkünfte aus Kapitalvermögen wurde durch das UntStReformG 2008 erheblich ausgeweitet und umfasst nun auch Tatbestände, die bislang nur als private Veräußerungsgeschäfte unter die sonstigen Einkünfte fielen. Nach wie vor nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und Einkünfte aus der Veräußerung von WG, die nicht unter § 20 Abs. 2 fallen (vor allem Devisen und Edelmetalle, Grundstücke). Auch wenn es sich hier um Einkünfte handelt, die aus einer Tätigkeit der privaten Kapitalanlage im weiteren Sinne herrühren, findet der gesonderte Steuertarif keine Anwendung.

Einkünfte, die nicht unter § 20 Abs. 8 fallen: Der gesonderte Steuertarif kommt nur zur Anwendung, wenn die Einkünfte nicht aufgrund der Subsidiarität der Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 8) den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbständiger Arbeit oder Vermietung und Verpachtung zuzurechnen sind. Bei Subsidiarität des § 20 kommt es weiterhin zu einer Besteuerung nach der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1; es gilt der progressive Steuertarif. Sofern diese Einkünfte unter § 3 Nr. 40 fallen, findet das Teileinkünfteverfahren Anwendung (§§ 3 Nr. 40 Satz 2, 3c Abs. 2 Satz 1). Dies gilt vor allem für Kapitalanlagen in Wertpapieren, die dem BV zuzurechnen sind. In diesen Fällen sind die Einschränkung der Verlustverrechnung (§ 20 Abs. 6) und das WK-Abzugsverbot (§ 20 Abs. 9) nicht anzuwenden.

Steuertarif: Der Steuertarif beträgt 25 % und entspricht damit dem KapErtrSt-Satz (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1). Der Gleichlauf der Vorauszahlungsseite mit der materiellen StPflcht ermöglicht die in § 43 Abs. 5 Satz 1 angeordnete abgeltende Wirkung des KapErtrStEinbehalts. Die Linearität des Tarifs ist Voraussetzung dafür, dass die Einkünfte dieser Schedule außerhalb einer allgemeinen ESt-Veranlagung besteuert werden können. Der Gesamtbetrag der Kapitaleinkünfte hat nicht nur keinen Einfluss auf die Höhe des Abgeltungsteuertarifs, er hat zugleich keine Auswirkung auf die Höhe des allgemeinen, progressiven Tarifs. Ein Progressionsvorbehalt ist nicht vorgesehen.

Die Höhe des Steuertarifs war im Gesetzgebungsverfahren lange Zeit umstritten. Es bestand ein Zielkonflikt zwischen einem niedrigen, international attraktiven Steuertarif, der einer Kapitalflucht ins Ausland entgegenwirkt, und dem Ziel, die Steuersatzspreizung zu den progressiv besteuerten Einkünften nicht zu groß werden zu lassen und zugleich Steuerausfälle weitestgehend zu vermeiden. Mit der Festlegung auf 25 % (inkl. SolZ 26,375 %) wurde ein Tarif gewählt, der innerhalb der Staaten, die eine Abgeltungsteuer eingeführt haben, am oberen Ende liegt. Dennoch liegt der Satz erheblich unter dem Spitzensteuersatz bei den progressiv besteuerten Einkunftsarten von 42 % bzw. 45 %.

11 II. Berücksichtigung anrechenbarer ausländischer Steuern (Abs. 1 Satz 2)

Anrechenbare ausländ. Steuern vermindern nach Maßgabe des Abs. 5 die Steuer nach Abs. 1 Satz 1. Diese Norm steht im Zusammenhang mit § 43 Abs. 3 Satz 1, wonach auszahlende Stellen anrechenbare ausländ. Steuern ebenfalls nach Maßgabe des Abs. 5 berücksichtigen. Satz 2 stellt damit den Gleichlauf zwischen der materiellen StPflicht und dem KapErtrStEinbehalt durch auszahlende Stellen sicher.

12 III. Ermäßigung bei Kirchensteuerpflicht (Abs. 1 Sätze 3–5)

Gezahlte KiSt. ist nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 grundsätzlich eine unbeschränkt abziehbare SA. Um die Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht umfassend in die EStVeranlagung einbeziehen zu müssen und um die Abziehbarkeit der KiSt. als SA zu ermöglichen, ordnet Abs. 1 Satz 3 die pauschale Anrechnung der KiSt. auf die Steuer nach Abs. 1 an. Dabei wird die Abziehbarkeit der KiSt. von ihrer eigenen Bemessungsgrundlage berücksichtigt. Hierzu wird die ESt. reduziert um 25 % der auf die Kapitalerträge entfallenden KiSt. Um die Steuerberechnung zu vereinfachen, geben die Sätze 4 und 5 eine mathematische Formel an, mit der sich die ESt. auf Kapitalerträge unter Berücksichtigung der Anrechnung ausländ. Quellensteuern und der KiSt. berechnen lässt. Ein eigenständiger normativer Gehalt kommt der Formel allerdings nicht zu.

Beispiel: A erzielt im VZ 2009 Einkünfte aus Kapitalvermögen iHv. 4000 €. Die anrechenbare ausländ. Quellensteuer beträgt 600 €. A ist kistpfl.; der KiStSatz beträgt 8 %. Die ESt. beträgt demzufolge $(4000 \text{ €} \cdot 4 \times 600 \text{ €}) / (4 + 0,08) = 392,16 \text{ €}$. Die KiSt. beträgt $392,16 \text{ €} \times 8 \% = 31,37$. Hinzu kommt der SolZ iHv. 5,5 % von $392,16 \text{ €} = 21,57 \text{ €}$. Die Gesamtbelastung liegt bei 445,10 €.

13–14 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2

15 A. Überblick über die Struktur des Abs. 2

Abs. 2 zählt in drei Nummern eine Vielzahl von Konstellationen auf, in denen Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht dem gesonderten Steuertarif unterliegen. Die drei Nummern unterscheiden sich von ihrem Regelungszweck her deutlich. Während die Ausnahme der Nr. 1 (besondere Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner) ausweislich der Gesetzesbegründung der Missbrauchvermeidung dienen soll, verhindert Nr. 2 (Versicherungsleistungen, die nach einer bestimmten Vertragsdauer und ab dem 60. Lebensjahr ausgezahlt werden) eine doppelte Begünstigung. Mit der im Rahmen des JStG 2008 nachträglich eingefügten Nr. 3 sollen schließlich Härten abgemildert werden, die sich bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen an KapGes. vor allem aus dem generellen WK-Abzugsverbot ergeben können.

B. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs aufgrund besonderer Beziehungen zwischen Gläubiger der Kapitalerträge und Schuldner (Abs. 2 Nr. 1)

I. Grund und Bedeutung von Abs. 2 Nr. 1

16

Schedularisierung: Die Schedularisierung der Ertragsbesteuerung begründet einen Anreiz, nach Möglichkeit Einkünfte in der Schedule anfallen zu lassen, auf die der günstigere Steuertarif Anwendung findet. Für Stpfl., deren Grenzsteuersatz nach § 32a Abs. 1 oberhalb von 25 % liegt, ist es daher attraktiv, statt hoch besteuerten Einkünfte aus anderen Einkunftsarten Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erzielen, die einer linearen Besteuerung mit einem Steuertarif von 25 % unterliegen. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass Stpfl. ihr Verhalten so einrichten werden, dass sie in den Genuss der Steuersatzspreizung zwischen Einkünften aus Kapitalvermögen und den anderen Einkunftsarten kommen.

Dabei ist es zum einen denkbar, dass *ein Stpfl.* vermehrt Fremdkapital in der progressiv besteuerten Sphäre einsetzt und zugleich Liquidität im PV anlegt, um sie als sonderbesteuerte Kapitaleinkünfte zu beziehen. Damit erreicht der Stpfl. eine Verschiebung seiner Einkünfte zwischen den Einkunftsarten.

Zum anderen können auch *mehrere Stpfl.* Einkünfte zwischen sich verschieben, indem sie miteinander etwa eine Darlehensbeziehung eingehen. Ein möglicher stl. Vorteil ergibt sich dann erst aus einer Gesamtbetrachtung der Steuerlast der beteiligten Personen. So kann der Schuldner des Darlehens durch den Zinsaufwand in seiner betrieblichen Sphäre die progressiv besteuerten gewerblichen Einkünfte reduzieren, zugleich unterfällt der Zinsertrag beim Gläubiger der Kapitalerträge dem gesonderten Steuertarif nach Abs. 1. Die stl. Entlastungswirkung durch Abzug der Schuldzinsen auf Ebene des Schuldners überwiegt die ertragstl. Belastung auf Ebene des Gläubigers. Ein derartiges konzertiertes Vorgehen von Gläubiger und Schuldner zur Ausnutzung der Steuersatzspreizung ist aber regelmäßig nur denkbar, wenn Gläubiger und Schuldner in einem besonderen Näheverhältnis zueinander stehen (vgl. auch SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 32d Rn. 8).

Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a bestimmt daher, dass auf bestimmte Kapitalerträge, die zwischen nahe stehenden Personen gezahlt werden, der gesonderte Steuertarif keine Anwendung findet, da hier typisiert eine Verlagerung von Einkünften unterstellt wird.

Zu beachten ist allerdings, dass das gesetzgeberische Motiv, das Ausnutzen der Steuersatzspreizung durch die Begründung von Darlehensbeziehungen zu verhindern, keinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Insbes. ist die Abziehbarkeit der Schuldzinsen in einer progressiv besteuerten Einkunftsart beim Schuldner kein Tatbestandsmerkmal. Die Norm erfasst damit auch Fälle, bei denen sich durch das Darlehensverhältnis kein Gesamt-Belastungsvorteil ergibt. Gegenüber einer Reduktion der Norm in dem Sinne, dass ein Belastungsvorteil als weiteres Tatbestandsmerkmal aufzunehmen ist, wofür das Gesetz aber keinen Anhaltspunkt liefert (in diese Richtung aber SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 644, ähnlich BEHRENS/RENNER, BB 2008, 2319 [2320]), ist uE eine einschränkende Auslegung des Begriffs der nahe stehenden Person vorzuzugewähren (s. dazu Anm. 20).

Keine Kompensation für körperschaftsteuerliche Vorbelastung: Daneben löst auch die Aufgabe bzw. Modifikation des Halbeinkünfteverfahrens zum Teil-

einkünfteverfahren einen Verzerrungseffekt aus. Da die Vorbelastung von Gewinnausschüttungen einer KapGes. mit KSt. auf Gesellschafterebene nicht mehr kompensiert wird, entsteht ein Anreiz, KapGes. eher mit Fremdkapital zu finanzieren. Vorbehaltlich der Regelungen zur Zinsschranke (§ 4h), zu Überentnahmen (§ 4 Abs. 4a) und zu vGA mindern die Aufwendungen für Fremdkapitalüberlassungen die kstl. Bemessungsgrundlage. Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b zielt auf die Einschränkung derartiger Umfinanzierungseffekte (vgl. BRUSCH, FR 2007, 999 [1001]).

17

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Ausnahmeregelung erfasst allein Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7. Damit fallen unter die Regelung zum einen die laufenden Gewinnanteile aus einer Beteiligung als stiller Gesellschafter oder aus partiarischen Darlehen und Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, und zum anderen die Veräußerungsgewinne aus diesen Beteiligungen bzw. Forderungen. Auf andere Kapitalerträge – darunter etwa Dividenden und andere Beteiligungserträge – findet die Regelung keine Anwendung. Eine überhöhte Fremdkapitalvergütung kann zur Annahme einer vGA führen, auf die Abs. 2 keine Anwendung findet, da der Gesellschafter Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 erzielt.

18–19 Einstweilen frei.

III. Voraussetzungen aus dem Verhältnis der beteiligten Personen zueinander

20 1. Gläubiger und Schuldner als einander nahe stehende Personen (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a)

Der gesonderte Steuersatz kommt nicht zur Anwendung, wenn Gläubiger und Schuldner einander nahe stehende Personen sind. In einem solchen Fall wird unwiderleglich vermutet, dass die schuldrechtl. Beziehung zwischen diesen Personen durch das Ziel der Ausnutzung der Steuersatzspreizung motiviert ist.

Nahe stehende Person: Das Gesetz verwendet den Begriff, ohne ihn zu definieren. Anders als in der Neufassung des § 8a Abs. 2 KStG enthält das Gesetz auch keinen Verweis auf die Definition des § 1 Abs. 2 AStG. Nach der Gesetzesbegründung soll das Tatbestandsmerkmal erfüllt sein, wenn der Schuldner auf den Stpfl. einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Stpfl. auf den Schuldner einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder der Schuldner oder der Stpfl. imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Stpfl. oder die nahe stehende Person einen außerhalb der Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat (BTDrucks. 16/4841, 61). Diese Formulierung ist eine nahezu wörtliche Wiedergabe des § 1 Abs. 2 AStG, ohne dass die Besonderheiten des jeweiligen normativen Kontexts berücksichtigt worden wären. So scheint es im Anwendungsbereich des Abs. 2 ausgeschlossen, dass der Schuldner oder eine dritte Person auf den Stpfl. einen „beherrschenden“ Einfluss ausüben kann. Diese Begrifflichkeit gehört in den unternehmerischen Kontext des

AStG, kann aber hinsichtlich des Stpfl. iSd. Abs. 2, der immer eine Privatperson ist, keine Rolle spielen (BEHRENS/RENNER, BB 2008, 2319 [2321], sehen daher für Fremdfinanzierungen zwischen natürlichen Personen keinen Anwendungsbereich).

Weitgehende Einigkeit herrscht im Schrifttum, dass der Begriff der nahe stehenden Person nicht mit dem bislang im EStG geläufigen Begriff des Angehörigen identisch ist (§ 15 AO; für ein weiteres Verständnis SCHMIDT/WÄNGER, NWB F. 3, S. 14939; HOMBURG, DStR 2007, 686 [690]; für ein engeres Verständnis dagegen FISCHER, DStR 2007, 1898 [1899]). Neben der von der Gesetzesbegründung favorisierten Auslegung in Anlehnung an § 1 Abs. 2 AStG (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 32d Rn. 8; BLÜMICH/TREIBER, § 32d Rn. 69) wird auch ein Verständnis entsprechend § 10 Abs. 5 Nr. 1 UStG oder § 138 InsO vorgeschlagen (HOMBURG, DStR 2007, 686 [690]).

UE sollte sich die Auslegung in erster Linie an dem Zweck der Norm orientieren. Dabei kann durchaus auf die in der Gesetzesbegründung herangezogene Parallelität zu § 1 Abs. 2 AStG zurückgegriffen werden. Aus den Fallgruppen des § 1 Abs. 2 AStG lässt sich abstrahieren, dass Personen einander nahe stehen, wenn zwischen ihnen eine *weitgehende Interessenidentität* besteht (STRUNK/KAMINSKI/KÖHLER, § 1 AStG Rn. 614). Diese liegt ua. vor, wenn eine Person ein *eigenes Interesse* an der Einkünfteerzielung durch die andere Person hat. Nach der Rspr. des BFH ist davon etwa auszugehen, wenn als Grund für die eingetretene Einkünfteverlagerung vernünftigerweise nur die Absicht einer mittelbaren Vermögensverlagerung zwischen nahen Familienangehörigen in Betracht gezogen werden kann (BFH v. 19.1.1994 – I R 93/93, BStBl. II 1994, 725). Diese Absicht kann – im Kontext der Abgeltungsteuer – dann angenommen werden, wenn die Einkünfteverlagerung durch Abschluss eines Darlehensvertrags aufgrund der Anwendung des gesonderten Tarifs nach Abs. 1 zu einem Gesamtbelastungsvorteil führt. Darlehensverträge zwischen nahen Angehörigen führen damit aber keineswegs immer zur Anwendung des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob sich die Beteiligten aufgrund ihrer Interessenidentität nahe stehen (vgl. auch SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 645). Diese fehlt etwa dann, wenn ein Privatdarlehen unter nahen Angehörigen vergeben wird, bei dem der Zinsaufwand beim Schuldner nicht abziehbar ist (etwa ein Darlehen zur Finanzierung allgemeiner Lebenshaltungskosten; vgl. auch KOLLRUSS, GmbHR 2007, 1133 [1134]).

Darüber hinaus ist im Hinblick auf den Schutz von Ehe und Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG die Norm dann zu reduzieren, wenn ein Privatdarlehen zwischen nahe stehenden Personen einem Fremdvergleich standhält. Insoeit darf eine Kapitalüberlassung an Familienangehörige nicht gegenüber einer Anlage bei einer Bank diskriminiert werden.

Grundsätzlich kann sich ein Näheverhältnis zwischen einem Stpfl. und einer KapGes. auch aus einer (wesentlichen) Beteiligung des Stpfl. an ihr ergeben, da diese Indiz für eine Interessenidentität ist. Ob dazu auf die 25 %-Grenze des § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG zurückgegriffen werden muss, kann dahinstehen, da Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b eine (abschließende) Sonderregelung für gesellschaftsrechtl. Beteiligungen des Stpfl. am Schuldner der Kapitalerträge enthält (aA SCHÖNFELD aaO, 645, der die Fallgruppe des Buchst. a bei Beteiligungen von mindestens 25 % als eine *lex specialis* gegenüber Buchst. b bezeichnet).

21 2. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Steuerpflichtigen am Schuldner (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b)

Der gesonderte Steuertarif findet weiterhin keine Anwendung bei Kapitalerträgen, die von einer KapGes. oder einer Genossenschaft gezahlt werden, an der der Stpfl. zu mindestens 10 % beteiligt ist. Anders als in Abs. 2 Nr. 3 wird eine bloß mittelbare Beteiligung nicht explizit erwähnt, so dass diese uE nicht ausreicht (vgl. zum parallelen Problem im Rahmen des § 8 Abs. 4 KStG aF BFH v. 20.8.2003 – I R 61/01, BStBl. II 2004, 616).

► *Ausgleich für fehlende Kompensation der KSt.-Vorbelastung:* Da die Erträge einer KapGes. und einer Genossenschaft der KSt. unterliegen und damit nicht dem Anwendungsbereich der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 unterfallen, besteht das Ziel des Gesetzgebers in dieser Fallgruppe nicht darin, das Ausnutzen der Steuersatzspreizung zwischen verschiedenen Einkunftsarten zu verhindern, sondern in der Absicht, die Tendenz zur Fremdkapitalfinanzierung aufgrund der bei Eigenkapitalfinanzierungen fehlenden Kompensation für die KSt.-Vorbelastung einzudämmen (vgl. Anm. 16).

Der Gesetzgeber ist nicht den Weg gegangen, eine Gesellschafterfremdfinanzierung generell wie eine Eigenkapitalfinanzierung zu behandeln. Sofern Zinsaufwendungen aus einer Gesellschafterfremdfinanzierung nicht unter die Zinsschranke (§ 4h, § 8a KStG) fallen, bleibt es vorbehaltenlich der Regelungen zur vGA bei der Abziehbarkeit auf Ebene der Gesellschaft. Lediglich auf Ebene des Gesellschafters wird die Anwendung des gesonderten Steuertarifs versagt. Bei Anwendung des Spitzensteuersatzes kommt es damit nur zu geringen Gesamtbelastungsunterschieden zwischen einer Eigenkapitalfinanzierung ohne Abzugsmöglichkeit auf Gesellschaftsebene und einer Fremdkapitalfinanzierung mit Anwendung des progressiven Steuertarifs auf Gesellschafterebene (ausführliche Vergleichsrechnungen bei ORTMANN-BABEL/ZIPFEL, BB 2007, 1869 [1881]).

Während nach dem RegE des UntStReformG noch eine Beteiligung von 1 % für die Versagung des gesonderten Steuertarifs ausreichen sollte, ist diese Grenze später auf Anregung des BRat auf 10 % angehoben worden. Dem lag die Erkenntnis zugrunde, dass eine Gestaltung durch einen Gesellschafter voraussetzt, dass dieser überhaupt in der Lage ist, durch Einflussnahme auf die Gesellschaft zu gestalten. Ein ausreichender Einfluss wird nunmehr ab einer Beteiligung von 10 % typisierend unterstellt.

Stellungnahme: UE ist die Regelung nicht zu rechtfertigen. Die Verwerfungen zwischen Eigen- und Fremdkapitalfinanzierungen sind der vom Gesetzgeber gewählten Form einer Abgeltungsteuer immanent. Der strukturelle Fehler liegt darin, dass bei Beteiligungserträgen keine Kompensation für die Vorbelastung mit KSt. auf Gesellschaftsebene gewährt wird. Abs. 2 stellt daher nicht – wie in der Gesetzesbegründung behauptet – Finanzierungsneutralität sicher (BTDrucks. 16/4841, 60). Vielmehr wird die durch die Abgeltungsteuer aufgehobene Finanzierungsneutralität nur partiell wiederhergestellt. Die Abgeltungsteuer führt zwangsläufig zu einer steigenden Attraktivität der Fremdfinanzierung – unabhängig davon, ob der Fremdkapitalgeber zugleich auch (wesentlicher) Anteilseigner der Gesellschaft ist. Der übermäßigen Fremdfinanzierung versucht der Gesetzgeber mit der Einführung einer Zinsschranke zu begegnen; einer weiteren Abwehrmaßnahme, die sich nur gegen Gesellschafterfremdfinanzierungen richtet, bedarf es daher nicht. Der Gesetzgeber ist stattdessen aufgerufen, den strukturellen Fehler der Abgeltungsteuer zu beseitigen und Beteiligungserträge insgesamt begünstigt zu besteuern.

► *Anwendung auch auf ausländische Schuldner:* Die Regelung findet auf in- und ausländ. KapGes. und Genossenschaften Anwendung. Zwar geht bei der Gesellschafterfremdfinanzierung ausländ. KapGes. kein deutsches Besteuerungs-

strat verloren, da das verringerte KStAufkommen allein den Ansässigkeitsstaat der KapGes. bzw. Genossenschaft trifft. Der Wortlaut lässt jedoch keine einschränkende Auslegung zu (kritisch zu dieser Regelung daher SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 646).

► *Keine Anwendung auf Personengesellschaften:* Auf PersGes. findet die Regelung keine Anwendung. Gewährt ein Mitunternehmer einer PersGes. dieser ein Darlehen, stellen die Zinserträge beim Gesellschafter SonderBE dar (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2), die nicht dem gesonderten Steuertarif des Abs. 1 unterfallen (Abs. 1 Satz 1 iVm. § 20 Abs. 8). Auf nachgeschaltete PersGes. findet die Regelung ebenfalls keine Anwendung. Hier besteht eine Regelungslücke (KOLLRUSS, GmbHR 2007, 1133 [1134]; BEHRENS/RENNER, BB 2008, 2319 [2322]).

3. Gläubiger der Kapitalerträge steht einer Person nahe, die gesellschaftsrechtlich zu mindestens 10 % am Schuldner beteiligt ist (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2)

22

Der gesonderte Steuertarif findet weiterhin dann keine Anwendung, wenn der Stpfl. als Gläubiger von Kapitalerträgen einer Person nahe steht, die ihrerseits zu mindestens 10 % an der die Kapitalerträge schuldenden KapGes. oder Genossenschaft beteiligt ist. Diese Erweiterung soll Umgehungskonstruktionen verhindern. Der Begriff der nahe stehenden Person ist identisch mit der nahe stehenden Person iSd. Ausgangskonstellation nach Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a (s. Anm. 20). Ein Anwendungsfall dieser Regelung ist etwa die Darlehensvergabe an eine KapGes., wenn der Ehegatte des Fremdkapitalgebers zu mehr als 10 % an dieser Gesellschaft beteiligt ist. Auch in dieser Konstellation kommt es darauf an, ob zwischen den Beteiligten eine weitgehende Interessenidentität besteht (vgl. Anm. 20).

Einstweilen frei.

23–24

4. Kapitalertrag resultiert aus einer Kapitalanlage, die im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung durch einen Dritten steht (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c)

a) Überblick

25

Ausschluss von Back-to-Back-Finanzierungen: Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c soll sog. *Back-to-Back-Finanzierungen* erfassen. Hierbei handelt es sich um Gestaltungen, bei denen bei einem Dritten – typischerweise einer Bank – ein Darlehen vom Stpfl. oder einer anderen Person aufgenommen wird (im Gesetz als *Kapitalüberlassung* bezeichnet), während der Stpfl. zugleich eine Einlage unterhält (im Gesetz als *Kapitalanlage* bezeichnet). Die schon in das UntStReformG 2008 aufgenommene Regelung wurde im JStG 2008 grundlegend überarbeitet, nachdem sich gezeigt hatte, dass die ursprüngliche Formulierung teilweise zu eng, teilweise aber auch erheblich zu weit geraten war. So sollten ursprünglich nur Fälle erfasst werden, bei denen Einlage und Darlehen bei derselben dritten Person bestehen. Durch die Wahl einer Anlage- und einer Finanzierungsbank hätte diese Regelung ohne weiteres ausgehebelt werden können, wodurch wiederum das „Hausbankprinzip“ gefährdet gewesen wäre. Zu weit war die Regelung insoweit, als bereits das zeitliche Zusammentreffen von Einlage und Darlehen zur Vermeidung des gesonderten Steuertarifs geführt hätte, auch wenn beide in keinerlei Zusammenhang miteinander stehen (vgl. auch BTDrucks. 16/7036, 19).

Ausweislich der Gesetzesbegründung bezweckt die Regelung nunmehr die Verhinderung von Gestaltungen, bei denen betriebliche Gewinne zB in Form von

Darlehenszinsen abgesaugt werden und so die Steuerbelastung auf den Abgeltungssteuersatz reduziert wird (BTDrucks. 16/7036, 18). Die Einbeziehung von Darlehensverhältnissen mit KapGes. und Genossenschaften (Doppelbuchst. cc) lässt sich allerdings nur mit dem Ziel der Einschränkung der Fremdfinanzierung von KapGes. und Genossenschaften erklären (vgl. Anm. 16).

Rechtsfolge einer schädlichen Back-to-Back-Finanzierung ist die Nichtanwendung des Abs. 1 auf Kapitalerträge, *soweit* die zugrunde liegende Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung steht. Die Formulierung lässt offen, ob Bezugsgröße der „soweit“-Grenze die Nominalbeträge von Kapitalanlage und -überlassung oder die jeweiligen Zinsbeträge sind. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist auf das Verhältnis der Nominalbeträge abzustellen, da die Rechtsfolge greifen soll, *soweit* eine Direktfinanzierung durch eine back-to-back Finanzierung ersetzt wird.

Beispiel: A erhält eine Kapitalanlage iHv. 2000, aus der er Kapitalerträge iHv. 200 erzielt. Die Anlage steht im Zusammenhang mit einem Darlehen (Kapitalüberlassung) iHv. 500, aus dem Zinsaufwendungen von 75 erwachsen. Bei der Besteuerung der Kapitalerträge ist bis zu einem Betrag von 50 ($500/2000 \times 200$) die Anwendung des gesonderten Steuertarifs ausgeschlossen. Im Übrigen ($200 \cdot 50 = 150$) unterfallen die Kapitalerträge der Anwendung des Abs. 1.

26 b) Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1)

Back-to-Back-Finanzierung im Zweipersonenverhältnis: Ein Einzelunternehmer hat nicht die Möglichkeit, Darlehen aus seinem PV an sein BV zu vergeben. Damit fehlt ihm die Möglichkeit, seine gewerbliche Tätigkeit durch private Mittel fremdzufinanzieren. Durch Einschaltung eines Dritten ist allerdings eine mittelbare Fremdfinanzierung der eigenen gewerblichen Tätigkeit möglich. Der Stpfl. kann ein Darlehen, das der betrieblichen Sphäre zuzuordnen ist, bei einem Dritten aufnehmen und gleichzeitig Mittel des PV bei diesem Dritten (oder einem Vierten) anlegen. Während der Zinsaufwand in der betrieblichen Sphäre die progressiv besteuerten Einkünfte in den Grenzen der Zinsschranke und der Übererentnahme vermindert, fällt der Zinsertrag regelmäßig in der Privatsphäre an. Damit wäre grundsätzlich der gesonderte Steuertarif nach Abs. 1 anzuwenden. Die Ausnahme des Buchst. c soll derartige Gestaltungen, die der Verlagerung von Einkünften aus den progressiv besteuerten Einkunftsarten in die gesondert besteuerten Einkünfte aus Kapitalvermögen dienen, entgegenwirken. Es handelt sich hier regelmäßig um Back-to-Back-Finanzierungen im Zweipersonenverhältnis.

Dritter: In der ursprünglichen Fassung durch das UntStReformG 2008 setzte Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c voraus, dass ein *Dritter* die Kapitalerträge schuldet, der *seinerseits* Kapital an einen Betrieb des Gläubigers überlassen hat. Nach dieser Formulierung musste der Dritte sowohl Gläubiger der Kapitalüberlassung an den Betrieb des Stpfl. als auch Schuldner der Kapitalanlage des Stpfl. sein. Sofern die Person, die dem Betrieb Kapital überlässt, von der Person verschieden ist, bei der der Stpfl. Kapital anlegt, wäre die Regelung ins Leere gelaufen (sog. Doppelbankenfälle). Mit dem JStG 2008 wurde diese Lücke noch vor dem Inkrafttreten der Regelung geschlossen. Nach der Neufassung ist keine Beziehung mehr erforderlich zwischen dem Dritten, der die Kapitalerträge schuldet, und der Person, die das Kapital an den Betrieb des Stpfl. überlässt. In den Anwendungsbereich des Buchst. c können nunmehr sowohl Zwei- als auch Dreipersonenverhältnisse fallen.

Betrieb: Im EStG wird der Begriff nicht legaldefiniert und nur selten verwendet (etwa in § 4 Abs. 1 Satz 7 und Abs. 4 und § 4h). Ein Betrieb iSd. Abs. 2 ist die Tätigkeit des Stpfl., die der Erzielung von Gewinneinkünften dient. Das folgt vor allem aus dem Komplementärcharakter zu Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6, in der die Regelung auf Überschusseinkünfte ausgedehnt wird. Eine Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Stpfl. liegt damit vor, wenn sie der Erzielung von Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbständiger Arbeit dient.

Kapitalüberlassungen an Mitunternehmenschaften unterfallen der Sonderregelung des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb. Daneben kann aber auch eine Kapitalüberlassung an den Stpfl., die seinem SonderBV zuzuordnen ist (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2), als Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Stpfl. angesehen werden.

Kapitalüberlassung: Die Auslegung dieses Begriffs muss uE spiegelbildlich zur Auslegung des Begriffs der Kapitalanlage, auf die sich die Regelung bezieht, erfolgen. Die Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs erfasst lediglich Kapitalerträge aus Kapitalanlagen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7, also aus typischen stillen Gesellschaften, partiarischen Darlehen und aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art (s. Anm. 17). Dementsprechend kommen auch nur Kapitalüberlassungsverhältnisse in Betracht, die beim Gläubiger zu entsprechenden Kapitalerträgen führen. Insbes. sind Eigenkapitalüberlassungen nicht ausreichend. Die Begründung hierfür ergibt sich aus der Absicht des Gesetzgebers, Back-to-Back-Gestaltungen zu erfassen (s. Anm. 25). Eine solche setzt zwingend voraus, dass die Kapitalüberlassung und die Kapitalanlage gleiche Charakteristika aufweisen. Andernfalls würde der zwischengeschaltete Dritte Chancen und Risiken tragen, was dem Charakter einer Back-to-Back-Finanzierung als durchgeleiteter Finanzierung widerspricht. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass sich der Dritte an dem Gewerbebetrieb des Stpfl. etwa als typisch stiller Gesellschafter beteiligt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4), während der Stpfl. beim Dritten eine Einlage unterhält, die zu Erträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 führt. In einem solchen Fall ist aber das Tatbestandsmerkmal des Zusammenhangs besonders sorgfältig zu prüfen.

Auf ein zusätzliches Rückgriffsrecht des Dritten gegen den Stpfl., wie dies in den Drei- und Mehrpersonenverhältnissen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 vorgesehen ist, konnte verzichtet werden, weil der Stpfl. zwingend gleichzeitig Gläubiger der Kapitalerträge und Schuldner des Kapitalüberlassungsverhältnisses ist und damit stets für die Kapitalüberlassung mit seinem gesamten Vermögen – einschließlich der Kapitalanlage – haftet.

Zusammenhang: s. Anm. 32.

c) Kapitalüberlassung im Drei- und Mehrpersonenverhältnis (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Einleitungsteil)

27

Neben dem Ausgangsfall der Back-to-Back-Finanzierung im (typischerweise) Zweipersonenverhältnis sollen auch bestimmte Kapitalüberlassungen, in die weitere Personen eingeschaltet sind, schädlich sein. Diese Konstellationen zeichnen sich dadurch aus, dass die Parteien des Kapitalüberlassungsverhältnisses und des Kapitalanlageverhältnisses teilweise oder vollständig andere Personen sind. Dennoch sind die Kapitalbeziehungen miteinander verknüpft, indem der Gläubiger des Kapitalüberlassungsverhältnisses auf den Gläubiger und seine Kapitalanlage zurückgreifen kann (s. Anm. 31). Zusätzlich muss eine Verbindung

zwischen dem Kapitalanleger – dem Stpfl. – und dem Schuldner des Kapitalüberlassungsverhältnisses bestehen, deren mögliche Arten in den Doppelbuchst. aa–cc des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 abschließend umschrieben sind.

28 **d) Kapitalüberlassung an eine dem Gläubiger nahe stehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa)**

Bei der Fallgruppe der Kapitalüberlassung eines Dritten an eine dem Gläubiger der Kapitalerträge nahe stehende Person handelt es sich um die Back-to-Back-Variante der Konstellation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a. Es liegt keine direkte Zahlung von Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7 bzw. Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7 zwischen einander nahe stehenden Personen vor, vielmehr wird ein Dritter (ggf. auch ein Viertes) zwischengeschaltet. Da es sich um eine Abwandlung der Ausgangssituation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a handelt, gelten die Ausführungen zum Begriff der nahe stehenden Person (s. Anm. 20) entsprechend.

Verknüpfung mehrerer Zweipersonenverhältnisse: Vorausgesetzt wird, dass der Stpfl. (Gläubiger) eine Kapitalanlage bei einer vom Gesetz als Dritter bezeichneten Person unterhält, aus der er Kapitalerträge erzielt. Zugleich muss eine weitere Person (häufig eine Bank) an eine dem Stpfl. nahe stehende Person Kapital überlassen. Dabei kann diese weitere Person mit dem Dritten, der Schuldner der Kapitalerträge des Stpfl. ist, identisch sein, es kann sich aber auch um eine vierte Person handeln. In diesem Fall liegen zwei Zweipersonenverhältnisse zwischen dem Stpfl. und dem Dritten sowie zwischen der dem Stpfl. nahe stehenden Person und dem Vierten vor. Die Verknüpfung dieser Zweipersonenverhältnisse erfolgt über die Tatbestandsmerkmale des Zusammenhangs und des Rückgriffs.

Kapitalüberlassung an Betrieb des Steuerpflichtigen: Bei einem derartigen Drei- bzw. Vierpersonenverhältnis soll Entsprechendes gelten wie in der Ausgangskonstellation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c. Dies ist als Rechtsgrundverweisung zu verstehen, so dass auch die Voraussetzung, dass die Kapitalüberlassung an einen Betrieb erfolgen muss, in Bezug genommen wird. Dies ergibt sich auch aus Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6, wonach die Regelungen bei Kapitalüberlassungen zur Erzielung bestimmter Überschusseinkünfte entsprechend gelten sollen. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass die Regelungen sich im Übrigen nur auf Kapitalüberlassungen zur Erzielung von Gewinneinkünften beziehen können.

29 **e) Kapitalüberlassung an eine Personengesellschaft, bei der der Gläubiger oder eine diesem nahe stehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb)**

Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb regelt den Fall, dass der Stpfl. oder eine diesem nahe stehende Person (zur Definition s. Anm. 20) Mitunternehmer einer PersGes. ist, der von einer anderen Person Kapital überlassen wird, während der Stpfl. zugleich eine Kapitalanlage bei einer vom Gesetz als Dritter bezeichneten Person unterhält. Der Dritte als Schuldner der Kapitalerträge und die Person, die das Kapital an die PersGes. überlässt, können identisch sein, erforderlich ist dies jedoch nicht.

Würde der Stpfl. der PersGes. direkt Kapital überlassen, unterfielen die Kapitalerträge als SonderBE nicht dem gesonderten Steuertarif, sondern der allgemeinen, progressiven Besteuerung nach § 32a Abs. 1 (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 iVm.

§§ 32d Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 8). Durch eine Back-to-Back-Gestaltung ist es möglich, eine Kapitalanlage bei einem Dritten zu unterhalten, der seinerseits die PersGes. finanziert. Die Kapitalanlage bei dem Dritten fällt damit nicht mehr zwingend in das SonderBV. Erträge sind grundsätzlich den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzuordnen und würden demzufolge nach dem gesonderten Steuertarif des Abs. 1 besteuert. Der Ausnahmetatbestand des Doppelbuchst. bb soll derartige Umgehungsgestaltungen unterbinden.

Anwendung auch auf ausländische Personengesellschaft: Es ist ohne Bedeutung, ob es sich um eine inländ. oder eine ausländ. PersGes. handelt (ebenso SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 647). Sofern die Erträge der PersGes. in Deutschland aufgrund eines DBA stfrei gestellt sind, wird durch den Zinsabzug im Ausland das deutsche Steueraufkommen zwar nicht beeinträchtigt; der Erhalt deutschen Steuersubstrats war aber lediglich gesetzgeberisches Motiv, das keinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Eine einschränkende Auslegung ist daher nicht angezeigt.

Keine Geltung für vermögensverwaltende Personengesellschaft: Der Stpfl. oder die ihm nahe stehende Person muss an der PersGes. als *Mitunternehmer* beteiligt sein. Insoweit ist auf die Legaldefinition des Mitunternehmers in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zurückzugreifen. Rein vermögensverwaltende PersGes. werden nicht erfasst. Diese können jedoch nahe stehende Personen des Stpfl. sein, so dass bereits Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa Anwendung findet. Doppelbuchst. bb entfaltet insoweit keine Sperrwirkung.

Einbeziehung nahe stehender Personen: Durch die Einbeziehung des Falls, dass eine dem Stpfl. nahe stehende Person Mitunternehmer der PersGes. ist, können bis zu fünf Personen an einer derartigen Konstellation beteiligt sein: Der Stpfl. unterhält eine Kapitalanlage bei einem Dritten; ein Vierter überlässt einer PersGes. Kapital, bei der eine dem Stpfl. nahe stehende Person Mitunternehmer ist.

f) Kapitalüberlassung an eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, an der der Gläubiger oder eine diesem nahe stehende Person zu mindestens 10 % beteiligt ist (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc)

30

Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc regelt den Fall, dass der Stpfl. oder eine diesem nahe stehende Person (zur Definition s. Anm. 20) an einer KapGes. oder einer Genossenschaft zu mindestens 10 % beteiligt ist, der von einer anderen Person Kapital überlassen wird, während der Stpfl. zugleich eine Kapitalanlage bei einer vom Gesetz als Dritter bezeichneten Person unterhält. Der Dritte als Schuldner der Kapitalerträge und die Person, die das Kapital an die KapGes. überlässt, können identisch sein, erforderlich ist dies jedoch nicht.

Back-to-Back-Variante des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b: Bei der in Doppelbuchst. cc beschriebenen Konstellation handelt es sich um die Back-to-Back-Variante des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b. Ebenso wie dort (vgl. Anm. 21) kann es dem Gesetzgeber nicht darum gehen, der Verlagerung von progressiv besteuerten Einkünften in die Einkunftsart Einkünfte aus Kapitalvermögen entgegenzuwirken. Vielmehr soll die Attraktivität der Gesellschafterfremdfinanzierung eingeschränkt werden (zu den Bedenken gegen dieses Motiv vgl. Anm. 21).

Zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale dieses Doppelbuchstabens kann grundsätzlich auf die Erl. zu Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b verwiesen werden (vgl. Anm. 21).

Fremdkapitalüberlassung durch Dritten: Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der Begriff der Kapitalüberlassung es zwar grundsätzlich zulässt, sowohl Fremd- als auch Eigenkapitalüberlassungen hierunter zu subsumieren. Aus der Zielrichtung des Gesetzgebers, Back-to-Back-Finanzierungen, also durchgeleitete Finanzierungen, zu erfassen, folgt jedoch, dass nur die Überlassung von Fremdkapital durch den Dritten (oder einen Vierten) erfasst wird (vgl. Anm. 26). Andernfalls trügen der oder die zwischengeschalteten Personen eigenständige Chancen und Risiken aus der Eigenkapitalbeteiligung.

31 **g) Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger bzw. eine diesem nahe stehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2)**

Die Grundüberlegung der Back-to-Back-Finanzierung, wie sie aus den Regelungen der Gesellschafterfremdfinanzierung des § 8a KStG aF bekannt ist, zeichnet sich dadurch aus, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung ein direktes Kapitalüberlassungsverhältnis zwischen dem Stpfl. und der finanzierten Gesellschaft besteht, bei dem lediglich ein Dritter zwischengeschaltet wird, der die Finanzierung durchleitet. Der Dritte nimmt idR eine Kapitalanlage vom Stpfl. herein und reicht seinerseits ein Darlehen an die Gesellschaft aus. Aufgrund eines vereinbarten Zugriffsrechts auf die Kapitalanlage wird das Ausfallrisiko des Schuldners des Dritten auf den Stpfl. verlagert. Da die Risikoverteilung der eines direkten Kapitalüberlassungsverhältnisses entspricht, sollen auch deren stl. Folgen eintreten (vgl. auch GOSCH, § 8a KStG Rn. 184; SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 648).

Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber nun auch im Zusammenhang mit den Ausnahmetatbeständen für die Anwendung des gesonderten Steuertarifs nach Abs. 1 fruchtbar gemacht. Danach soll der progressive Steuertarif zur Anwendung kommen, wenn derjenige, der den Betrieb bzw. die Gesellschaft finanziert, auf den Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen kann. Das Gesetz bezeichnet denjenigen, der die Finanzierungsfunktion innehat (Gläubiger des Kapitalüberlassungsverhältnisses) in Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2 als „Dritten“. Dies stimmt jedoch nicht mit der Terminologie des vorangehenden Satzes überein, nach der der Dritte als der Schuldner der Kapitalerträge des Stpfl. bezeichnet wird. Dieser kann mit dem Gläubiger des Kapitalüberlassungsverhältnisses identisch sein, in Vier- und Mehrpersonenverhältnissen ist er es jedoch nicht. Dieser „weitere“ Dritte wird daher hier als Gläubiger des Kapitalüberlassungsverhältnisses bezeichnet. Auf der Basis einer streng am Wortlaut orientierten Auslegung gehen BEHRENS/RENNER (BB 2008, 2319 [2327]) von einem Leerlaufen der Vorschrift aus. UE kann das gesetzgeberische Versehen allerdings im Wege der teleologischen Auslegung überwunden werden.

Rückgriff: Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, den schillernden Begriff des Rückgriffs näher zu erläutern. Die Gesetzesbegründung schränkt den Rückgriff insofern ein, als nur ein Rückgriff „auf Grund eines rechtlichen Anspruchs (zB Bürgschaft) oder einer dinglichen Sicherheit wie z.B. Grundschuld“ schädlich sein soll (BTDrucks. 16/4841, 61). Damit widerspricht die Gesetzesbegründung der ursprünglichen Auffassung des BMF zu § 8a KStG aF, wonach bereits ein faktisches Entstehen des Gesellschafters für die Schuld der Gesellschaft ausreichen sollte (vgl. BMF v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, 25 Tz. 21). Aufgrund der schwierigen praktischen Handhabung wurde diese Auffassung zwischenzeitlich aber durch eine einschränkende Auslegung des Rückgriffsbegriffs aufgegeben (vgl. BMF v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, 593 Tz. 18 f.). Bei den Ausführungen in

der Gesetzesbegründung des UntStReformG 2008 zum Rückgriff im Rahmen des modifizierten § 8a KStG lebt die alte, weite Auffassung aber wieder auf. Dort soll wieder ein faktisches Rückgriffsrecht ausreichen, ohne dass ein konkreter, rechtl. durchsetzbarer Anspruch erforderlich sei (BTDrucks. 16/4841, 75).

UE ist der Begriff des Rückgriffs im Rahmen des § 32d Abs. 2 in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung zu dieser Passage und der neueren Auffassung der FinVerw. zu § 8a KStG eng auszulegen. Andernfalls käme es wieder zu einer nicht handhabbaren uferlosen Weite des Rückgriffs. Erforderlich ist ein rechtl. Anspruch (zB aufgrund einer Garantieerklärung, Patronatserklärung oder einer Bürgschaft) oder eine dingliche Sicherheit, wie zB Sicherungseigentum (vgl. BMF v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, 593 Tz. 19). Der Rückgriff wird sich häufig, muss es aber nicht notwendigerweise, auf die Kapitalanlage des Stpfl. beziehen, indem beispielsweise ein Pfandrecht an dieser begründet wird.

Kein Gegenbeweis möglich: UE hat der Stpfl. nicht die Möglichkeit, in entsprechender Anwendung von BMF v. 15.7.2004 (BStBl. I 2004, 593 Tz. 20 und 21) den sog. Gegenbeweis zu führen. Nach Auffassung der FinVerw. sollte es im Rahmen des § 8a KStG aF an einer Back-to-Back-Finanzierung fehlen, wenn die an den rückgriffsberechtigten Dritten gezahlten Vergütungen für Fremdkapitalüberlassung nicht im Zusammenhang mit Vergütungen für Einlagen stehen, die vom Dritten an den Anteilseigner gezahlt werden. Die FinVerw. bediente sich der einschränkenden Auslegung des Begriffs Rückgriff, um die Anwendung der Norm handhabbar zu machen. Eine derartige Auslegung ist im Rahmen des Abs. 2 Buchst. c Satz 2 nicht erforderlich, weil das Tatbestandsmerkmal des Zusammenhangs nun explizit in das Gesetz aufgenommen wurde (s. Anm. 32). Eine Gegenbeweisbescheinigung, wie sie in BMF v. 15.7.2004 aaO Tz. 21 angesprochen ist, ist daher weder erforderlich noch ausreichend. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Bedeutung des Begriffs Zusammenhang im Kontext des Abs. 2 nicht zwingend mit der Bedeutung deckungsgleich ist, die der Begriff im v.g. BMF-Schreiben erhalten hat.

h) Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 3)

32

Unabhängig davon, ob es sich um ein Zwei- oder Mehrpersonenverhältnis handelt, ist ein Zusammenhang zwischen der Kapitalanlage des Stpfl. bei dem Dritten und der Kapitalüberlassung von dem Dritten bzw. Vierten an den Betrieb bzw. die Gesellschaft in allen Fällen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c erforderlich.

Dieses Tatbestandsmerkmal führt zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Abs. 2. Ohne diese Voraussetzung unterfiele jeglicher Ertrag aus einer Kapitalanlage eines Stpfl., der zeitgleich ein betriebliches Darlehen aufgenommen hat, der progressiven Besteuerung. Damit wäre die Finanzierungsfreiheit für jegliche gewerbliche Tätigkeit aufgehoben und ein mittelbarer Zwang zu vollständiger Eigenkapitalfinanzierung aufgebaut worden. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und nachträglich im JStG 2008 das zusätzliche Tatbestandsmerkmal eingefügt (zur Kritik an der Fassung durch das UntStReformG 2008 vgl. STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 59).

Verhältnis von Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 3 und Satz 5: Was inhaltlich unter dem Zusammenhang zu verstehen sein soll, lässt das Gesetz auf den ersten

Blick offen. Vielmehr werden positive (Satz 3) wie negative (Satz 5) Vermutungen für das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Zusammenhangs aufgestellt. UE handelt es sich allerdings nur der äußeren Form nach („ist auszunehmen“ bzw. „ist nicht auszulegen“) um Vermutungen. Materiell betrachtet hat der Gesetzgeber eine Reihe positiver und negativer Tatbestandsmerkmale abschließend formuliert. Dies bestätigt auch die Gesetzesbegründung, die in Satz 3 eine „Definition“ des Zusammenhangs sieht. Daher ist eine von den Sätzen 3 und 5 losgelöste Definition des Zusammenhangs entbehrlich bzw. unzulässig. Anders als in Satz 4 enthalten die Sätze 3 und 5 kein öffnendes „insbesondere“. Dies bedeutet zugleich, dass ein Zusammenhang nur dann vorliegt, wenn das positive Tatbestandsmerkmal des Satzes 3 erfüllt ist und die negativen Merkmale des Satzes 5 nicht erfüllt sind.

Einheitlicher Plan: Das einzige positive Tatbestandsmerkmal für einen Zusammenhang ist das Vorliegen eines einheitlichen Plans. Ausweislich der Gesetzesbegründung handelt es sich hierbei um ein ausschließlich subjektives Tatbestandsmerkmal (BTDrucks. 16/7036, 19). Ein einheitlicher Plan liegt vor, wenn der Stpfl. die Kapitalanlage bei einem Dritten und die Kapitalüberlassung durch diesen Dritten oder einen Vierten als *wirtschaftliche Einheit* aufgrund eines *einheitlichen Willensentschlusses* tätigt. Beide Kapitalnutzungsverhältnisse müssen als Gesamtpaket gewollt sein. Nicht erforderlich ist allerdings, dass der Stpfl. damit einen stl. Vorteil anstrebt. Das negative Tatbestandsmerkmal eines fehlenden Belastungsvorteils zeigt, dass grundsätzlich auch ohne diesen ein einheitlicher Plan möglich sein soll. Eine nicht stl. Motivation könnte etwa darin bestehen, den Eigenkapitaleinsatz in einer Gesellschaft zu Gunsten verstärkten Fremdkapitaleinsatzes zurückzuführen, um damit das wirtschaftliche Risiko für die Anteilseigner zu senken. Hier liegt zwar grundsätzlich ein einheitlicher Plan vor, je nach Vereinbarung dürfte es dann aber an der Rückgriffsmöglichkeit des Dritten fehlen.

33 i) Regelbeispiele für einen einheitlichen Plan (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 4)

Bedeutung der Ausgestaltung als Regelbeispiele: Da subjektive Tatbestandsmerkmale für ein Massenfallrecht wie das Steuerrecht idR ungeeignet sind, hat der Gesetzgeber zwei Regelbeispiele aufgeführt (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 4). Liegen diese objektiven Kriterien vor, soll daraus auf das subjektive Merkmal eines einheitlichen Plans geschlossen werden. UE kann jedoch in beide Richtungen von der Regel abgewichen werden: Einerseits kann ein einheitlicher Plan auch dann vorliegen, wenn weder ein zeitlicher Zusammenhang noch eine Verknüpfung der Zinsvereinbarungen besteht. So kann ausnahmsweise auch eine kurzfristige, revolvingierende Kapitalanlage in Zusammenhang mit einer langfristigen betrieblichen Darlehensaufnahme auf einem einheitlichen Plan beruhen, auch wenn damit grundsätzlich kein zeitlicher Zusammenhang begründet wird (vgl. Anm. 33). Aber auch umgekehrt kann im Einzelfall eine Kapitalanlage, auch wenn sie in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer betrieblichen Darlehensaufnahme steht, nicht auf einem einheitlichen Plan beruhen. Beispielsweise kann eine betriebliche Investitionsfinanzierung zeitlich zusammenfallen mit einem Kapitalzufluss im privaten Bereich (etwa einer Erbschaft), der verzinslich angelegt wird. In einem solchen Fall wäre zwar das Regelbeispiel erfüllt, dennoch beruhen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung nicht auf einem einheitlichen Plan.

Enger zeitlicher Zusammenhang: Wichtigstes Regelbeispiel für das Vorliegen eines einheitlichen Plans ist ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung. Bezugspunkte sind die Zeitpunkte der Neuanlage von Kapital bzw. der Neuaufnahme zusätzlichen Fremdkapitals. UE wird Kapital im PV nur dann „angelegt“ in diesem Sinne, wenn es dem Stpfl. zuvor erstmals in der privaten Sphäre zugeflossen ist. Die bloße Prolongation einer privaten Kapitalanlage erfüllt uE nicht den Begriff der Kapitalanlage. Spiegelbildlich führt auch die Verlängerung der Laufzeit eines Darlehens oder eine Umschuldung nicht zu einer Kapitalüberlassung. Das Merkmal ist nur dann erfüllt, wenn ein zusätzlicher Fremdkapitalbedarf gedeckt werden soll.

Beispiel: A unterhält seit längerem ein privates Festgeldkonto bei der Bank B. Ohne Widerspruch des A verlängert sich die Laufzeit der Kapitalanlage am Monatsersten jeweils um einen Monat. Am 1.3. nimmt A bei B ein betriebliches Darlehen auf, das der Finanzierung der Anschaffung einer Maschine dient. UE stellt die Prolongation des Festgelds am 1.3. keine Kapitalanlage dar, die im Zusammenhang mit der (neuen) Kapitalüberlassung an den Betrieb stehen könnte.

Dies folgt daraus, dass die Auslegung des Merkmals zeitlicher Zusammenhang vor dem Hintergrund der von Abs. 2 ins Visier genommenen Verschiebung von Einkünften zwischen verschiedenen Einkunftsarten bzw. Personen erfolgen muss. Eine Verschiebung hin zu gesondert besteuerten Einkünften aus Kapitalvermögen ist nur möglich, wenn die Summe der Kapitalanlagen des Stpfl. erhöht wird und im Zusammenhang damit der Fremdkapitaleinsatz der betrieblichen Sphäre bzw. der Gesellschaft ebenfalls steigt.

Wie lang ein enger zeitlicher Zusammenhangs maximal sein kann, lässt sich nicht in einer Anzahl von Tagen bestimmen. Zu fragen ist vielmehr, ob der zeitliche Abstand zu dem Schluss zwingt, dass Kapitalanlage und Kapitalüberlassung nicht mehr auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhen können.

Nach der Gesetzesbegründung ist für den zeitlichen Zusammenhang nicht nur eine Darlehensaufnahme in zeitlicher Nähe zur Tätigung einer Kapitalanlage erforderlich, sondern darüber hinaus auch noch eine Laufzeitkongruenz von Anlage und Darlehen (BTDrucks. 16/7036, 19). So sollen für eine langfristige Kreditfinanzierung – zB von Investitionen – und die Anlage von kurzfristig verfügbaren Mitteln idR außerstl. Gründe maßgebend sein. Dieses Ergebnis lässt sich auch damit begründen, dass eine kurzfristige Anlage langfristig aufgenommener Mittel nicht rein stl. motiviert sein kann, da der Stpfl. in diesem Fall einem erheblichen Zinsänderungsrisiko ausgesetzt ist und damit ein wirtschaftliches Risiko zu tragen hat, das mögliche Steuersparmöglichkeiten in den Hintergrund drängt.

Verknüpfung der Zinsvereinbarungen: Das zweite Regelbeispiel für das Vorliegen eines einheitlichen Plans ist die Verknüpfung der Zinsvereinbarungen von Kapitalanlage und -überlassung miteinander. Der Gesetzesbegründung folgend kann zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verknüpfungen unterschieden werden (vgl. BTDrucks. 16/7036, 19f.). Erstere liegt vor, wenn entweder der Darlehenszinssatz nach dem Zinssatz der Kapitalanlage zuzüglich eines Spread bemessen ist, oder der Anlagezinssatz nach dem Darlehenszinssatz abzüglich eines Spread bemessen ist. Eine mittelbare Verknüpfung liegt vor, wenn sowohl Darlehens- als auch Guthabenzins auf eine gemeinsame, dritte Größe referenzieren. Es ist etwa nicht unüblich, dass Darlehenszinssätze wie auch Kapitalanlagezinssätze an den EURIBOR gekoppelt sind, wobei jeweils ein Zu- bzw. ein Abschlag auf diesen vorgesehen ist. Bei einer solchen (variablen) Zinsvereinbarung kann allerdings nur dann von einer Verknüpfung ausgegangen

werden, wenn beide Zinssätze in (annähernd) gleichen Intervallen an die Marktzinsentwicklungen angepasst werden. Insbes. bei mittelbaren Verknüpfungen ist zu beachten, dass dieses Merkmal nur ein Regelbeispiel für das Vorliegen eines einheitlichen Plans ist, das im Einzelfall widerlegt werden kann. So können die Zinsvereinbarungen einer Kapitalanlage und einer Kapitalüberlassung beide an einem Referenzzinssatz bemessen sein, ohne dass dies ein Indiz für einen einheitlichen Plan bzw. einen einheitlichen Willensentschluss ist. Eher kann dies Beleg für eine bestimmte Marktpraxis sein. UE kann eine mittelbare Verknüpfung nur dann ihre Indizwirkung entfalten, wenn beide Vereinbarungen zugleich in engem zeitlichen Zusammenhang stehen. Bei mittelbaren Verknüpfungen sollte das gesetzliche Alternativitätsverhältnis zwischen den beiden Regelbeispielen ausnahmsweise kumulativ verstanden werden.

34 j) Negative Tatbestandsmerkmale (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 5)

Neben dem positiven Tatbestandsmerkmal des einheitlichen Plans enthält die gesetzliche Definition des Zusammenhangs zwei weitere negative Tatbestandsmerkmale. An einem Zusammenhang fehlt es, wenn die Zinsvereinbarungen marktüblich sind oder die Anwendung des gesonderten Steuertarifs zu keinem Belastungsvorteil führt.

Marktüblichkeit der Zinsvereinbarungen: Die Zinsvereinbarungen sollen marktüblich sein, wenn sie dem entsprechen, was das Kreditinstitut mit vergleichbaren Kunden bei isolierter Kreditgewährung bzw. Kapitalanlage vereinbart hätte. Als Beispiel für eine Marktüblichkeit führt die Gesetzesbegründung an, dass die Konditionen den Zinssätzen der EWU-Zinsstatistik (abrufbar unter www.bundesbank.de/statistik/statistik_zinsen_tabellen.php) für den jeweiligen Monat entsprechen oder lediglich geringe Abweichungen vorliegen (BTDrucks. 16/7036, 20).

UE hat die EWU-Zinsstatistik allenfalls indizielle Bedeutung. Sie gibt lediglich durchschnittliche Zinssätze über den gesamten Kapitalmarkt wieder, ohne auf kundenspezifische Besonderheiten einzugehen, die die tatsächliche Höhe des Zinssatzes erheblich beeinflussen. Es ist absehbar, dass Stpfl. hier in erhebliche Beweisnot geraten werden, da sie idR nicht in der Lage sein werden, beweiskräftige Angebote von Wettbewerbern der eigenen Hausbank einzuholen. Während der Kapitalmarkt auf der Anlageseite noch einigermaßen transparent ist, ist eine Zinsvereinbarung bei einem Darlehen ganz maßgeblich von der Bonität des Schuldners und den gestellten Sicherheiten abhängig. Hier bleibt idR allein die Prüfung der Üblichkeit anhand der sonstigen Finanzierungen des Schuldners und der dort vereinbarten Konditionen.

Bei der Beurteilung der Marktüblichkeit der Zinsvereinbarung des Kapitalüberlassungsverhältnisses (Darlehen) können grundsätzlich Sicherheiten, die vom Stpfl. oder anderen Personen gegeben werden, Berücksichtigung finden. Schädlich, weil marktunüblich, sind allein Vorzugskonditionen für das Darlehen, die gerade aufgrund der (zeitgleichen) Kapitalanlage vereinbart werden. Stellt allerdings die Kapitalanlage des Stpfl. die einzige oder zumindest eine wesentliche Sicherheit für die Kapitalüberlassung dar und werden gerade im Hinblick auf diese Sicherheit besonders günstige Finanzierungsbedingungen vereinbart, kann dies die Marktunüblichkeit der Zinsvereinbarung begründen.

Fehlender Belastungsvorteil bei Anwendung des gesonderten Steuertarifs: Ein Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und -überlassung besteht weiterhin dann nicht, wenn die Anwendung des gesonderten Steuertarifs für

den Stpfl. zu keinem Belastungsvorteil führt. Dazu kommt es in erster Linie, wenn der Grenzsteuersatz des Stpfl. unter 25 % liegt, da die Entlastung bei den progressiv besteuerten Einkünften geringer ist als die Belastung aus der Anwendung des gesonderten Steuertarifs. UE hätte hier allerdings kein Regelungsbedarf bestanden, da in einem solchen Fall idR die Möglichkeit zur Besteuerung der Kapitalerträge nach dem persönlichen Steuersatz nach Abs. 6 besteht (Günstigerprüfung).

Einen eigenständigen Anwendungsbereich erlangt die Norm jedoch dann, wenn in den Belastungsvergleich auch der durch die Back-to-Back-Finanzierung entstehende Nettozinsaufwand (Darlehenszins abzüglich Anlagezins) einbezogen wird (BLÜMICH/TREIBER, § 32d Rn. 89). Überwiegt dieser den Vorteil aus der begünstigten Besteuerung der privaten Kapitalanlage, fehlt es ebenfalls an einem Belastungsvorteil. Diese Auffassung findet ihren Rückhalt in der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/7036, 19) und der Entstehungsgeschichte der Norm: In den Beratungen wurde der Gesetzgeber wiederholt auf die häufig fehlende Gesamtentlastung hingewiesen. Allerdings darf es nach dem Wortlaut allein aus der Anwendung des Abs. 1 nicht zu einem Belastungsvorteil kommen. Ein Vergleich mit einer hypothetischen Situation ohne eine Back-to-Back-Finanzierung ist im Gesetz eigentlich nicht angelegt. Das folgende Beispiel zeigt jedoch, dass ein rationaler Stpfl. eine Back-to-Back-Gestaltung nur wählen wird, wenn dies zu einer Gesamtentlastung führt. Nur in einem solchen Fall kann ein Zusammenhang bestehen.

Beispiel: A erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Er nimmt ein betriebliches Darlehen iHv. 1000 auf und entnimmt 1000, die er im PV anlegt. Bei einem Darlehenszinsatz von 10 % führt dies zu einer Zinsaufwand von 100 und damit zu einer Reduktion der Steuerlast von 42 bei einem unterstellten Grenzsteuersatz von 42 %. Bei einer Guthabenverzinsung von 8 % entsteht ein Kapitalertrag von 80, der zu einer Steuerlast von 20 (= $80 \times 25\%$) führt. Die Steuerersparnis liegt demzufolge bei 22 (= $42 - 20$). Dem steht ein Nettozinsaufwand von 20 (= $100 - 80$) gegenüber. Die Anwendung des gesonderten Steuertarifs führt daher zu einem (geringen) Vorteil von 2. Bei einer Guthabenverzinsung von nur 7,5 % steigt die Steuerersparnis zwar auf 23,25 an, dem steht aber ein Nettozinsaufwand von 25 gegenüber, so dass die Darlehensaufnahme beim Stpfl. bereits zu einem Nachteil iHv. 1,75 führt.

k) Erweiterung der Regelung auf Kapitalüberlassungen, die der Erzielung bestimmter Überschusseinkünfte dienen (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6)

35

Die Steuersatzspreizung zwischen Einkünften aus Kapitalvermögen und anderen Einkunftsarten setzt auch außerhalb der Gewinneinkunftsarten Anreize zu Einkunftsverlagerungen. Aus stl. Sicht erscheint es daher vorteilhaft, etwa vermietete Immobilien weitgehend mit Fremd- und nicht mit Eigenkapital zu finanzieren. Der Zinsaufwand reduziert die progressiv besteuerten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, während die Kapitalanlagezinsen dem gesonderten Steuertarif unterfallen (vgl. HOMBURG, DStR 2007, 686). Die Vorteilhaftigkeit hängt dabei ganz maßgeblich von dem Spread zwischen Guthaben- und Darlehenszinsen ab (vgl. auch Anm. 34).

Dieser Tendenz soll mit einer sinngemäßen Anwendung der Ausnahmeregelungen zu Abs. 1 bei Back-to-Back-Finanzierungen entgegengewirkt werden. Hierbei ist dem Gesetzgeber jedoch ein Versehen unterlaufen. Die Regelung setzt voraus, dass das überlassene Kapital vom Gläubiger der Kapitalerträge zur Erzielung bestimmter Überschusseinkünfte verwendet wird. In den Fällen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa–cc erfolgt die Kapitalüberlas-

sung allerdings nicht an den Gläubiger der Kapitalerträge, sondern an eine andere Person (nahe stehende Person, PersGes., KapGes. oder Genossenschaft). Der Verweis geht demzufolge insoweit ins Leere. Allenfalls für die Fälle des Doppelbuchst. bb (Kapitalüberlassung an eine PersGes.) könnte vertreten werden, dass der Stpfl. mit dem überlassenen Kapital über die PersGes. Überschusseinkünfte erzielt. Im Wesentlichen erfasst uE der Verweis auf die Sätze 1–5 Satz 2 derzeit nicht. Damit erweitert Satz 6 lediglich den Anwendungsbereich des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber dieses Versehen beseitigt.

Die sinngemäße Anwendung ist vorgesehen für Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 (Nichtselbständige Arbeit), Nr. 6 (Vermietung und Verpachtung) und Nr. 7 (Sonstige Einkünfte). Während im UntStReformG 2008 ursprünglich alle Überschusseinkunftsarten, also auch Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 2 Abs. 1 Nr. 5), erfasst waren, wurde dies durch das JStG 2008 eingeschränkt, da bei Kapitaleinkünften wegen fehlender Steuersatzspreizung keine Einkünfteverlagerungen erwartet werden (BTDrucks. 16/7036, 20).

36–39 Einstweilen frei.

40

IV. Rechtsfolge

Bei Bestehen einer besonderen Beziehung zwischen dem Gläubiger der Kapitalerträge und deren Schuldner (im Fall der Buchst. a und b) bzw. zwischen dem Gläubiger der Kapitalerträge und dem Schuldner des Kapitalüberlassungsverhältnisses (im Fall des Buchst. c) findet der gesonderte Steuertarif nach Abs. 1 keine Anwendung. Die Einkünfte unterfallen zwar weiterhin der Einkunftsart des § 20, sie werden aber ausnahmsweise gem. der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 besteuert (§ 2 Abs. 5b Satz 2).

Damit entfällt auch die Begründung für die Einschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 und das WK-Abzugsverbot nach § 20 Abs. 9. Beide Normen werden daher konsequent für nicht anwendbar erklärt (Abs. 2 Nr. 1 Satz 2).

Offen ist allerdings, ob sonstige Verluste aus Kapitalvermögen, für die der gesonderte Steuertarif Anwendung findet, mit Gewinnen nach Abs. 2 verrechenbar sind. § 20 Abs. 6 Satz 2 schließt lediglich eine Verrechnung von Verlusten aus Kapitalvermögen mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten aus, nicht aber mit Einkünften aus Kapitalvermögen, die ausnahmsweise dem progressiven Steuertarif unterfallen. UE ist der Wortlaut hier eindeutig und kann nicht zu Lasten des Stpfl. erweiternd ausgelegt werden.

Die Anwendung der Tarifvorschrift und damit einhergehend die Möglichkeiten zur Verlustverrechnung und insbes. die Außerkraftsetzung des WK-Abzugsverbots können im Einzelfall für den Stpfl. zu einer günstigeren Besteuerung als die Anwendung des gesonderten Steuertarifs führen; insoweit besteht bei entsprechender Steuersituation ein entsprechender Gestaltungsanreiz.

41–44 Einstweilen frei.

C. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs bei Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 (Abs. 2 Nr. 2)

45

Hat der Stpfl. im Zeitpunkt der Auszahlung eines Versicherungsvertrags iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 das 60. Lebensjahr vollendet und besteht der Versicherungsvertrag schon mindestens 12 Jahre, wird nur die Hälfte des Unterschiedsbetrags als Einnahmen aus Kapitalvermögen angesetzt. Die Hälfte des Unterschiedsbetrags unterfällt dann dem progressiven EStTarif, eine weitere Begünstigung durch Anwendung des gesonderten Steuersatzes erfolgt nicht.

Vermeidung einer Doppelbegünstigung: Eine doppelte Begünstigung würde zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Versicherungsleistungen und sonstigen Kapitalanlageprodukten führen, da die Anwendung des gesonderten Steuersatzes zu einer Besteuerung von höchstens 12,5 % führen würde. Die hälftige Besteuerung unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 ist immer günstiger als die Anwendung des gesonderten Steuersatzes, die zur Anwendung kommt, wenn die Alters- und Laufzeitgrenzen nicht eingehalten werden, da die Steuerlast höchstens 45 % („Reichensteuer“) \times 50 % = 22,5 % beträgt. Zumindest diese Sonderregelung ist uE gerechtfertigt, da sich das Produkt „Lebensversicherung“ im begünstigten Bereich doch erheblich von normalen Kapitalanlageprodukten unterscheidet. Neben der Langfristigkeit (mindestens 12 Jahre Laufzeit) besteht Kapitalgarantie. Zudem ist der Versicherer aufsichtsrechtl. im Interesse des Versicherten in den Anlagemöglichkeiten begrenzt.

Verlustverrechnung: Für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 finden die Verlustverrechnungsregelungen nach § 20 Abs. 6 keine Anwendung (Abs. 2 Nr. 2 Satz 2). Da Verluste bei der Auszahlung von Versicherungsleistungen idR ausgeschlossen sind, wird hierdurch in erster Linie die uneingeschränkte Verrechnung des Unterschiedsbetrags mit Verlusten aus anderen Einkunftsarten ermöglicht. Anders als in Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 bleibt es in Nr. 2 beim Abzugsverbot von WK, soweit diese über den Sparerpauschbetrag hinausgehen.

Verhältnis zur Kapitalertragsteuer: Die Besonderheiten bei der materiellen StPfl. derartiger Erträge haben keinen Einfluss auf den Einbehalt von KapErtrSt. Vielmehr stellt § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2 klar, dass der volle Betrag des Kapitalertrags der KapErtrSt. unterliegt, auch wenn materiell nur die Hälfte des Unterschiedsbetrags stpfl. ist.

D. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (Abs. 2 Nr. 3)

I. Grund und Bedeutung der Regelung

46

Abs. 2 Nr. 3 gewährt dem Stpfl. die Möglichkeit, bei einer typischerweise unternehmerischen Beteiligung an einer KapGes. zu einer Besteuerung nach der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 iVm. einer Anwendung des Teileinkünfteverfahrens zu optieren. Damit finden die Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 20 Abs. 6 und das WK-Abzugsverbot nach § 20 Abs. 9 keine Anwendung (Abs. 2 Nr. 3 Satz 2).

Die Regelung wurde durch das JStG 2008 neu aufgenommen, nachdem zuvor insbes. das WK-Abzugsverbot heftig kritisiert worden war. Angeführt wurde

vor allem das Beispiel eines fremdfinanzierten Erwerbs eines Anteils an einer BerufsträgerKapGes. – etwa einer Steuerberatungsgesellschaft. Das Verbot, Schuldzinsen als WK zu berücksichtigen, hätte in derartigen Gestaltungen häufig zu einer Substanzbesteuerung geführt.

Die Gesetzesbegründung führt deshalb auch eine Unterscheidung zwischen Anteilserwerben, die als bloße Kapitalanlage dienen und daher dem gesonderten Tarif unterfallen, und solchen Erwerben, die aus einem unternehmerischen Interesse heraus erfolgen, als Rechtfertigung für ein unterschiedliches Besteuerungsregime an (BTDrucks. 16/7036, 20). UE zeigt die Notwendigkeit einer solchen Ausnahmeregelung, dass die Abgeltungsteuer in ihrer derzeitigen Ausgestaltung zu Verwerfungen führt, die ökonomisch und verfassungsrechtl. nicht tragbar sind. Es wäre konsequent, für etwa (fremdfinanzierte) Wertpapieranlagen ein vergleichbares Optionsrecht einzuführen, da die Abgeltungsteuer auch hier zu unbilligen Härten führt.

47

II. Antrag

Die Nichtanwendung des gesonderten Steuertarifs nach Abs. 1 auf Einkünfte aus unternehmerischen Beteiligungen an KapGes. setzt einen Antrag des Stpfl. voraus. Der Antrag ist für alle Einkünfte aus einer qualifizierten Beteiligung an einer KapGes. eines VZ zu stellen. Es ist nicht möglich, den Antrag auf einen Teil der Einkünfte aus einer bestimmten Beteiligung zu beschränken. Ist der Stpfl. hingegen an mehreren KapGes. qualifiziert beteiligt, kann für jede Beteiligung ein gesonderter Antrag gestellt werden.

Der Antrag gilt erstmals für den VZ, für den er gestellt wird (Abs. 2 Nr. 3 Satz 3). Er muss daher nicht schon in dem VZ gestellt werden, in dem erstmals die Voraussetzungen der qualifizierten Beteiligung vorliegen.

Der Antrag ist spätestens zusammen mit der EStErklärung für den jeweiligen VZ zu stellen (Abs. 2 Nr. 3 Satz 4). Hierbei kommt es auf den Zeitpunkt der wirksamen Abgabe der StErklärung iSd. § 25 Abs. 3 an. Die Frist ist als Handlungsfrist nicht verlängerbar; über eine Verlängerung der Frist zur Abgabe der StErklärung kann allerdings ein ähnliches Ergebnis erzielt werden. Eine nachträgliche Antragstellung – etwa im Rechtsbehelfsverfahren – ist uE nicht möglich.

Der Antrag ist wirksam für den VZ, für den er erstmals gestellt wird, und die folgenden vier VZ, ohne dass die Voraussetzungen erneut zu belegen sind. Bei der Erstreckung auf die folgenden vier VZ handelt es sich in erster Linie um eine Verfahrensvereinfachung zu Gunsten des Stpfl. und der FinVerw. Die Regelung entfaltet aber auch materielle Wirkungen, da in den folgenden VZ die Voraussetzungen für eine qualifizierte Beteiligung nicht erfüllt zu sein brauchen. In diesem Zeitraum kann daher sowohl die Beteiligungsquote unter die 25 %- bzw. 1 %-Grenze absinken als auch die berufliche Tätigkeit für die Gesellschaft eingestellt werden.

Nach Ablauf des Fünfjahreszeitraums ist jedoch ein erneuter Antrag zu stellen. Ohne erneuten Antrag kommt es zu einer Besteuerung nach Abs. 1.

Widerruf: Der Stpfl. kann den Antrag jederzeit widerrufen. Der Widerruf entfaltet seine Wirksamkeit dann erstmals in dem VZ, für den zuvor noch keine StErklärung abgegeben worden ist. Spätestens muss der Widerruf dem FA mit der StErklärung zugehen, für die der Antrag nicht mehr gelten soll. Ein Wider-

ruf kommt etwa dann in Betracht, wenn ein Darlehen zum Erwerb der Beteiligung getilgt wurde und der Stpfl. nunmehr keine WK im Zusammenhang mit der Beteiligung mehr geltend machen kann, so dass die Anwendung des gesonderten Steuertarifs für ihn günstiger ist.

Nach einem Widerruf ist ein erneuter Antrag für diese Beteiligung an der KapGes. nicht mehr zulässig. Diese Regelung soll ein ständiges Wechseln des Besteuerungsregimes verhindern. Die Unzulässigkeit eines erneuten Antrags gilt allerdings nur für „diese“ Beteiligung an der KapGes. (Abs. 2 Nr. 3 Satz 6). Nach einer vollständigen Veräußerung der Beteiligung und einem späteren, erneuten Erwerb kann ein neuer Antrag gestellt werden.

Offen ist, ob nachdem ein Antrag ausgelaufen ist und zwischenzeitlich eine Besteuerung der Beteiligungserträge nach Abs. 1 für einen oder mehrere VZ erfolgte, eine erneute Antragstellung möglich ist. Dafür spricht, dass ein erneuter Antrag nur nach einem Widerruf unzulässig sein soll; das Auslaufen eines Antrags ist nicht erwähnt. UE spricht daher mehr dafür, in dem Auslaufenlassen des Antrags keinen konkludenten Widerruf zu sehen, der eine erneute Antragstellung ausschließt, da es sich nicht um eine ausdrückliche Willenserklärung gegenüber dem FA handelt.

III. Bezüge aus einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

48

Die Möglichkeit zum Opt-out besteht für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 aus einer Beteiligung an einer KapGes. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine inländ. oder eine ausländ. KapGes. handelt.

Erfasst sind damit neben den laufenden Gewinnausschüttungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1) auch Bezüge, die nach der Auflösung einer Körperschaft anfallen und nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 2). Unter die laufenden Gewinnausschüttungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 fallen sowohl offene als auch verdeckte Gewinnausschüttungen.

Nicht erfasst sind hingegen Einkünfte aus der Veräußerung der Anteile (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1). Diese dürften allerdings ohnehin immer der Besteuerung nach § 17 unterfallen, so dass auch bei der Veräußerung nicht der gesonderte Steuertarif, sondern das Teileinkünfteverfahren iVm. § 32a Abs. 1 zur Anwendung kommen sollte (vgl. zum Verhältnis der Abgeltungssteuer zu § 17 OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322 [1325]).

Ebenfalls nicht erfasst sind die Erträge aus Gesellschafterdarlehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 7), auf die – vorbehaltlich des Abs. 2 Nr. 1 – der gesonderte Steuertarif zur Anwendung kommt.

IV. Qualifizierte Beteiligung

49

Die Antragsmöglichkeit setzt eine qualifizierte Beteiligung an der KapGes. voraus. Nur wenn der Stpfl. maßgeblichen Einfluss auf die KapGes. ausüben könne, lasse es sich rechtfertigen, ein anderes Besteuerungsregime als bei einer privaten Vermögensverwaltung anzuordnen (BTDrucks. 16/7036, 20).

25 %-Beteiligung (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a): Die qualifizierte Beteiligung kann zum einen aufgrund der Höhe der Beteiligung bestehen. Ab einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung von mindestens 25 % sei typisierend ein wesentlicher Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen anzuneh-

men (vgl. BTDrucks. 16/7036, 20). Da der Wortlaut der Beteiligungsvoraussetzung eng an § 17 Abs. 1 Satz 1 angelehnt ist, kann für die Auslegung auf die Erl. zu § 17 verwiesen werden. Hinzuweisen ist darauf, dass eine mittelbare Beteiligung (mit Ausnahme von vermögensverwaltenden PersGes.) nur dann relevant wird, wenn gleichzeitig noch eine unmittelbare Beteiligung des Stpfl. besteht. Andernfalls kann der Stpfl. aus der Beteiligung an der KapGes. keine Beteiligungserträge erzielen.

1 %-Beteiligung und berufliche Tätigkeit (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b):

Eine qualifizierte Beteiligung liegt auch bei einer Beteiligung von mindestens einem Prozent vor, wenn der Stpfl. zugleich beruflich für die KapGes. tätig ist. In diesem Fall wird typisierend unterstellt, dass der wesentliche Einfluss auf die KapGes. zumindest auch durch die berufliche Tätigkeit vermittelt wird. Was unter einer beruflichen Tätigkeit zu verstehen ist, lässt das Gesetz offen. UE sind Fälle erfasst, in denen der Gesellschafter seine Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellt. Ausreichend, aber nicht notwendig ist das Bestehen eines Dienstverhältnisses, aus dem der Gesellschafter Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit erzielt (§ 19). Darunter fallen insbes. Gesellschafter-Geschäftsführer, die hinsichtlich ihrer Geschäftsführertätigkeit einen Dienstvertrag mit der Gesellschaft geschlossen haben. Es genügt aber auch, wenn der Gesellschafter seine Tätigkeit unentgeltlich ausübt. UE ist ferner eine Tätigkeit des Gesellschafters für die Gesellschaft erfasst, die bei ihm zu Einnahmen aus selbständiger Arbeit (§ 18) führt. Darunter fielen beispielsweise ein Rechtsanwalt, der Beratungsleistungen an eine Gesellschaft erbringt, an der er zu mindestens einem Prozent beteiligt ist. Die Beratung von Mandanten ist Teil seiner beruflichen Tätigkeit, die er (auch) für die Gesellschaft erbringt. Nach dem Wortlaut ist es nicht erforderlich, dass der Stpfl. ausschließlich oder auch nur überwiegend beruflich für die Gesellschaft tätig ist. Vielmehr reicht grundsätzlich ein Mindestmaß an beruflicher Tätigkeit, solange diese nicht so sporadisch erfolgt, dass jegliche Einflussnahme auf die Entscheidungen der Gesellschaft über diese Tätigkeit von vornherein ausgeschlossen ist.

V. Rechtsfolge

Ein zulässiger und begründeter Antrag des Stpfl. führt in erster Linie zur Nichtanwendung des Abs. 1 auf die laufenden Erträge aus der Beteiligung, auch wenn diese Erträge weiterhin zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören. Die Erträge unterfallen stattdessen der progressiven Besteuerung nach § 32a Abs. 1.

Anwendung des Teileinkünfteverfahrens: § 3 Nr. 40 Satz 2, wonach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d–h nur dann gelten, wenn die dort genannten Bezüge aufgrund der Subsidiarität des § 20 nach § 20 Abs. 8 zu anderen Einkunftsarten als den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören, findet keine Anwendung (Abs. 2 Nr. 3 Satz 2). Damit findet das Teileinkünfteverfahren ausnahmsweise auch für Einkünfte aus Kapitalvermögen Anwendung. Die von Abs. 2 Nr. 3 erfassten Einkünfte unterfallen ausnahmslos § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d–f. Demzufolge bleiben 40 % der Bezüge stfrei. Allerdings sind nach § 3c Abs. 2 Satz 1 WK, die mit den Einnahmen in Zusammenhang stehen, auch nur zu 60 % abziehbar. Bei Anwendung eines StSatzes von 42 % führt das Teileinkünfteverfahren zu einer Steuerlast von 25,2 %, diese liegt nur minimal über dem gesondernten Tarif nach Abs. 1. Demzufolge dürfte es für die meisten Stpfl. attraktiv sein, zu einer Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren zu optieren, da dies die

zumindest teilweise Berücksichtigung von WK zulässt. Lediglich bei Anwendung des Reichensteuersatzes von 45 % ist das Teileinkünfteverfahren mit einer Steuerlast von 27 % deutlich ungünstiger. Bei angefallenen WK relativiert sich aber auch dieser Nachteil.

Keine Anwendung von § 20 Abs. 6 und 9: Obwohl die Beteiligungserträge Einkünfte aus Kapitalvermögen bleiben, finden die Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 20 Abs. 6 und das WK-Abzugsverbot nach § 20 Abs. 9 keine Anwendung. Es kann auf die Erl. zu Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 verwiesen werden (Anm. 40).

Einstweilen frei.

51–54

Erläuterungen zu Abs. 3

I. Bedeutung der Regelung

55

Die Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen soll so weit wie möglich im Wege des abgeltenden KapErtrStEinbehalts erfolgen. Allerdings ist in den §§ 43 ff. nicht für alle Arten von Kapitalerträgen ein Steuereinbehalt vorgesehen bzw. nicht für alle Auszahlungswege ein Abzugsverpflichteter vorhanden.

In die EStVeranlagung sind Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nicht der KapErtrSt. unterlegen haben, nicht ohne weiteres einbezogen. Nach § 25 Abs. 1 wird die ESt. nur nach dem im VZ bezogenen Einkommen veranlagt, wobei der Begriff des Einkommens die Kapitalerträge nach Abs. 1 nicht umfasst (§ 2 Abs. 5b Satz 1). Ohne eine Sonderregelung wäre die für Kapitalerträge, die nicht mit KapErtrSt. belastet sind, entstehende ESt. daher weder im Veranlagungswege noch im Abzugswege zu erheben. Abs. 3 schließt diese Lücke, indem eine Verpflichtung zur Angabe dieser Kapitalerträge in der EStErklärung begründet wird.

In der Veranlagung werden diese Kapitalerträge mit dem gesonderten Steuertarif nach Abs. 1 besteuert. Bei Abs. 3 handelt es sich damit um eine Pflichtveranlagung zum gesonderten Steuertarif.

Die Regelung ist uE im Abschnitt über den Tarif (§§ 31 ff.) fehlplatziert. Inhaltlich hätte es näher gelegen, die Regelung in den Abschnitt über die Veranlagung (§§ 25 ff.) aufzunehmen. Soweit allerdings die Besteuerung nach dem gesonderten Tarif angeordnet wird (Abs. 3 Satz 2), besteht ein enger Zusammenhang zu den Tarifvorschriften.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Systematische Einordnung

56

Unter Abs. 3 fallen stpfl. Kapitalerträge, die nicht der KapErtrSt. unterlegen haben. Abs. 3 ist gegenüber Abs. 6 subsidiär; beantragt ein Stpfl. eine Veranlagung zum individuellen Steuertarif, sind alle Kapitalerträge – unabhängig von einem KapErtrStEinbehalt – im Verfahren nach Abs. 6 zu besteuern. Abs. 3 ist aus systematischen Gründen subsidiär zu § 25 Abs. 1. Kapitalerträge, die aufgrund von Abs. 2 nicht dem gesonderten Steuertarif unterliegen, zählen zum Einkommen (§ 2 Abs. 5b Satz 2 Nr. 2), das nach § 25 in die Veranlagung eingeht. Der Sonderregelung des Abs. 3 bedarf es insoweit nicht.

57 **2. Steuerpflichtige Kapitalerträge**

Das Gesetz verwendet den Begriff des Kapitalertrags, der bis zum UntStReformG 2008 (nahezu) ausschließlich im Kontext der KapErtrSt. verwendet wurde, synonym mit dem Terminus Einkünfte aus Kapitalvermögen. UE unterschieden sich diese beiden Begriffe bislang im Wesentlichen dadurch, dass Kapitalerträge auch dann vorlagen, wenn ein Ertrag aus Kapitalvermögen aufgrund der Subsidiarität der Einkünfte aus Kapitalvermögen einer anderen Einkunftsart zuzurechnen war (vgl. § 43 Abs. 4). Diese Deutung muss im Rahmen des Abs. 3 nunmehr aufgegeben werden. Kapitalerträge in diesem Sinne stehen nunmehr den Einkünften aus Kapitalvermögen gleich.

Unzutreffend ist uE die Ansicht, dass mit dem Begriff der Kapitalerträge derjenige Betrag gemeint ist, der der KapErtrSt. im Fall deren hypothetischen Eingreifens unterlegen hätte (SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2008, 2007, 651). Dies würde zur Anwendung der besonderen Bemessungsgrundlage nach § 43a Abs. 2 führen. Stattdessen bestimmt sich die Höhe der Kapitalerträge iSd. Abs. 3 nach der materiellen Norm des § 20, insbes. dessen Abs. 4.

Die Verpflichtung zur Angabe in der EStErklärung besteht nur für stpfl. Kapitalerträge. Stfreie Erträge (etwa nach § 3 Nr. 41) sind nicht zu erklären (eine Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf ausländ. Dividenden ist uE aufgrund von § 3 Nr. 40 Satz 2 von vornherein ausgeschlossen, aA SCHÖNFELD aaO).

58 **3. Kapitalerträge, die nicht der Kapitalertragsteuer unterlegen haben**

Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen nach dem durch das UntStReformG 2008 erheblich ausgeweiteten Katalog des § 43 Abs. 1 regelmäßig der KapErtrSt., die von den nach § 44 Abs. 1 Satz 3 zum Abzug Verpflichteten grundsätzlich an der Quelle erhoben wird. In einigen Fällen fehlt es allerdings entweder an einem Abzugsverpflichteten oder schon an einem einschlägigen KapErtrStTatbestand. Zu nennen sind vor allem:

Fehlen eines Kapitalertragsteuertatbestands:

▶ *Veräußerung/Beendigung eines partiarischen Darlehens oder einer stillen Gesellschaft:* Zu der materiellen Steuernorm des § 20 Abs. 2 Nr. 4 existiert keine korrespondierende KapErtrStNorm.

▶ *Gewinne aus der Übertragung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden:* Zu der materiellen Steuernorm des § 20 Abs. 2 Nr. 5 existiert keine korrespondierende KapErtrStNorm.

▶ *Gewinne aus der Veräußerung von Ansprüchen aus kapitalbildenden Lebensversicherungen:* Zu der materiellen Steuernorm des § 20 Abs. 2 Nr. 6 existiert keine korrespondierende KapErtrStNorm.

▶ *Kapitalmaßnahmen nach § 43 Abs. 1 Nr. 7:* Kapitalmaßnahmen nach §§ 13, 21 UmwStG werden für Zwecke des KapErtrStEnbhalts als erfolgsneutral behandelt; dies ist jedoch ohne Einfluss auf die materielle StPflicht. UE sollte die materielle StPflicht in diesen Fällen entfallen, da es wegen der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen ohnehin – spätestens bei Veräußerung – zur Erfassung kommt, und die zwischenzeitliche Erfassung von Kapitalmaßnahmen bereits technisch – wenn überhaupt möglich – erhebliche Probleme bereitet.

Fehlen eines Abzugsverpflichteten:

▶ *Kapitalerträge, die dem Stpfl. über eine ausländische Zahlstelle zufließen:* Ausländ. Zahlstellen sind nicht zum Einbehalt von KapErtrSt. verpflichtet. Zu den ausländ.

Zahlstellen gehören neben ausländ. Kreditinstituten auch ausländ. Zweigstellen inländ. Kreditinstitute. Kapitalerträge, die einem Stpfl. über ausländ. Konten und Depots zufließen, werden daher ohne Einbehalt von deutscher KapErtrSt. gutgeschrieben.

► *Veräußerungsgewinne bei GmbH-Anteilen:* Es fehlt an einer auszahlenden Stelle (§ 44 Abs. 1 Sätze 3 und 4), da GmbH-Anteile nicht depotverwahrt werden. Gleiches gilt für nicht depotverwahrte Aktien. Fällt die Beteiligung in den Anwendungsbereich des § 17, findet Abs. 3 keine Anwendung, da dann uE keine Kapitalerträge vorliegen.

► *Zinsinnahmen aus Privatdarlehen:* Es fehlt an einer auszahlenden Stelle (§ 44 Abs. 1 Sätze 3 und 4). Sollte das Darlehensverhältnis unter einander nahe stehenden Personen bestehen, kommt aufgrund von Abs. 2 Nr. 1 allerdings bereits § 25 zur Anwendung.

► *Ausschüttungsgleiche Erträge von thesaurierenden, ausländischen Investmentfonds:* Weder die ausländ. Investmentgesellschaft noch das die Anteile verwahrende (in- oder ausländ.) Kreditinstitut ist zur Abführung der KapErtrSt. verpflichtet (vgl. OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322 [1325]).

Unterlassener Abzug: Offen ist die Frage, ob Abs. 3 auch dann Anwendung findet, wenn zwar eine Verpflichtung zum Einbehalt von KapErtrSt. bestanden hätte, der Abzugsverpflichtete den Abzug aber unterlassen hat. Gegen eine Anwendung des Abs. 3 spricht, dass § 44 Abs. 5 Satz 2 detailliert regelt, unter welchen Voraussetzungen der Stpfl. als Gläubiger der Kapitalerträge – und damit als Schuldner der KapErtrSt. (§ 44 Abs. 1 Satz 1) – in Anspruch genommen werden kann, wenn der Abzugsverpflichtete den Steuereinbehalt unterlassen hat. Darüber hinaus entstünde eine Verpflichtung des Stpfl., bei Zufluss von Kapitalerträgen zu überwachen, ob die auszahlende Stelle Steuer einbehalten hat. Fehler der auszahlenden Stelle würden eine Erklärungspflicht des Stpfl. begründen.

UE macht aber vor allem der Wortlaut deutlich, dass gerade dies beabsichtigt ist. Die Vergangenheitsform („unterlegen haben“) deutet darauf hin, dass darauf abzustellen ist, ob de facto ein Einbehalt stattgefunden hat, und nicht, ob de jure eine Pflicht dazu bestand (so auch SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 652). Zum gleichen Ergebnis führt ein Vergleich mit Abs. 4, der ebenfalls den Terminus „unterlegen haben“ verwendet. Abs. 4 eröffnet ausdrücklich die Möglichkeit einer Überprüfung des Steuereinhalts „dem Grunde nach“. Maßgeblich ist also dort allein, ob ein Steuereinbehalt tatsächlich erfolgt ist. Dies sollte daher auch für die Anwendung des Abs. 3 gelten.

Keine Anwendung findet Abs. 3 allerdings, wenn der Abzugsverpflichtete KapErtrSt. in zu geringer Höhe einbehalten hat. Voraussetzung für die Erklärungspflicht ist das Fehlen jeder KapErtrStBelastung.

III. Angabe in der Einkommensteuererklärung

59

Aufgrund des gesonderten, linearen Tarifs wäre es möglich, Kapitalerträge nach Abs. 3 auch außerhalb des Veranlagungsverfahrens der Besteuerung zu unterwerfen. Abs. 3 Satz 1 statuiert jedoch eine Verpflichtung zur Angabe der Kapitalerträge in der EStErklärung. Damit verweist die Regelung auf § 25 Abs. 3 und die Regelungen der AO zu StErklärungen (§§ 149 ff. AO). Zu erklären sind le-

diglich die Kapitalerträge, die nicht der KapErtrSt. unterlegen haben. Kapitalerträge, auf die mit abgeltender Wirkung Steuer einbehalten worden ist, sind nicht zu erklären. Dies bestätigt der Umkehrschluss aus der Formulierung in Abs. 6, wonach der Antrag auf Veranlagung zum individuellen Steuertarif nur für *sämtliche* Kapitalerträge gestellt werden kann.

60

IV. Steuertarif (Abs. 3 Satz 2)

Abs. 3 Satz 2 ordnet als Rechtsfolge die Erhöhung der tariflichen ESt an. Dazu ist zunächst die tarifliche ESt für alle Einkünfte mit Ausnahme der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu ermitteln. Sodann wird die Steuer nach Abs. 1 auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen ermittelt, die bisher nicht der KapErtrSt. unterlegen haben, und die tarifliche ESt dann um diesen Betrag erhöht. Hierbei kommt der gesonderte Tarif nach Abs. 1 zur Anwendung.

61–64 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 4

65

I. Bedeutung der Regelung

Abs. 4 gibt dem Stpfl. das Recht, für Kapitalerträge, die der KapErtrSt. unterlegen haben, eine StFestsetzung zum gesonderten Steuertarif zu beantragen. Abs. 4 eröffnet mit der Wahlveranlagung zum gesonderten Tarif die Möglichkeit zur Durchbrechung der abgeltenden Wirkung des KapErtrStEinbehalts nach § 43 Abs. 5. Die Regelung ist erforderlich, da die zum StAbzug Verpflichteten (§ 44 Abs. 1 Satz 3) nicht immer alle erforderlichen Daten besitzen, um den StAbzug in Höhe der materiellen StPflicht (§§ 20, 32d Abs. 1) vornehmen zu können. Der Betrag der KapErtrSt. kann nach oben und unten von der materiellen StPflicht abweichen (vgl. auch § 43a Abs. 2 und § 20 Abs. 4). Bei einer Abweichung nach oben kann der Stpfl. über einen Antrag nach Abs. 4 eine Korrektur zu seinen Gunsten anstoßen; bei einer Abweichung nach unten wird der Stpfl. regelmäßig auf einen Antrag nach Abs. 4 verzichten.

66

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Das Antragsrecht besteht für Kapitalerträge (zum Begriff s. Anm. 57), die der KapErtrSt. unterlegen haben. Wie in Abs. 3 kommt es nur darauf an, ob tatsächlich KapErtrSt. erhoben worden ist; nicht, ob dies zu Recht erfolgt ist (s. Anm. 58).

Abs. 4 listet eine Reihe von Umständen auf, bei denen der Betrag der einbehaltenen KapErtrSt. von der materiellen StPflicht abweicht:

Nicht vollständig ausgeschöpfter Sparer-Pauschbetrag: Hat ein Stpfl. mit seinen Freistellungsaufträgen nicht das zur Verfügung stehende Freistellungsvolumen (§ 20 Abs. 9) ausgenutzt, kann er dies im Wege der Veranlagung nachholen.

Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage nach § 43a Abs. 2 Satz 7: Die Ersatzbemessungsgrundlage kommt in Veräußerungsfällen zur Anwendung,

wenn die Anschaffungsdaten nicht nachgewiesen sind. Hinzuweisen ist darauf, dass die Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage für den Stpfl. günstig sein kann, wenn der Veräußerungsgewinn 30 % der Einnahmen aus der Veräußerung übersteigt. In diesem Fall bleibt es bei der abgeltenden Wirkung des Steuereinbehalts, wenn kein Antrag nach Abs. 4 gestellt wird. Hierdurch eröffnen sich Stpfl. Gestaltungsmöglichkeiten durch grenzüberschreitende Depotüberträge.

Noch nicht im Rahmen der Verlustverrechnungstöpfen (§ 43a Abs. 3) berücksichtigte Verluste: Der Stpfl. kann sich von seiner auszahlenden Stelle nach § 43a Abs. 3 Satz 4 die Höhe eines nicht ausgeglichenen Verlusts zum Jahresende bescheinigen lassen. Die Verlustbescheinigung wird dann im Rahmen der Wahlveranlagung berücksichtigt. Diese Fallgruppe erlangt nur Bedeutung, wenn ein Stpfl. mehrere Konto- und Depotverbindungen unterhält.

Verlustvortrag nach § 20 Abs. 6: Im Rahmen der Wahlveranlagung ist eine Verrechnung mit Verlustvorträgen nach § 23 Abs. 3 Sätze 9 und 10 möglich. Derartige Verluste können aus Transaktionen, die noch nicht der Abgeltungssteuer unterfallen, entstehen.

Noch nicht berücksichtigte ausländische Steuern: Besteht bei Zufluss eines ausländ. Kapitalertrags ein Guthaben in den Verlustverrechnungstöpfen, wird keine KapErtrSt. einbehalten. In diesem Fall kann die ausländ. Quellensteuer nicht von der auszahlenden Stelle angerechnet werden. Sofern aber insgesamt Steuern auf Kapitalerträge zu zahlen sind, kann die ausländ. Steuer in der Wahlveranlagung berücksichtigt werden. Der Stpfl. kann sich den Anrechnungsertrag vom Kreditinstitut bescheinigen lassen (vgl. BMF v. 14.12.2007, StEK EStG § 32d Nr. 2). Sofern insgesamt keine positiven Einkünfte aus Kapitalvermögen entstanden sind, kann die ausländ. Quellensteuer nicht in entsprechender Anwendung des § 34c Abs. 2 bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden (BMF v. 14.12.2007 aaO).

Berücksichtigung gezahlter Kirchensteuer: Lässt ein Stpfl. die KiSt. nicht durch die auszahlende Stelle erheben, kann diese die pauschalierte Anrechenbarkeit der KiSt. nach Abs. 1 Satz 3 nicht berücksichtigen.

Überprüfung der Richtigkeit des Steuereinbehalts dem Grunde und der Höhe nach: Während die anderen Fallgruppen auf die Berücksichtigung von Umständen abzielen, die der auszahlenden Stelle nicht bekannt waren, geht es hier um die Überprüfung der Richtigkeit des Steuereinbehalts durch den Abzugsverpflichteten. Dies ermöglicht es, unterschiedliche Rechtsauffassungen von Stpfl. und auszahlender Stelle durch die FinVerw. bzw. die Finanzgerichte verbindlich entscheiden zu lassen.

Weitere Anwendungsfälle: Die Aufzählung in Abs. 4 hat lediglich *exemplarischen Charakter*. Das Wort „insbesondere“ öffnet die Regelung für die Berücksichtigung weiterer Umstände. In Betracht kommen etwa:

- ▶ *Berücksichtigung von Anschaffungs- und Veräußerungsnebenkosten, die der auszahlenden Stelle nicht bekannt waren:* Zu den Aufwendungen in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit einem Veräußerungsgeschäft (§ 20 Abs. 4 Satz 1) können etwa Beratungskosten zählen, die der auszahlenden Stelle unbekannt sind und daher im Rahmen der KapErtrSt. nicht berücksichtigt werden können (vgl. BRDrucks 16/4841, 61).
- ▶ *Korrektur bei unterbliebener Anzeige der Unentgeltlichkeit eines Depotübertrags:* Ein Depotübertrag gilt für KapErtrStZwecke grundsätzlich als Veräußerung des WG, wenn der Stpfl. nicht mitteilt, dass es sich um eine unentgeltliche Übertragung

handelt (§ 43 Abs. 1 Sätze 4 und 5). Die Unentgeltlichkeit kann dann noch im Rahmen des Abs. 4 geltend gemacht werden.

67

III. Antrag

Die Durchbrechung der abgeltenden Wirkung des KapErtrStEinbehalts erfolgt nur auf Antrag des Stpfl. Der Antrag ist mit der EStErklärung zu stellen. Eine spätere Antragstellung – etwa im Rahmen eines Rechtsbehelfsverfahrens – ist uE nicht möglich.

Der Antrag auf Veranlagung kann auf einzelne Kapitalerträge beschränkt werden (so auch BEHRENS, BB 2007, 1025 [1028]), wie der Umkehrschluss aus Abs. 6 Satz 3 zeigt. Die Auswahl und der Umfang der zu veranlagenden Kapitalerträge stehen im Belieben des Stpfl. Er kann daher etwa gezielt eine Veranlagung der Kapitalerträge beantragen, bei denen die Ersatzbemessungsgrundlage angewendet wurde. Ebenso kann der Stpfl. zur Berücksichtigung eines noch nicht ausgeschöpften Sparer-Pauschbetrags Kapitalerträge nur in dem Umfang erklären, der erforderlich ist, um den Sparer-Pauschbetrag auszuschöpfen.

68

IV. Rechtsfolge

Auf den Antrag hin wird die ESt. auf die Kapitalerträge, auf die sich der Antrag bezieht, entsprechend Abs. 3 Satz 2 und damit nach dem gesonderten Steuertarif des Abs. 1 festgesetzt.

Die bereits einbehaltene KapErtrSt. wird unter den Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 auf die festgesetzte ESt. angerechnet. Ggf. kann sich daraus ein Anspruch auf Steuererstattung ergeben.

Eine Günstigerprüfung findet nicht statt. Der Stpfl. ist zwar nicht verpflichtet, einen Antrag nach Abs. 4 für solche Kapitalerträge zu stellen, bei denen die einbehaltene KapErtrSt. geringer ist als die nach Abs. 1 auf den jeweiligen Kapitalertrag festzusetzende (so auch SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2008, 2007, 655). Wird ein Antrag gestellt, ist die festzusetzende Steuer in der Höhe aber nicht durch die einbehaltene KapErtrSt. begrenzt.

69 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 5

70

I. Bedeutung der Regelung

Abs. 5 regelt in Anlehnung an § 34c und als Sondervorschrift zu dieser Norm die Berücksichtigung der im Ausland anfallenden Quellensteuer auf ausländ. Kapitalerträge. Die in § 34c angeordnete Anrechnungssystematik lässt eine Berücksichtigung ausländ. Steuern erst zu, nachdem das zu versteuernde Einkommen und die daraus resultierende deutsche ESt. eines VZ feststeht. Damit ist diese Regelung für einen abgeltenden KapErtrStEinbehalt nicht geeignet. Abs. 5 ordnet daher eine Anrechnung auf jeden (einzelnen) ausländ. Kapitalertrag an, ohne dass es auf den Gesamtbetrag der ausländ. Einkünfte oder die darauf entfallende

deutsche ESt. ankäme. In erster Linie regelt Abs. 5 die Anrechnung für Zwecke der materiellen StPfl. Über den Verweis in § 43a Abs. 3 Satz 1 findet Abs. 5 auch beim KapErtrStEinbehalt Anwendung.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Anrechnung auf die deutsche Steuer (Abs. 5 Satz 1)

71

In den Fällen der Abs. 3 und 4: Abs. 5 ist direkt nur in den Fällen der Wahl (Abs. 4) und der Pflichtveranlagung (Abs. 3) zum Abgeltungssteuersatz anwendbar. In allen anderen Fällen erfolgt die Anrechnung bereits durch die die Kapitalerträge auszahlenden Stellen im Rahmen des KapErtrStEinbehalts. Für diese gilt § 43a Abs. 3 Satz 1, der freilich wiederum auf § 32d Abs. 5 verweist. Auch für die Fälle der Anwendung des allgemeinen Tarifs aufgrund der Günstigerprüfung des Abs. 6 wird auf Abs. 5 verwiesen (Abs. 6 Satz 2). Damit ist Abs. 5 die Zentralnorm für die Anrechnung ausländ. Steuern im Rahmen der Abgeltungssteuer.

Unbeschränkt Steuerpflichtige: Eine Anrechnung ausländ. Steuern erfolgt nur bei unbeschränkt Stpfl. Bei beschränkt Stpfl. ist es Sache des Ansässigkeitsstaats, ausländ. Steuern, einschließlich der deutschen KapErtrSt., anzurechnen.

Ausländische Kapitalerträge liegen vor, wenn der Schuldner Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz in einem ausländ. Staat hat oder das Kapitalvermögen durch ausländ. Grundbesitz besichert ist (§ 34d Nr. 6).

Eine der deutschen Einkommensteuer entsprechende Steuer ist Voraussetzung für ihre Anrechnung. Bis zum JStG 2009 ordnete Abs. 5 eine sinnngemäße Anwendung des § 34c an. Der Verweis ließ jedoch die Frage offen, ob im Rahmen der Abgeltungssteuer der per-country-limitation des § 34c in dem Sinne Anwendung findet, dass Quellensteuern nur dann angerechnet werden können, wenn aus dem Land, das die Quellensteuer erhebt, ausreichend hohe abgeltungstpfl. Kapitalerträge vorliegen. Um klarzustellen, dass eine Anrechnung bereits dann möglich ist, wenn – ohne Rücksicht auf den Quellenstaat – überhaupt ausreichend hohe stpfl. Kapitalerträge angefallen sind, wurde der Regelungsgehalt in Abs. 5 eigenständig formuliert (BTDrucks. 16/10189, 53). Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale erfolgt jedoch identisch wie zu § 34c.

Ausländische Steuer: Abs. 5 gilt für die Anrechnung ausländ. Steuern, die vom Schuldner eines Kapitalertrags oder einer auszahlenden Stelle einbehalten werden.

Einzelbetrachtung: Die Anrechnung erfolgt unter isolierter Betrachtung jedes einzelnen ausländ. Kapitalertrags. Anders als im Rahmen des § 34c wird nicht auf sämtliche Einkünfte aus einem Staat (per country), sondern auf einen einzelnen Zufluss aus einer Forderung, einer Beteiligung bzw. einer Veräußerung abgestellt. Eine Anrechnung ist nur bis zur Höhe von 25 % des Kapitalertrags möglich. Damit soll verhindert werden, dass ausländ. Steuern über die auf diese Kapitalerträge entfallende deutsche Steuer hinaus angerechnet werden und damit eine Erstattung der ausländ. Steuer erfolgt. Dabei wurde vereinfachend außer Acht gelassen, dass im Fall der KiStPfl. der Abgeltungssteuersatz unter 25 % liegt und es zu einer geringfügigen Überanrechnung kommt. Nach Abs. 5 ist bei Anrechnungsüberhängen ein Ausgleich mit anderen Einkünften aus demselben oder anderen Staaten, die einer geringeren Quellensteuerbelastung unterlegen haben, nicht möglich (per-item-limitation).

Beispiel: A erzielt einen Zinsertrag auf einem im Staat X unterhaltenen Konto. Im Quellenstaat X wird eine Steuer iHv. 30 % des Kapitalertrags einbehalten. Darüber hinaus hält A eine Staatsanleihe des Staates X in seinem Depot. Hierauf wird keine Quellensteuer einbehalten.

Auf die Zinserträge auf dem Konto im Staat X entfällt nach Anrechnung der Quellensteuer keine weitere deutsche Steuer. Es kommt zu einem Anrechnungsüberhang iHv. 5 %. Dieser Anrechnungsüberhang kann nicht genutzt werden, um die auf die Einkünfte aus der Staatsanleihe entstehende deutsche Steuer im Wege der Anrechnung zu reduzieren.

Aufgrund der per-item-Betrachtung nach Abs. 5 mindern sonstige, negative Kapitalerträge den Anrechnungshöchstbetrag nicht.

Beispiel: A erzielt einen Zinsertrag aus einer ausländ. Anleihe iHv. 1000, der mit einer Quellensteuer von 150 belastet ist. Aus der nachfolgenden Veräußerung dieser Anleihe erleidet er einen Verlust von 500.

Die Einkünfte aus Kapitalvermögen belaufen sich auf 500. Darauf entfällt insgesamt eine deutsche ESt. von 125. Die Quellensteuer ist in voller Höhe anrechenbar, da die deutsche ESt. auf den Zinsertrag $1000 \times 25 \% = 250$ beträgt (Anrechnungshöchstbetrag). Die Steuer von 125 vermindert sich um die anrechenbare Quellensteuer von 150 (Abs. 1 Satz 2). Da die Quellensteuer aber nicht erstattet werden kann, beläuft sich die ESt. nach Abs. 1 auf 0. Es kommt zu einem Anrechnungsüberhang von 25, der mit weiteren positiven Kapitalerträgen verrechnet werden kann. Dies widerspricht nicht der per-item-limitation, da diese sich nur bei der Berechnung des Anrechnungshöchstbetrags auswirkt, nicht aber einer – durch die Verlustverrechnungsmethodik bedingten späteren – Anrechnung der Quellensteuer auf sonstige abgeltungspfl. Kapitalerträge entgegensteht.

Auf die für Anrechnungsüberhänge vorgesehene Regelung des § 34c Abs. 2, wonach die ausländ. Steuer bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden kann, wird nicht verwiesen. Sie findet auch keine entsprechende Anwendung (BMF v. 14.12.2007, StEK EStG § 32d Nr. 2).

72 2. Nicht-DBA-Fälle

Eine der deutschen Einkommensteuer entsprechende Steuer: Vor der Anrechnung ist zu prüfen, ob die ausländ. Quellensteuer der deutschen ESt. entspricht. Dieses Tatbestandsmerkmal ist auch von der auszahlenden Stelle zu prüfen, die die KapErtrSt. einbehält. Das BMF lehnt es ab, bei Kapitalerträgen aus DBA-Staaten generell von der Anrechenbarkeit von Quellensteuern auszugehen. Es hat allerdings im Internet eine Liste der anrechenbaren Quellensteuern zur Verfügung gestellt (abrufbar unter BMF http://www.steuerliches-info-center.de/de/003_menu_links/001_CC/0075_Anrechenbarkeit.php).

73 3. DBA-Fälle (Abs. 5 Satz 2)

Bei Kapitalerträgen aus DBA-Staaten, für die eine Anrechnung der Quellensteuer im DBA vorgesehen ist, ordnet Abs. 5 Satz 2 die entsprechende Anwendung von Satz 1 an. Es gelten daher die obigen Grundsätze entsprechend.

Abzugsverfahren: Das BMF hat eine Liste der nach Auffassung der Verwaltung anrechenbaren Quellensteuern veröffentlicht (abrufbar unter http://www.steuerliches-info-center.de/de/003_menu_links/001_CC/0075_Anrechenbarkeit.php).

Fiktive Quellensteuer: In einigen DBA ist vorgesehen, dass Deutschland auch die Anrechnung fiktiver Quellensteuern gewährt. Auch eine derartige, tatsächlich nicht erhobene Steuer ist nach Abs. 5 Satz 2 anzurechnen. Schwierigkeiten ergeben sich für das Abzugsverfahren jedoch daraus, dass eine Reihe von DBA

die Anrechnung fiktiver Steuern von weiteren Voraussetzungen abhängig machen, die in einem Massenverfahren bei den auszahlenden Stellen nicht geprüft werden können. Das BMF ist dem Wunsch der Kreditwirtschaft nicht gefolgt, fiktive Quellensteuern ohne weitere Nachprüfung anrechnen zu können. Stattdessen hat es eine Liste derjenigen Länder veröffentlicht, bei denen die Anrechnung fiktiver Steuern nach dem entsprechenden DBA nicht an bestimmte zusätzliche Bedingungen geknüpft ist (abrufbar unter http://www.steuern.de/de/003_menu_links/001_CC/0075_Anrechenbarkeit.php). Nur bei diesen Ländern können fiktive Quellensteuern von den auszahlenden Stellen beim KapErtrStAbzug berücksichtigt werden. In allen anderen Fällen ist der Stpfl. darauf angewiesen, die Anrechnung über das Wahlveranlagungsverfahren nach Abs. 4 zu beantragen.

4. Beschränkung auf die Höhe der Kapitalerträge (Abs. 5 Satz 3) 74

Der durch das JStG 2009 eingefügte Satz 3 stellt klar, dass es durch die Anrechnung ausländ. Steuern auf Kapitalerträge zwar zu einer Reduzierung der Steuer auf Kapitalerträge auf 0 kommen kann, eine Erstattung aber ausgeschlossen ist (BTDrucks. 16/10189, 53).

Einstweilen frei.

75–79

Erläuterungen zu Abs. 6

I. Bedeutung der Regelung

80

Wie Abs. 4 regelt auch Abs. 6 einen Fall der Wahlveranlagung, der die abgeltende Wirkung des KapErtrStAbzugs durchbricht. Anders als im Fall des Abs. 4 erfolgt die Veranlagung zum individuellen Steuersatz. Die Regelung ermöglicht eine Besteuerung der Kapitalerträge nach den allgemeinen Tarifvorschriften, wenn dies für den Stpfl. günstiger ist. Abs. 6, der dem mit Einführung der Abgeltungsteuer angestrebten Vereinfachungseffekt zuwiderläuft, ist verfassungsrechtl. Bedenken geschuldet. Eine effektive Steuerbelastung von Kapitalerträgen mit 25 % scheint bei Stpfl. mit niedrigeren individuellen Steuersätzen dem Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zu widersprechen. UE steht allerdings zu erwarten, dass die Regelung zwar zu einer Vielzahl von Veranlagungsverfahren führen wird, dass es aber nur in Ausnahmefällen zu einer Steuererstattung kommen wird. Verfassungsrechtl. Bedenken hätte daher eher mit einer Senkung des Abgeltungsteuertarifs begegnet werden können.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

81

Die Regelung gilt für die nach § 20 ermittelten Kapitaleinkünfte. Damit wird nicht nur auf den Katalog der Kapitalerträge (§ 20 Abs. 1 und 2), sondern auch auf die Bestimmungen zur Bemessungsgrundlage verwiesen. Es bleibt damit insbes. beim Verlustverrechnungs- und WK-Abzugsverbot (§ 20 Abs. 6 und 9).

III. Anwendung des progressiven Tarifs

Die StFestsetzung nach Abs. 6 verdrängt die Abs. 1, 3 und 4. Die Einkünfte aus Kapitalvermögen sind den Einkünften iSd. § 2 hinzuzurechnen und insgesamt der tariflichen ESt. zu unterwerfen. Damit wird auf das allgemeine Berechnungsschema des § 2 Abs. 2–5 und die Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 verwiesen.

Die Wahlveranlagung kann auch dazu genutzt werden, um Verluste aus anderen Einkunftsarten mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen zu verrechnen. Beantragt der Stpfl. eine Veranlagung nach Abs. 6, so vermindern die positiven Einkünfte aus Kapitalvermögen die übrigen Verluste (vgl. BEHRENS, BB 2007, 1025 [1028]; BRUSCH, FR 2007, 999 [1002]). Ob es für den Stpfl. günstig ist, in derartigen Fällen einen Antrag nach Abs. 6 zu stellen, hängt maßgeblich von seinen in Zukunft zu erwartenden Einkünften ab. Der Einsatz von Verlusten aus anderen Einkunftsarten zur Verrechnung mit Einkünften aus Kapitalvermögen führt durch die teilweise Erstattung der KapErtrSt. iHv. 25 % zu einem Liquiditätsvorteil; im Gegenzug verliert der Stpfl. allerdings die Möglichkeit, künftige positive Einkünfte, die mit bis zu 45 % besteuert sein können, mit vorgetragenen Verlusten zu verrechnen (vgl. BAUMGÄRTEL/LANGE in HERZIG ua., Unternehmenssteuerreform, 2007, Rn. 802).

Das Verlustverrechnungsverbot des § 20 Abs. 6 steht einer derartigen Verlustverrechnung nicht entgegen. Diese Regelung enthält allein das Verbot, dem gesonderten (niedrigen) Steuertarif unterliegende Verluste mit potentiell hoch besteuerten Einkünften zu verrechnen.

IV. Günstigerprüfung

Es kommt nur dann zur Anwendung des individuellen Steuertarifs, wenn dies zu einer niedrigeren ESt. führt als eine Besteuerung nach dem gesonderten Tarif. Ergibt die Prüfung im Veranlagungsverfahren, dass dies nicht der Fall ist, gilt der Antrag als nicht gestellt und es bleibt bei der Besteuerung nach den Abs. 1, 3 und 4. Für den Stpfl. kann dies bedeuten, dass auch bei einem Antrag nach Abs. 6 ein hilfsweise gestellter Antrag nach Abs. 4 ratsam sein kann, um den Steuereinbehalt bei einzelnen Kapitalerträgen dem Grunde oder der Höhe nach überprüfen zu lassen.

Zu vergleichen ist die tarifliche ESt. auf das zu versteuernde Einkommen unter Einbeziehung der Einkünfte aus Kapitalvermögen mit der tariflichen ESt. auf das zu versteuernde Einkommen ohne diese Einkünfte zuzüglich der ESt. auf diese Einkünfte, die sich aus der Anwendung des gesonderten Steuertarifs ergibt. Ist der erstgenannte Betrag nicht niedriger, gilt der Antrag als nicht gestellt. Zu beachten ist, dass die Erfolgsaussichten des Antrags ohne diese etwas aufwändigere Vergleichsrechnung nicht verlässlich eingeschätzt werden können. Insbes. führt der Antrag nicht schon dann zu einem Belastungsvorteil, wenn der Durchschnittssteuersatz eines Stpfl. über sein gesamtes zu versteuerndes Einkommen unter 25 % liegt. Entscheidend ist vielmehr, welcher Grenzbelastung die Kapitalerträge bei Anwendung des individuellen Steuersatzes unterliegen.

Die Grenzbelastung der Kapitalerträge liegt immer oberhalb von 25 %, wenn bereits der Grenzsteuersatz auf das zu versteuernde Einkommen (ohne Kapitalerträge) über 25 % liegt. Ein nicht zusammenveranlagter Stpfl. erreicht diese Grenze bei einem zu versteuernden Einkommen von rund 14 980 €.

Beispiel: A hat ein zu versteuerndes Einkommen von 15 000 €. Daneben erzielt er Kapitalerträge, die den Sparer-Pauschbetrag um 400 € übersteigen. Von diesen wurde eine KapErtrSt. von 100 € einbehalten.

Die tarifliche ESt. bei einem zVE von 15 000 € beträgt 1 542 €, das entspricht einem Durchschnittsteuersatz von 10,28 %. Die tarifliche ESt. auf 15 400 € (also inklusive der Kapitalerträge) beträgt 1 643 €. Die Anwendung des progressiven Steuertarifs auf die Kapitalerträge würde zu einer zusätzlichen ESt. von 101 € (1 643 € ./. 1 542 €) führen und damit zu einem Belastungsnachteil. Ein Antrag nach Abs. 6 würde als nicht gestellt gelten.

V. Anrechnung ausländischer Steuern (Abs. 6 Satz 2)

84

Abs. 6 Satz 2 wurde durch das JStG 2009 nachträglich eingefügt, um eine vermeintliche Lücke zu schließen. Der ursprüngliche Verweis in Abs. 6 Satz 1 auf die Abs. 1–5 hätte dazu geführt, dass eine ausländ. Steuer auch dann mit bis zu 25 % des Kapitalertrags hätte angerechnet werden können, wenn die Belastung mit deutscher Steuer aufgrund der Günstigerprüfung deutlich unter 25 % gelegen hätte. Nunmehr ist sichergestellt, dass die Anrechnung der ausländ. Steuer der Höhe nach auf die deutsche Steuer begrenzt ist, die unter Anwendung des Abs. 5 auf die Kapitalerträge entfällt.

VI. Antrag und Umfang der Veranlagung (Abs. 6 Sätze 3 und 4)

85

Der Stpfl. kann in jedem VZ erneut entscheiden, einen Antrag nach Abs. 6 zu stellen. Eine Frist ist für den Antrag nicht vorgesehen. Anders als in Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 und Abs. 4 ist nicht ausdrücklich geregelt, dass der Antrag zusammen mit der EStErklärung zu stellen ist. Da die ESt. auf Kapitalerträge zusammen mit der ESt. auf die übrigen Einkünfte festzusetzen ist, ist uE aber auch der Antrag nach Abs. 6 zusammen mit der EStErklärung zu stellen.

Der Antrag umfasst notwendig sämtliche Kapitalerträge eines VZ; bei zusammenveranlagten Ehegatten sämtliche Kapitalerträge beider Ehegatten (Abs. 6 Sätze 2 und 3). Auf diese Weise wird verhindert, dass Stpfl. mit einem Grenzsteuersatz unter 25 % den Antrag für Teile ihrer Kapitalerträge stellen, wenn die Grenzbelastung sämtlicher Kapitalerträge über 25 % liegen würde. Hierzu kann es vor allem bei Stpfl. kommen, die fast ausschließlich Kapitalerträge erzielen.

