

e) Kapitalvermögen

§ 20

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

(1) Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören

1. Gewinnanteile (Dividenden), Ausbeuten und sonstige Bezüge aus Aktien, Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist, aus Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sowie an bergbautreibenden Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben.²Zu den sonstigen Bezügen gehören auch verdeckte Gewinnausschüttungen.³Die Bezüge gehören nicht zu den Einnahmen, soweit die aus Ausschüttungen einer Körperschaft stammen, für die Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 des Körperschaftsteuergesetzes als verwendet gelten. Als sonstige Bezüge gelten Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Abs. 2a bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert werden.
2. Bezüge, die nach der Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung im Sinne der Nummer 1 anfallen und die nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen; Nummer 1 Satz 3 gilt entsprechend.²Gleiches gilt für Bezüge, die auf Grund einer Kapitalherabsetzung oder nach der Auflösung einer unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft oder Personenvereinigung im Sinne der Nummer 1 anfallen und die als Gewinnausschüttung im Sinne des § 28 Abs. 2 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes gelten;
3. weggefallen
4. Einnahmen aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter und aus partiarischen Darlehen, es sei denn, dass der Gesellschafter oder Darlehnsgeber als Mitunternehmer anzusehen ist.²Auf Anteile des stillen Gesellschafters am Verlust des Betriebs sind § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und § 15a sinngemäß anzuwenden;
5. Zinsen aus Hypotheken und Grundschulden und Renten aus Rentenschulden.²Bei Tilgungshypotheken und Tilgungsgrundschulden ist nur der Teil der Zahlungen anzusetzen, der als Zins auf den jeweiligen Kapitalrest entfällt;
6. der Unterschiedsbetrag zwischen der Versicherungsleistung und der Summe der auf sie entrichteten Beiträge (Erträge) im Erlebensfall oder bei Rückkauf des Vertrags bei Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht, soweit nicht die lebenslange Rentenzahlung gewählt und erbracht wird, und bei Kapitalversicherungen mit Sparanteil, wenn der Vertrag nach dem 31. Dezember 2004 abgeschlossen worden ist.²Wird die Versicherungsleistung nach Vollendung des 60. Lebensjahrs des Steuerpflichtigen und nach Ablauf von zwölf Jahren seit dem Vertragsabschluß ausgezahlt, ist die Hälfte des Unterschiedsbetrags anzusetzen.³Bei entgeltlichem Erwerb des Anspruchs auf die Ver-

sicherungsleistung treten die Anschaffungskosten an die Stelle der vor dem Erwerb entrichteten Beiträge.⁴ Die Sätze 1 bis 3 sind auf Erträge aus fondsgebundenen Lebensversicherungen, auf Erträge im Erlebensfall bei Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht, soweit keine lebenslange Rentenzahlung vereinbart und erbracht wird, und auf Erträge bei Rückkauf des Vertrages bei Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht entsprechend anzuwenden.⁵ Ist in einem Versicherungsvertrag eine gesonderte Verwaltung von speziell für diesen Vertrag zusammengestellten Kapitalanlagen vereinbart, die nicht auf öffentlich vertriebene Investmentfondsanteile oder Anlagen, die die Entwicklung eines veröffentlichten Indexes abbilden, beschränkt ist, und kann der wirtschaftlich Berechtigte unmittelbar oder mittelbar über die Veräußerung der Vermögensgegenstände und die Wiederanlage der Erlöse bestimmen (vermögensverwaltender Versicherungsvertrag), sind die dem Versicherungsunternehmen zufließenden Erträge dem wirtschaftlich Berechtigten aus dem Versicherungsvertrag zuzurechnen; Sätze 1 bis 4 sind nicht anzuwenden.⁶ Satz 2 ist nicht anzuwenden, wenn

- a) in einem Kapitallebensversicherungsvertrag mit vereinbarter laufender Beitragszahlung in mindestens gleich bleibender Höhe bis zum Zeitpunkt des Erlebensfalls die vereinbarte Leistung bei Eintritt des versicherten Risikos weniger als 50 Prozent der Summe der für die gesamte Vertragsdauer zu zahlenden Beiträge beträgt und
 - b) bei einem Kapitallebensversicherungsvertrag die vereinbarte Leistung bei Eintritt des versicherten Risikos das Deckungskapital oder den Zeitwert der Versicherung spätestens fünf Jahre nach Vertragsabschluss nicht um mindestens zehn Prozent des Deckungskapitals, des Zeitwerts oder der Summe der gezahlten Beiträge übersteigt. Dieser Prozentsatz darf bis zum Ende der Vertragslaufzeit in jährlich gleichen Schritten auf Null sinken;
7. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder geleistet worden ist, auch wenn die Höhe der Rückzahlung oder des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt.² Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage;
 8. Diskontbeträge von Wechseln und Anweisungen einschließlich der Schatzwechsel;
 9. Einnahmen aus Leistungen einer nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Körperschaftsteuergesetzes, die Gewinnausschüttungen im Sinne der Nummer 1 wirtschaftlich vergleichbar sind, soweit sie nicht bereits zu den Einnahmen im Sinne der Nummer 1 gehören; Nummer 1 Satz 2, 3 und Nummer 2 gelten entsprechend;
 10. a) Leistungen eines nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betriebs gewerblicher Art im Sinne des § 4 des Körperschaftsteuergesetzes mit Rechtspersönlichkeit, die zu mit Gewinnausschüttungen im Sinne der Nummer 1 Satz 1 wirtschaftlich vergleich-

baren Einnahmen führen; Nummer 1 Satz 2, 3 und Nummer 2 gelten entsprechend;

- b) der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn und verdeckte Gewinnausschüttungen eines nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betriebs gewerblicher Art im Sinne des § 4 des Körperschaftsteuergesetzes ohne eigene Rechtspersönlichkeit, der den Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt oder Umsätze einschließlich der steuerfreien Umsätze, ausgenommen die Umsätze nach § 4 Nr. 8 bis 10 des Umsatzsteuergesetzes, von mehr als 350 000 Euro im Kalenderjahr oder einen Gewinn von mehr als 30 000 Euro im Wirtschaftsjahr hat, sowie der Gewinn im Sinne des § 22 Abs. 4 des Umwandlungssteuergesetzes. ²Die Auflösung der Rücklagen zu Zwecken außerhalb des Betriebs gewerblicher Art führt zu einem Gewinn im Sinne des Satzes 1; in den Fällen der Einbringung nach dem Sechsten und des Formwechsels nach dem Achten Teil des Umwandlungssteuergesetzes gelten die Rücklagen als aufgelöst. ³Bei dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen der inländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gelten drei Viertel des Einkommens im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 3 des Körperschaftsteuergesetzes als Gewinn im Sinne des Satzes 1. ⁴Die Sätze 1 und 2 sind bei wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben der von der Körperschaftsteuer befreiten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen entsprechend anzuwenden. ⁵Nummer 1 Satz 3 gilt entsprechend.

11. Stillhalterprämien, die für die Einräumung von Optionen vereinbart werden; schließt der Stillhalter ein Glattstellungsgeschäft ab, mindern sich die Einnahmen aus den Stillhalterprämien um die im Glattstellungsgeschäft gezahlten Prämien.

(2) ¹Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch

1. der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1. ²Anteile an einer Körperschaft sind auch Genussrechte im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1, den Anteilen im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf Anteile im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1;
2. der Gewinn aus der Veräußerung
 - a) von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen durch den Inhaber des Stammrechts, wenn die dazugehörigen Aktien oder sonstigen Anteile nicht mitveräußert werden. ²Die Besteuerung tritt an die Stelle der Besteuerung nach Absatz 1;
 - b) von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den Inhaber oder ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung, wenn die dazugehörigen Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden. ²Entsprechendes gilt für die Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung;

²Satz 1 gilt sinngemäß für die Einnahmen aus der Abtretung von Dividenden- oder Zinsansprüchen oder sonstigen Ansprüchen im Sinne des Satzes 1, wenn die dazugehörigen Anteilsrechte oder Schuldverschreibungen nicht in einzelnen Wertpapieren verbrieft sind. ³Satz 2 gilt auch bei der Abtretung von Zinsansprüchen aus Schuldbuchforderungen, die in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen sind.

3. der Gewinn

- a) bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt;
 - b) aus der Veräußerung eines als Termingeschäft ausgestalteten Finanzinstruments
4. der Gewinn aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern, die Erträge im Sinne des Absatzes 1 Nr. 4 erzielen;
 5. der Gewinn aus der Übertragung von Rechten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 5;
 6. der Gewinn aus der Veräußerung von Ansprüchen auf eine Versicherungsleistung im Sinne des Absatzes 1 Nr. 6. ²Das Versicherungsunternehmen hat nach Kenntniserlangung von einer Veräußerung unverzüglich Mitteilung an das für den Steuerpflichtigen zuständige Finanzamt zu machen und auf Verlangen des Steuerpflichtigen eine Bescheinigung über Die Höhe der entrichteten Beiträge im Zeitpunkt der Veräußerung zu erteilen;
 7. der Gewinn aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen jeder Art im Sinne des Absatzes 1 Nr. 7;
 8. der Gewinn aus der Übertragung oder Aufgabe einer die Einnahmen im Sinne des Absatzes 1 Nr. 9 vermittelnden Rechtsposition.

²Als Veräußerung im Sinne des Satzes 1 gilt auch die Einlösung, Rückzahlung, Abtretung oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft; in den Fällen von Satz 1 Nr. 4 gilt auch die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungs Guthabens als Veräußerung. ³Die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft gilt als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter.

(3) Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden.

(4) ¹Gewinn im Sinne des Absatzes 2 ist der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den Anschaffungskosten; bei nicht in Euro getätigten Geschäften sind die Einnahmen im Zeitpunkt der Veräußerung und die Anschaffungskosten im Zeitpunkt der Anschaffung in Euro umzurechnen. ²In den Fällen der verdeckten Einlage tritt an die Stelle der Einnahmen aus der Veräußerung der Wirtschaftsgüter ihr gemeiner Wert; der Gewinn ist für das Kalenderjahr der verdeckten Einlage anzusetzen. ³Ist ein Wirtschaftsgut im Sinne des Absatzes 2 in das Privatvermögen durch Entnahme oder Betriebsaufgabe überführt worden, tritt an die Stelle der Anschaffungskosten der nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 oder § 16 Abs. 3 angesetzte Wert. ⁴In den Fällen des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 6 gelten die entrichteten Beiträge im Sinne des Absatzes 1 Nr. 6 Satz 1 als Anschaffungskosten; ist ein entgeltlicher Erwerb vorausgegangen, gelten auch die nach dem Erwerb entrichteten Beiträge als Anschaffungskosten. ⁵Gewinn bei einem Termingeschäft ist der Differenzausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzüg-

lich der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehen. ⁶Bei unentgeltlichem Erwerb sind dem Einzelrechtsnachfolger für Zwecke dieser Vorschrift die Anschaffung, die Überführung des Wirtschaftsguts in das Privatvermögen, der Erwerb eines Rechts aus Termingeschäften oder die Beiträge im Sinne des Absatzes 1 Nr. 6 Satz 1 durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen. ⁷Bei vertretbaren Wertpapieren, die einem Verwahrer zur Sammelverwahrung im Sinne des § 5 des Depotgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Januar 1995 (BGBl. I S. 34), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 5. April 2004 geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung anvertraut worden sind, ist zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Wertpapiere zuerst veräußert wurden.

(4a) ¹Werden Anteile an einer Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland hat, gegen Anteile an einer anderen Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland hat, getauscht und wird der Tausch auf Grund gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen vollzogen, die von den beteiligten Unternehmen ausgehen, treten abweichend von Absatz 2 Satz 1 und § 13 Abs. 2 des Umwandlungssteuergesetzes die übernommenen Anteile steuerlich an die Stelle der bisherigen Anteile, wenn das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der erhaltenen Anteile nicht ausgeschlossen oder beschränkt ist oder die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei einer Verschmelzung Artikel 8 der Richtlinie 90/434/EWG anzuwenden haben; in diesem Fall ist der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der erworbenen Anteile ungeachtet der Bestimmungen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in der gleichen Art und Weise zu besteuern, wie die Veräußerung der Anteile an der übertragenden Körperschaft zu besteuern wäre, und § 15 Abs. 1a Satz 2 entsprechend anzuwenden. ²Erhält der Steuerpflichtige in den Fällen des Satzes 1 zusätzlich zu den Anteilen eine Gegenleistung, gilt diese als Ertrag im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1. ³Besitzt bei sonstigen Kapitalforderungen im Sinne des Absatzes 1 Nr. 7 der Inhaber das Recht, bei Fälligkeit an Stelle der Rückzahlung des Nominalbetrags vom Emittenten die Lieferung einer vorher festgelegten Anzahl von Wertpapieren zu verlangen oder besitzt der Emittent das Recht, bei Fälligkeit dem Inhaber an Stelle der Rückzahlung des Nominalbetrags eine vorher festgelegte Anzahl von Wertpapieren anzudienen und machen der Inhaber der Forderung oder der Emittent von diesem Recht Gebrauch, ist abweichend von Absatz 4 Satz 1 das Entgelt für den Erwerb der Forderung als Veräußerungspreis der Forderung und als Anschaffungskosten der erhaltenen Wertpapiere anzusetzen. ⁴Werden Bezugsrechte veräußert oder ausgeübt, die nach § 186 des Aktiengesetzes, § 55 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder eines vergleichbaren ausländischen Rechts einen Anspruch auf Abschluss eines Zeichnungsvertrags begründen, wird der Teil der Anschaffungskosten der Altanteile, der auf das Bezugsrecht entfällt, bei der Ermittlung des Gewinns nach Absatz 4 Satz 1 mit 0 Euro angesetzt. ⁵Werden einem Steuerpflichtigen Anteile im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 1 zuguteil, ohne dass dieser eine gesonderte Gegenleistung zu entrichten hat, werden der Ertrag und die Anschaffungskosten dieser Anteile

mit 0 Euro angesetzt, wenn die Voraussetzungen des Satzes 3 und 4 nicht vorliegen und die Ermittlung der Höhe des Kapitalertrags nicht möglich ist.⁶Soweit es auf die steuerliche Wirksamkeit einer Kapitalmaßnahme im Sinne der vorstehenden Sätze 1 bis 5 ankommt, ist auf den Zeitpunkt der Einbuchung in das Depot des Steuerpflichtigen abzustellen.

(5) ¹Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 bis 3 erzielt der Anteilseigner. ²Anteilseigner ist derjenige, dem nach § 39 der Abgabenordnung die Anteile an dem Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind. ³Sind einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger die Einnahmen im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 oder 2 zuzurechnen, gilt er als Anteilseigner.

(6) ¹Verbleibende positive Einkünfte aus Kapitalvermögen sind nach der Verrechnung im Sinne des § 43a Abs. 3 zunächst mit Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 zu verrechnen. ²Verluste aus Kapitalvermögen dürfen nicht mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d abgezogen werden. ³Die Verluste mindern jedoch die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in den folgenden Veranlagungszeiträumen aus Kapitalvermögen erzielt. ⁴§ 10d Abs. 4 ist sinngemäß anzuwenden. ⁵Verluste aus Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1, die aus der Veräußerung von Aktien entstehen, dürfen nur mit Gewinnen aus Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1, die aus der Veräußerung von Aktien entstehen, ausgeglichen werden; die Sätze 3 und 4 gelten sinngemäß. ⁶Verluste aus Kapitalvermögen, die der Kapitalertragsteuer unterliegen, dürfen nur verrechnet werden oder mindern die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in den folgenden Veranlagungszeiträumen aus Kapitalvermögen erzielt, wenn eine Bescheinigung im Sinne des § 43a Abs. 3 Satz 4 vorliegt.

(7) ¹§ 15b ist sinngemäß anzuwenden. ²Ein vorgefertigtes Konzept im Sinne des § 15b Abs. 2 Satz 2 liegt auch dann vor, wenn die positiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen.

(8) Soweit Einkünfte der in den Absätzen 1, 2 und 3 bezeichneten Art zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus Vermietung und Verpachtung gehören, sind sie diesen Einkünften zuzurechnen. ²Absatz 4a findet keine Anwendung.

(9) ¹Bei der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ist als Werbungskosten ein Betrag von 801 Euro abzuziehen (Sparer-Pauschbetrag); der Abzug der tatsächlichen Werbungskosten ist ausgeschlossen. ²Ehegatten, die zusammen veranlagt werden, wird ein gemeinsamer Sparer-Pauschbetrag von 1602 Euro gewährt. ³Der gemeinsame Sparer-Pauschbetrag ist bei der Einkunftsermittlung bei jedem Ehegatten je zur Hälfte abzuziehen; sind die um die Werbungskosten geminderten Kapitalerträge eines Ehegatten niedriger als 801 Euro, so ist der anteilige Sparer-Pauschbetrag insoweit, als er die Kapitalerträge dieses Ehegatten übersteigt, bei dem anderen Ehegatten abzuziehen. ⁴Der Sparer-Pauschbetrag und der gemeinsame Sparer-Pauschbetrag dürfen nicht höher sein als die nach Maßgabe des Absatzes 6 verrechneten Kapitalerträge.

Autoren: Vors. Richter am FG Prof. Dr. Friedrich E. **Harenberg**, Barsinghausen,
 Richter am FG Dipl.-Finanzwirt Jens **Intemann**, Hemmingen
 (Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 9 und 10; Abs. 7)
 Mitherausgeber: Prof. Dr. Johanna **Hey**, Köln

Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen zu § 20

	Anm.		Anm.
A. Grundinformation zu § 20	1	VII. Verhältnis zum KapErhStG	17
B. Rechtsentwicklung des § 20	2	G. Zurechnung der Einkünfte aus § 20	
C. Bedeutung des § 20		I. Allgemeine Zurechnungsgrundsätze	19
I. Rechtssystematische Bedeutung	4	II. Bedeutung der allgemeinen Zurechnungsgrundsätze für § 20	20
II. Wirtschaftliche Bedeutung ..	5	III. Verhältnis zu anderen Zurechnungsvorschriften	
III. Bedeutung der Geldentwertung	6	1. Verhältnis zu § 39 AO ..	21
D. Verfassungsmäßigkeit des § 20		2. Verhältnis zu § 101 BGB	22
I. Das strukturelle Erhebungsdefizit bis VZ 2008	7	IV. Sonderfall: Nießbrauch am Kapitalvermögen	
II. Verfassungsmäßigkeit der abgeltenden Kapitalertragsteuer (Abgeltungsteuer) ...	8	1. Grundsätze	24
E. Geltungsbereich des § 20		2. Nießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer .	25
I. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich	9	3. Unentgeltlicher Nießbrauch	
II. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	10	a) Zuwendungsnießbrauch	26
F. Verhältnis des § 20 zu anderen Vorschriften		b) Vorbehaltsnießbrauch	27
I. Verhältnis zu anderen Einkunftsarten	11	c) Vermächtnisnießbrauch	28
II. Verhältnis zum InvStG und REITG	12	4. Entgeltlicher Nießbrauch	29
III. Verhältnis zu Steuerermäßigungen und Steuerbefreiungen	13	H. Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen	31
IV. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer	14	I. Von der Überschussermittlung zur Bruttobesteuerung	
V. Verhältnis zu § 32d	15	II. Zufluss von Einnahmen aus Kapitalvermögen	
VI. Verhältnis zu § 8b KStG ...	16	1. Allgemeine Zuflussregeln	32
		2. Einzelfälle des Zuflusses .	33
		3. Zufluss bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners	34
		III. Werbungskosten	35
		IV. Verfahrensfragen	37

**Erläuterungen des Einleitungssatzes zu Abs. 1:
 „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören“**

	Anm.
A. Begriff der Einkünfte aus Kapitalvermögen	
I. Gegenstand der Besteuerung	40
II. Kapitalvermögen	41
III. Wertänderungen des Kapitalvermögens	42
B. Zugehörigkeit zu den Einkünften aus Kapitalvermögen: Veranlassungsprinzip	45
C. Nicht abschließende Aufzählung des Abs. 1	
I. Bedeutung der Aufzählung in Abs. 1	46
II. Verhältnis zu Abs. 2 und Abs. 3	47
III. Verhältnis der einzelnen Tatbestände des Abs. 1	48

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1–3:
 Einnahmen aus der Beteiligung an Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften**

	Anm.
A. Anteile und Genussrechte iSd. Abs. 1 Nr. 1	
I. Anteile an Kapitalgesellschaften und anderen Körperschaften ..	50
II. Anteile an vergleichbaren Körperschaften oder Personenvereinigungen	
1. Anteile an vergleichbaren inländischen Körperschaften oder Personenvereinigungen ..	52
2. Anteile an nach ausländischem Recht gegründeten Körperschaften oder Personenvereinigungen ..	54
III. Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist	56
IV. Erweiterung des Anwendungsbereichs des Abs. 1 Nr. 1 durch Verweisungen in anderen Gesetzen	58
B. Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1	
I. Begriff „Bezüge“	60
II. Arten der Bezüge	
1. Gewinnanteile (Dividenden)	
a) Begriff	61
b) Gewinnanteile der Aktionäre	62
c) Gewinnanteile der GmbH-Gesellschafter	63
d) Gewinnanteile aus Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften	64
2. Ausbeuten aus Anteilen an bergrechtlichen Gewerkschaften	66
3. Sonstige Bezüge aus Anteilen iSd. Abs. 1 Nr. 1	67
III. Abgrenzung der Bezüge	
1. Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus Veräußerung von Anteilen ..	70
2. Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus veräußerungsähnlichen Vorgängen	71
3. Abgrenzung der Bezüge gegen nichtsteuerbare Kapitalrückzahlungen ...	72

	Anm.
4. Abgrenzung der Bezüge gegen Wertänderungen von Anteilen iSd. Abs. 1 Nr. 1	
a) Wertänderung durch Ausgabe von Bezugsrechten	75
b) Wertänderung durch Freianteile	76
c) Wertänderung durch Erwerb eigener Anteile oder durch Einziehung von Anteilen	77
IV. Rechtsfolgen	78
C. Verdeckte Gewinnausschüttungen (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2)	
I. Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung	
1. Unterschiedliche Voraussetzungen einer vGA bei der Körperschaft und dem Anteilseigner	80
2. Begriff der vGA auf der Ebene des Anteilseigners	81
II. Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung im Einzelnen	
1. Gewährung eines Vermögensvorteils („Bezüge“)	
a) Vorteilsgewährung an einen Anteilseigner	85
b) Leistung an eine dem Gesellschafter nahestehende Person	86
c) Bewertung der vGA	87
2. Gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Zuwendung	
a) Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter	90
b) Vorteilsgewährung an beherrschenden Gesellschafter	91
III. Zufluss des Vorteils	92
IV. Rechtsfolgen einer vGA	93
V. Wichtige Anwendungsfälle	94

	Anm.
D. Keine Einnahmen bei Verwendung von Beiträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG (Abs. 1 Nr. 1 Satz 3)	
I. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3	
1. Grundlagen	100
2. Bezüge	101
3. Körperschaft oder Personenvereinigung	102
4. Als verwendet geltende Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG	103
II. Rechtsfolgen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3	104
E. Einnahmen aus Dividendenkompensationszahlungen (Abs. 1 Nr. 1 Satz 4)	
I. Vorbemerkung	110
II. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4	
1. Einnahmen an Stelle der Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 von einem anderen als dem Anteilseigner	111
2. Aktienerwerb mit Dividendenberechtigung erworben, jedoch ohne Dividendenanspruch geliefert	112
III. Rechtsfolge des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4	113
F. Bezüge nach Auflösung und auf Grund einer Kapitalherabsetzung (Abs. 1 Nr. 2)	
I. Überblick	120
II. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1	
1. Bezüge	121
2. Körperschaft oder Personenvereinigung	122
3. Bezüge, die nach der Auflösung anfallen	123
4. Keine Rückzahlung von Nennkapital	124
5. Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3	125

	Anm.		Anm.
III. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 2		schaft oder Personenvereinigung	128
1. Gleiches gilt für Bezüge auf Grund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung		3. Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 und 4 KStG	129
a) Bezüge auf Grund einer Kapitalherabsetzung	126		
b) Bezüge, die nach Auflösung anfallen	127		
2. Unbeschränkt steuerpflichtigen Körper-			

G. Anzurechnende oder zu vergütende Körperschaftsteuer nach altem Recht (Abs. 1 Nr. 3 aF)	135
--	-----

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4:
Einnahmen aus stiller Gesellschaft und
partiarischen Darlehen**

	Anm.		Anm.
A. Einnahmen aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter (Satz 1 Halbs. 1 Alt. 1)		a) Person und Stellung des stillen Gesellschafters	153
I. Einnahmen		b) Einlage des stillen Gesellschafters	154
1. Begriff der Einnahmen	140	c) Gewinnbeteiligung als Voraussetzung der Gesellschaftsstellung	155
2. Gewinnbeteiligung	141	d) Unterbeteiligung	156
3. Verlustbeteiligung	142	4. Abgrenzung von anderen partiarischen Rechtsverhältnissen	
4. Einnahmen aus der Übertragung und der Auflösung einer stillen Gesellschaft		a) Grundsatz	157
a) Vorbemerkung	145	b) Abgrenzung von partiarischen Dienstverhältnissen iSd. § 19	158
b) Veräußerung einer stillen Beteiligung nach altem Recht	146	c) Abgrenzung von partiarischen Rechtsverhältnissen und anderen partiarischen Verträgen	159
c) Auflösung der stillen Gesellschaft nach altem Recht	147		
d) Veräußerung und Auflösung nach neuem Recht	148	III. Rechtsfolgen	161
II. Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter		IV. Stille Gesellschaft zwischen nahen Angehörigen	
1. Voraussetzungen einer stillen Gesellschaft	149	1. Grundsatz	165
2. Beteiligung an einem Handelsgewerbe		2. Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung	
a) Handelsgewerbe	151	a) Zivilrechtliche Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags	167
b) Person des Geschäftsinhabers	152		
3. Beteiligung als stiller Gesellschafter			

	Anm.		Anm.
b) Zivilrechtliche Wirksamkeits- voraussetzungen	168	II. Partiarisches Darlehen und Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	191
c) Fremdvergleich	169	III. Vereinbarung eines partia- rischen Darlehens zwi- schen nahen Angehörigen	
d) Tatsächliche Durchführung der Vereinbarungen	170	1. Steuerliche Anerkennung dem Grunde nach	195
e) Stille Gesellschaft mit einer Personen- gesellschaft oder Kapitalgesellschaft als Geschäfts- inhaberin	172	2. Unangemessene Gewinnbeteiligung	196
3. Gewinnbeteiligung in unangemessener Höhe		IV. Partiarisches Darlehen eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft an diese Kapitalgesell- schaft	198
a) Ermittlung der Angemessenheit	173		
b) Folgen einer unan- gemessenen Gewinn- beteiligung	175	C. Stiller Gesellschafter und Darlehensgeber keine Mitunternehmer (Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2)	
4. Schenkweise Überlas- sung der stillen Betei- ligung		I. Grundsatz	199
a) Begriff der Schen- kung	177	II. Stiller Gesellschafter als Mitunternehmer	200
b) Formerfordernisse bei Schenkung durch den Geschäfts- inhaber	178	III. Darlehensgeber als Mitunternehmer	202
c) Schenkweise Über- lassung der Geldmit- tel zur Erfüllung der Einlageverpflichtung .	180	D. Sinngemäße Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und § 15a (Abs. 1 Nr. 4 Satz 2)	
d) Ermittlung der Angemessenheit und Folgen der Unangemessenheit . .	181	I. Sinngemäße Anwen- dung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 auf Verlust- anteile des stillen Gesell- schafers	
e) Schenkung von einem Dritten	182	1. Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 auf stille Gesellschaften	205
V. Stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft		2. Voraussetzungen und Rechtsfolge	206
1. Zulässigkeit einer stillen Beteiligung	185	II. Sinngemäße Anwen- dung des § 15a auf Verlustanteile des stillen Gesellschafters	
2. Gesellschafter der Kapi- talgesellschaft als stiller Gesellschafter		1. Sinngemäße Anwen- dung des § 15a Abs. 1 Satz 1: Ausgleichs- und Abzugsverbot für den zuzurechnenden Ver- lustanteil bei Entste- hung oder Erhöhung eines negativen Kapital- kontos	
a) Voraussetzung der stillen Gesellschaft . .	186		
b) Angemessenheit der Gewinnverteilung . . .	187		
B. Einnahmen aus partiarischen Darlehen (Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 Alt. 2)			
I. Einnahmen	190		

	Anm.		Anm.
a) „Sinngemäße“ Anwendung des § 15a	207	künftezurechnung bei Einlageminderung	
b) Verlustausgleich und Einlage	208	a) Zurechnung von Einkünften aufgrund einer Einlageminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 1)	213
2. Keine sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3: Verlustausgleich bei Haftungserweiterung	209	b) Begrenzung der Einkünftezurechnung durch vorangegangene Verluste (§ 15a Abs. 3 Satz 2 und Satz 4)	214
3. Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 2: Verlustverrechnung mit Gewinnen späterer Wirtschaftsjahre		c) Zurechnung von Einnahmen aufgrund einer Haftungsmin- derung (§ 15a Abs. 3 Satz 3)	215
a) Nach Abs. 1 nicht ausgleichs- oder abziehbare Verluste	210	d) Gesonderte Fest- stellung eines ver- rechenbaren Verlusts (§ 15a Abs. 4)	216
b) Durchführung der Verlustverrechnung	211		
4. Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 3: Ein-			

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5–8: Zinsen

	Anm.		Anm.
A. Grundinformation zu Abs. 1 Nr. 5–8		1. Trennung von Rück- zahlung und Zinsen	240
I. Sachlicher Umfang der betroffenen Kapitalerträge	230	2. Tilgungshypothek und Tilgungsgrundschulden	241
II. Verhältnis der Tatbestände zueinander	231		
B. Zinsen aus Hypotheken usw. (Abs. 1 Nr. 5)		C. Kapitalerträge aus Ver- sicherungen (Abs. 1 Nr. 6)	
I. Einnahmen aus Hypothe- ken und Grundschulden sowie Renten aus Renten- schulden (Abs. 1 Nr. 5 Satz 1)		I. Grundinformationen zu Abs. 1 Nr. 6	260
1. Zinsen aus Hypotheken und Grundschulden		II. Zurechnung der Versiche- rungserträge	261
a) Legaldefinition des Zinsbegriffs	232	III. Umfang der steuerbaren Versicherungsleistung (Nr. 6 Satz 1 und 2)	262
b) Zinsen aus Hypo- theken	233	IV. Versicherungsverträge iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 1	265
c) Zinsen aus Grund- schulden	234	V. Berechnung der steuer- pflichtigen Erträge bei entgeltlichem Erwerb des Versicherungsvertrags (Nr. 6 Satz 3)	266
2. Renten aus Renten- schulden	235	VI. Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1–3 (Nr. 6 Satz 4)	267
II. Zinsen aus Tilgungshypo- theken und -grundschul- den (Abs. 1 Nr. 5 Satz 2)		VII. Abgrenzung Alt- und Neuverträge	268

	Anm.		Anm.
VIII. Abweichende Zurechnung der Erträge aus vermögensverwaltenden Versicherungsverträgen (Nr. 6 Satz 5)	269	d) Keine Zusage oder Leistung der Kapitalrückzahlung und des Entgelts	299
IX. Keine Anwendung der Steuervergünstigung aus Nr. 6 Satz 2 (Nr. 6 Satz 6)	270	e) Erträge aus Risikozertifikaten mit nur teilweiser Kapitalrückzahlungsgarantie	300
X. Steuerabzug bei Versicherungserträgen	275	f) Neue Rechtslage für Teil-Garantie-Zertifikate ab 2009	301
D. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen (Abs. 1 Nr. 7)		III. Bezeichnung und zivilrechtliche Ausgestaltung der Kapitalanlage ohne Bedeutung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2)	
I. Grundinformation zu Abs. 1 Nr. 7	290	1. Bezeichnung der Kapitalanlage	305
II. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 7		2. Ausgestaltung der Kapitalanlage	306
1. Überblick	291	IV. Sonderfälle der Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen	
2. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art (Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 erster Satzteil)		1. Darlehen zwischen nahen Angehörigen	310
a) Erträge	292	2. Schenkweise Überlassung der Darlehensmittel durch den Darlehensempfänger	311
b) Persönlicher Geltungsbereich	293	V. Steuerabzug bei Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 7	312
c) Sonstige Kapitalforderungen jeder Art	294	E. Diskontbeträge aus Wechseln, Anweisungen und Schatzwechseln (Abs. 1 Nr. 8)	
d) Wichtige Einzelfälle von sonstigen Kapitalforderungen	295	I. Sachlicher Umfang der Vorschrift	330
3. Bedeutung von Kapitalrückzahlung und Entgelt in Nr. 7 (Satz 1 zweiter Satzteil)		II. Diskontbeträge aus Wechseln und Anweisungen	331
a) Überblick	296	III. Diskontbeträge aus Schatzwechseln	332
b) Zusage der Kapitalrückzahlung ohne Zusage oder Gewährung des Entgelts für die Kapitalnutzung	297	IV. Nicht unter Abs. 1 Nr. 8 fallende Einnahmen	333
c) Zusage oder Leistung des Entgelts für die Kapitalnutzung ohne Zusage der Kapitalrückzahlung	298		

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9 und 10:
Einnahmen aus nicht von der Körperschaftsteuer
befreiten Steuersubjekten, Betrieben
gewerblicher Art und wirtschaftlichen
Geschäftsbetrieben**

	Anm.
<p>A. Grundinformation zu Nr. 9 und 10 340</p> <p>B. Einnahmen aus Leistungen einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG (Nr. 9)</p> <p>I. Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 9</p> <p>1. Einnahmen aus Leistungen 341</p> <p>2. Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 342</p> <p>3. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG 343</p> <p>4. Keine Einnahmen im Sinne von Abs. 1 Nr. 1 .. 344</p> <p>II. Rechtsfolge der Nr. 9 347</p> <p>III. Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2 348</p> <p>C. Einnahmen aus Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. a)</p> <p>I. Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 1</p> <p>1. Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art 350</p> <p>2. Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 .. 351</p> <p>3. Betrieb gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit 352</p> <p>4. Rechtsfolge 353</p> <p>II. Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2 355</p>	<p>D. Nicht den Rücklagen zugeführte Gewinne und verdeckte Gewinnausschüttungen eines Betriebs gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. b)</p> <p>I. Einkünfte aus Kapitalvermögen (Satz 1)</p> <p>1. Nicht den Rücklagen zugeführter Gewinn als Einnahmen 360</p> <p>2. Verdeckte Gewinnausschüttungen als Kapitalertrag im Sinne der Nr. 10 Buchst. b 361</p> <p>3. Betrieb gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit 362</p> <p>4. Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich oder Überschreiten von Umsatz- oder Gewinngrenze 363</p> <p>5. Gewinn nach § 22 Abs. 4 UmwStG 364</p> <p>6. Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nach § 21 Abs. 3 UmwStG aF 365</p> <p>7. Rechtsfolge 366</p> <p>II. Auflösung von Rücklagen (Satz 2)</p> <p>1. Auflösung von Rücklagen zu betriebsfremden Zwecken 370</p> <p>2. Einbringung nach dem UmwStG 371</p> <p>III. Werbesendungen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (Satz 3) 375</p> <p>IV. Behandlung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben (Satz 4) 380</p> <p>V. Einlagenrückgewähr aus dem steuerlichen Einlagekonto nach § 27 KStG (Satz 5) 385</p>

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 11:
Einnahmen aus Stillhaltergeschäften**

	Anm.		Anm.
A. Sachlicher Umfang der Kapitalerträge	400	B. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 11 . . .	401

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 erster Teil:
„Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch ...“**

	Anm.		Anm.
A. Bedeutung des Einleitungssatzes	420	C. Die Veräußerungsvorgänge des Abs. 2	422
B. Begriff des Veräußerungsgeschäfts	421		

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 1:
Veräußerung von Kapitalbeteiligungen**

	Anm.		Anm.
A. Umfang der betroffenen Beteiligungen	430	C. Steuerhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer . . .	432
B. Begriff der Veräußerung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1	431		

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 2:
Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen**

	Anm.		Anm.
A. Umfang der betroffenen Veräußerungsgeschäfte . .	450	c) Veräußerung „durch den Inhaber des Stammrechts“	453
B. Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendscheinen und sonstigen Ansprüchen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)		d) Veräußerung durch einen Zweiterwerber .	454
I. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1		e) Keine Veräußerung des Stammrechts . . .	455
1. Einnahmen aus der Veräußerung		II. Besteuerung des Veräußerungsentgelts anstelle der Kapitalerträge aus Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 2)	456
a) Umfang der Einnahmen	451	III. Besteuerung des Erwerbers des Dividendscheins und der sonstigen Ansprüche	457
b) Dividendscheine und sonstige Ansprüche	452		

	Anm.
C. Einnahmen aus der Veräußerung von Zins-scheinen und Zinsfor-derungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1)	
I. Umfang der Einnahmen	458
II. Tatbestandsvorausset-zungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1	
1. Einnahmen aus der Veräußerung	459
2. Veräußerung von „Zins-scheinen und Zinsfor-derungen durch den Inhaber von Schuld-verschreibungen“	460
3. Verbleib der Schuld-verschreibung beim Veräußerer	461

	Anm.
III. Entsprechende Anwen-dung des Satzes 1 bei Einlösung von Zinsschei-nen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldver-schreibung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 2)	
1. Besteuerung des ehe-maligen Stammrechts-inhabers	462
2. Umfang der steuer-pflichtigen Einnahmen	463
IV. Sinngemäße Anwendung von Nr. 2 Satz 1 und 2 bei nicht verbrieften Anteils-rechten, Schuldverschrei-bungen und Schuldbuch-forderungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 und 3)	464
V. Steuererhebung durch abgeltende Kapital-ertragsteuer	465

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 3:
Einnahmen aus Termingeschäften und
Veräußerung von Finanzinstrumenten**

	Anm.
I. Überblick	470
II. Einnahmen aus Termin-geschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a)	
1. Sachlicher Geltungs-bereich des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a	471
2. Begriff des „Termin-geschäfts“	472
3. Beendigung von Finanz-terminingeschäften durch Glattstellung	475
4. Optionsgeschäfte als Termingeschäfte	476
5. Zinsbegrenzungs-vereinbarungen	480
6. Swapgeschäfte	481

	Anm.
7. Zeitpunkt der Verwirk-lichung eines Termin-geschäfts	482
III. Einnahmen aus der Veräußerung von Finanzinstrumenten (Nr. 3 Buchst. b)	
1. Der Begriff „Finanz-instrument“	483
2. Abgrenzung der Nr. 3 Buchst. a zu Nr. 3 Buchst. b	485
IV. Steuererhebung durch abgeltende Kapital-ertragsteuer	486

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 4:
Einnahmen aus der Veräußerung von stillen
Beteiligungen und partiarischen Darlehen
(Abs. 1 Nr. 4)**

Anm.	Anm.
A. Umfang der Einnahmen 490	C. Steuererhebung im Wege
B. Der Veräußerung gleich- gestellte Vorgänge 491	der Veranlagung 492

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 5:
Einnahmen aus der Veräußerung von Hypotheken,
Grundschnlden und Renten (Abs. 1 Nr. 5)**

Anm.	Anm.
A. Umfang der Einnahmen 500	B. Steuererhebung im Wege
	der Veranlagung 501

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 6:
Einnahmen aus der Veräußerung von
Versicherungsverträgen (Abs. 1 Nr. 6)**

Anm.	Anm.
A. Umfang der Einnahmen 505	C. Steuererhebung im Wege
B. Besondere Kontrollmittei- lung über die Veräußerung . . . 506	der Veranlagung 507

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 7:
Einnahmen aus der Veräußerung von sonstigen
Kapitalforderungen (Abs. 1 Nr. 7)**

Anm.	Anm.
A. Umfang der Einnahmen . . . 510	II. Besteuerung der Stückzinsen 512
B. Erstmalige Anwendung und Übergangsregeln	III. Einzelfälle 513
I. Bestandsschutzregel für Alt- Schuldverschreibungen 511	C. Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertrag- steuer 514

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 8:
Gewinn aus der Übertragung oder Aufgabe von
Rechtspositionen im Sinne des Abs. 1 Nr. 9**

Anm.	Anm.
A. Umfang der Einnahmen 520	B. Steuererhebung durch abgel- tende Kapitalertragsteuer . . . 521

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 2:
Gewinn aus einer Veräußerung gleichgestellten
Vorgängen**

	Anm.		Anm.
A. Überblick	530	B. Einzelfälle	531

**Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 3:
Anschaffung oder Veräußerung der Beteiligung
an einer Personengesellschaft**

	Anm.		Anm.
A. Überblick	535	C. Anschaffung und Veräußerung	537
B. Unmittelbare und mittelbare Beteiligung an einer Personengesellschaft	536		

**Erläuterungen zu Abs. 3:
Besondere Entgelte oder Vorteile**

	Anm.		Anm.
A. Grundinformationen zu Abs. 3	550	C. Rechtsfolgen	552
B. Besondere Entgelte oder Vorteile	551		

**Erläuterungen zu Abs. 4:
Ermittlung der Einkünfte aus Veräußerungen
von Kapitalanlagen iSd. Abs. 2**

	Anm.		Anm.
A. Überblick	555	VI. Saldierung von Veräußerungserlösen und Anschaffungskosten	563
B. Gewinn als steuerliche Bemessungsgrundlage ...	556	VII. Fremdwährungsbeträge (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2)	564
I. Einnahmen aus der Veräußerung	557	VIII. An die Stelle des Veräußerungspreises tretende Werte (Abs. 4 Satz 2)	565
II. Zuflusszeitpunkt des Veräußerungserlöses	558	IX. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte bei Entnahme oder Betriebsaufgabe (Abs. 4 Satz 3)	566
III. Anschaffungszeitpunkt bei Wertpapieren	559	X. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte bei Übertragung von Versicherungsansprüchen iSd. Abs. 6 (Abs. 4 Satz 4) ..	567
IV. Anschaffungskosten in Einzelfällen	560		
V. Aufwendungen in unmittelbar sachlichem Zusammenhang mit der Veräußerung ..	562		

	Anm.		Anm.
XI. Gewinn/Verlust aus Termingeschäften (Abs. 4 Satz 5)	568	rechtsnachfolge bei unentgeltlichem Erwerb (Abs. 4 Satz 6)	569
XII. Zurechnung der Anschaffungskosten durch den Rechtsvorgänger bei Einzel-		XIII. FiFo-Verfahren (Abs. 4 Satz 7)	570

**Erläuterungen zu Abs. 4a:
Sonderregeln zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns bei Kapitalmaßnahmen, Andienungsvorgängen, Bezugsrechtsveräußerung und damit zusammenhängenden Regelungen**

	Anm.		Anm.
A. Überblick zu Abs. 4a	580	E. Besteuerung von Veräußerung oder Ausübung von Bezugsrecht (Abs. 4a Satz 4)	586
B. Austausch von Anteilen bei bestimmten Kapitalmaßnahmen (Abs. 4a Satz 1) . . .	581	F. Sonderregelung zur Gewinnermittlung bei Einbuchung ausländischer Kapitalanteile (Abs. 4a Satz 5)	588
C. Besteuerung der Barkomponente (Abs. 4a Satz 2) . . .	583	G. Der steuerlich relevante Zeitpunkt einer Kapitalmaßnahmen (Abs. 4a Satz 6)	589
D. Anlieferung von Wertpapieren bei Ausübung von Rückzahlungsoptionen (Abs. 4a Satz 3)	584		

**Erläuterungen zu Abs. 5:
Zurechnung von Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1–2 beim Anteilseigner**

	Anm.		Anm.
A. Erzielen von Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1–2 (Abs. 5)		II. Begriff des Anteilseigners (Abs. 5 Satz 2)	601
I. Anteilseigner erzielt Einkünfte (Abs. 5 Satz 1) . . .	600	III. Nießbraucher und Pfandgläubiger als Anteilseigner (Abs. 5 Satz 3)	602

**Erläuterungen zu Abs. 6:
Verrechnung positiver und negativer Einnahmen aus Kapitalvermögen**

	Anm.		Anm.
A. Vorbemerkungen zu Abs. 6	610	I. Überblick	611
B. Vorrangige Verrechnung mit Alt-Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften (Abs. 6 Satz 1)		II. Verrechnung mit verbleibenden positiven Einkünfte	612
		III. Verrechnungsreihenfolge	613

	Anm.		Anm.
IV. Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften . . .	614	E. Sinngemäße Anwendung des § 10d Abs. 4 (Abs. 6 Satz 4)	619
V. Verluste nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 zu verrechnen	615	F. Gesonderte Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Aktiengeschäften (Abs. 6 Satz 6)	620
VI. Verrechnung von Altverlusten nur im Veranlagungsverfahren	616	G. Verlustverrechnung von einer Verlustbescheinigung der Kreditinstitute abhängig (Abs. 6 Satz 6)	621
C. Kein vertikaler Verlustausgleich (Abs. 6 Satz 2)	617		
D. Nur Verlustvortrag möglich (Abs. 6 Satz 3)	618		

**Erläuterungen zu Abs. 7:
Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus
Steuerstundungsmodellen**

	Anm.		Anm.
A. Sinngemäße Anwendung des § 15b auf Kapitaleinkünfte (Abs. 7 Satz 1)		2. Steuerstundungsmodell iSd. § 15b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2	634
I. Bedeutung der Regelung		3. Anwendung auf einzelne Kapitalanlageformen	635
1. Umfang der Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b	630	4. Nichtaufgriffsgrenze des § 15b Abs. 3	636
2. Rechtsfolge	631	III. Rechtsfolge der Verlustverrechnungsbeschränkung	640
3. Zeitliche Anwendung	632	IV. Gesonderte Feststellung des nicht ausgleichsfähigen Verlusts (§ 15b Abs. 4)	641
II. Voraussetzungen der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b		B. Ausnutzung eines steuergefälles (Abs. 7 Satz 2)	645
1. Verluste	633		

**Erläuterungen zu Abs. 8:
Subsidiäre Geltung der Abs. 1 und 2**

	Anm.		Anm.
A. Vorbemerkung	650	Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft	652
B. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu anderen Einkunftsarten (Abs. 8 Satz 1)		III. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb	
I. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Gewinneinkünften	651	1. Betriebsveräußerung gegen Kaufpreistraten	653
II. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den		2. Abgrenzung gewerblicher Kapitalanlage von privater Vermögensverwaltung	654

	Anm.		Anm.
IV. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit	658	VII. Subsidiarität gegenüber den Einkünften aus nicht-selbstständiger Tätigkeit?	670
V. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung	659	VIII. Subsidiarität gegenüber den sonstigen Einkünften	671
VI. Rechtsfolgen	660	IX. Besonderheiten bei beschränkter Steuerpflicht	673
		C. Keine Anwendung des Abs. 4a (Abs. 8 Satz 2)	674

**Erläuterungen zu Abs. 9:
Sparer-Pauschbetrag**

	Anm.		Anm.
A. Vorbemerkung		II. Abzug des Pauschbetrags bei der Ermittlung der Einkünfte (Abs. 9 Satz 1)	683
I. Überblick	680	III. Gemeinsamer Sparer-Freibetrag für Ehegatten (Abs. 9 Satz 2)	684
II. Entwicklung des Freibetrags	681	IV. Aufteilung des Freibetrags bei Ehegatten (Abs. 9 Satz 3)	685
B. Sparer-Pauschbetrag und Bruttoprinzip (Abs. 9)		V. Sparer-Freibetrag nicht höher als die verrechneten Kapitaleinkünfte (Abs. 9 Satz 4)	686
I. Keine Folgerichtigkeit bei der Umsetzung der Bruttobesteuerung	682		

[Anschluss S. E 21]

Allgemeine Erläuterungen zu § 20

Schrifttum 1991–2006: SEIBOLD, Zur Tatbestandserfüllung bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DStR 1991, 1273; KIEHLING, Eine Einführung in die Kapitalmarkttheorien, DStR 1992, 476; PÖLLATH/RODIN, Internationale Finanzprodukte, Neutralität und Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung, IStR 1993, 213; STRECK, Besteuerung inländischer und ausländischer Einkünfte aus Kapitalvermögen, DStR 1993, 42; HALFAR, Der Gegenstand der Besteuerung im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen, Europäische Hochschulschriften, 1994; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte nach den StMBG, NWB F. 3, 8967 (1994); RICHTER/RICHTER, Die „Gleichheit“ der Einkunftsarten bei der deutschen Einkommensteuer, BB 1994, 621; TRZASKALIK, Die Strafrechtspflege und das Steuerrecht – Zu der Durchsuchungsaktion bei einer Großbank –, DB 1994, 550; LOY, Besteuerung von Kapitaleinkünften, 1995; MATHIAK, Die erste Einkommensteuer in Deutschland: Das Reglement vom 23.2.1808 für Ostpreußen, StuW 1995, 352; PAPIER/DENGLER, Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Steuerfahndungsmaßnahmen bei Banken, BB 1996, 2541, 2593; ROSE, Schutz des Kapitalexistenzminimums, BB 1996, 1085; ECKHOFF, Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung?, DStR 1997, 1071; SCHEURLE, „Stripped Bonds“ – Getrennte Kapital- und Zinsansprüche aus Anleihen, DB 1997, 1839.

Schrifttum bis 2007: FLEISCHMANN, Besteuerung von Inhaberschuldverschreibungen mit Aktien-Andienungsrecht des Emittenten, NWB F. 3 (1998), 10659; RAU/SAHL, Dividendenstripping, BB 2000, 1112; HAISCH, Besteuerung von niedrigverzinslichen Optionsanleihen im Privatvermögen, DStR 2001, 1968; DELP, Besteuerung von Anleihen mit rating-abhängiger Verzinsung, Inf. 2002, 417; FECHNER, Einkommensteuerrechtliche Behandlung der Bonusaktien der Deutschen Telekom AG, NWB F. 3 (2002), 11889; GEURTS, Besteuerung von Finanzderivaten im Privatvermögen, DB 2002, 110; LEISNER, Auskunftspflicht der Banken über treuhänderisch verwaltete ausländische Wertpapierdepots?, DB 2002, 2015; MÜHLHÄUSER/STOLL, Besteuerung von Wertpapierdarlehens- und Wertpapierpensionsgeschäften, DStR 2002, 1597; BÖDECKER/GEITZENAUER, Kapitalrückzahlungsgarantie kraft Ausgestaltung – Abgesicherte Kapitalanlagen und ihre steuerliche Behandlung im System von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, FR 2003, 1209; HAISCH, Die Besteuerung von Fremd- und Doppelwährungsanleihen im Privatvermögen, DStR 2003, 2202; HOLLATZ, Verluste aus gewerblichen Wertpapierhandel, insbesondere Börsen- bzw. Finanztermingeschäfte, NWB F. 3 (2004), 12859; RAU, Dividendenstripping und echte Pensionsgeschäfte, DB 2004, 1600; HAISCH, Grundsätze der Besteuerung von Zertifikaten im Privatvermögen, DStR 2005, 2108; HAISCH, Steuerliche Behandlung der Umschuldung von Argentinienbonds beim Privatanleger, DStZ 2005, 291; HARENBERG, „Gewinne“ aus einem Schneeball-System: Kapitaleinkünfte oder Spekulationsgewinne?, GStB 2005, 1; HARENBERG, Besteuerung der Spekulationsgewinne nach 1999 verfassungsgemäß, NWB F. 3 (2006), 13819; HARENBERG/IRMER, Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, 4. Aufl. Herne/Berlin 2006; WENGENROTH/MAIER, Zinseinkünfte und private Veräußerungsgeschäfte, EStB 2006, 73; SEIP/FÜLLBIER, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, BB 2007, 477; STORG, Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen, NWB F. 3 (2007), 14327;

Schrifttum ab 2008 (Abgeltungsteuer): AXER, Abgeltungs- und Veräußerungsgewinnbesteuerung ab 2009, Stbg. 2007, 201; BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 1025; BRUSCH, Unternehmenssteuerreformgesetz 2008: Abgeltungsteuer, FR 2007, 999; ECKHOFF, Abgeltungsteuer – Steuersystematische und verfassungsrechtliche Aspekte, ENGLISCH, Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungssteuer, StuW 2007, 221; C. FISCHER, Problemfelder bei der Abgeltungsteuer – ein Appell für Korrekturen noch vor 2009, DStR 2007, 1898; GEURTS, Die neue Abgeltungssteuer – das Ende einer steuer-induzierten Kapitalanlage?, DStZ 2007, 341; GEMMEL/HOFFMANN-FÖLKERSAMB, Ein neues System der Besteuerung von Kapitaleinkünften und Veräußerungsgewinnen, NWB F. 3 (2007), 14695; HOMBURG, Die Abgeltungsteuer als Instrument der Unternehmensfinanzierung, DStR 2007, 1229; LOOS, Benachteiligung der Aktionäre/Gesellschafter mit Anteilen im Privatvermögen in der Unternehmensteuerreform, DB 2007, 704; OHO/LENZ, Zur geplanten Einführung einer Abgeltungsteuer im Rahmen der Unternehmensteuerreform

2008, DB 2007, 1322; DELP, Die Anlegerseite der Abgeltungsteuer, DB 2008, 2381; HAISCH/DANZ, JStG 2009 – Beabsichtigte Änderungen bei der Vermögensanlage, DStZ 2008, 392; HARENBERG, Lexikon zur Abgeltungsteuer, NWB Beilage 4/2008; HARENBERG, Veräußerung von Indexzertifikaten, FR 2008, 552; HELIOS/LINK, Zweifelsfragen der Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge aus Finanzinnovationen und offenen Fonds, DStR 2008, 386; KLATT, Besteuerung von Zertifikaten ohne Kapitalschutzgarantie im Wandel, BB 2008, 976; KRACHT, Auslandsanlagen – Schwierigkeiten unter der Abgeltungsteuer, PISStB 2008, 103; KRACHT, Abgeltungsteuer: Neue Zeitrechnung für die Rendite bei der Geldanlage, NWB F. 2 (2008), 9883; KRACHT, Renditeschub durch Anleihen mit fiktiver Quellensteuer, PFB 2008, 314; MERKER, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009, StuB 2008, 513; NUSSER, Abgeltungsteuer und Einkommensteuererklärung, NWB, Beratung Aktuell, 2008, 2207; o.V., Jahressteuergesetz 2009: Geplante Änderungen, StWK Gr. 10, 271; SCHUKA, Jahressteuergesetz 2009: Überblick zum Regierungsentwurf, sj. 2008, Nr. 14, 17; WEBER-GREILET, Die Abgeltungsteuer: Irritiertes Rechtsempfinden oder Zukunftschance?, NJW 2008, 545; EBNER, Änderungen für Investmentfonds, NWB 2009, 2003; HAISCH, Umwandlung, Abgeltungsteuer und Teileinkünfteverfahren, Ubg. 2009, 96; HALBERSTADT/SURETH/VOSS, Der Einfluss der Abgeltungsteuer auf die Vorteilhaftigkeit von Anlagen in Genussscheine und Aktien, WPg. 2009, 373; HECHTNER/HUNSDOERFER, Schemulbesteuerung von Kapitaleinkünften mit der Abgeltungsteuer: Belastungswirkungen und neue Problemfelder, StuW 2009, 23; KLEINSMANN, Negative Einkünfte aus Kapitalvermögen und Abgeltungsteuer, DStR 2009, 2359; MEILICKE, Die Neuregelung der Besteuerung des Bezugsrechts, DB 2009, 476; ROSE/SCHOLZ/ZÖLLER, Das „Qualifizierte Bankkonto“ (QBK) zur steuerlichen Gleichbelastung von Kapitaleinkünften, StuW 2009, 232; SCHARL, Sonderprobleme der Abgeltungsteuer bei Veräußerung oder Einlösung von Forderungen, DB 2009, 532; SCHMITT, Die neue Besteuerung der Kapitalerträge – Systemwechsel hin zur Abgeltungsteuer, Stbg. 2009, 55 und 101; STEINLEIN, Abgeltungsteuer und Kapitalmaßnahmen: Änderung durch das Jahressteuergesetz 2009, DStR 2009, 510; WERNSMANN, Einkommensteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009 Beihefter zu Nr. 34, 101; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009, 2. Aufl. Herne/Berlin 2010; KORN, Ausgaben und Verluste bei Anteilen an Kapitalgesellschaften in Teileinkünfteverfahren und Abgeltungsteuer, DStR 2010, 2509; Loos, Ist die Einschränkung der Verrechnungsfähigkeit von Verlusten aus der Veräußerung von Aktien im Privatvermögen (§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG) verfassungskonform?, DStZ 2010, 78; MUSIL, Abzugsbeschränkungen bei der Abgeltungsteuer als steuersystematisches und verfassungsrechtliches Problem, FR 2010, 149; SCHMITT-HOMANN, Abgeltungsteuer: Verlustanteil, Forderungsausfall, Bezugsrecht und Wertpapierleihe, BB 2010, 351; STRAUCH, Strategien zur Nutzung von Altverlusten im Rahmen der Abgeltungsteuer, DStR 2010, 254.

1

A. Grundinformation zu § 20

Die Vorschrift wurde in der heutigen Form durch das EStG 1920 (s. Anm. 2) als § 8 EStG 1920 eingeführt. Sie enthält mittlerweile 10 Absätze, in denen die materiell-rechtl. Grundlagen der Besteuerung privater Kapitalerträge und der ihnen gleichgestellten Leistungen bestimmter Körperschaften an ihre Gewährträger normiert sind. Somit ergänzt sie die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 5 und regelt, was unter den Einkünften aus Kapitalvermögen zu verstehen ist, ohne aber eine allg. Begriffsbestimmung zu geben. Das Gesetz zählt entgegen seinem Wortlaut („Zu den Einkünften gehören ...“) verschiedene Einnahmearten auf, die erst durch den Abzug der WK oder des Sparer-Pauschbetrags aus Abs. 9 Satz 1 zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen. Zwar ergeben sich auch die Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 2 Abs. 2 Satz 1 grds. als Überschuss der Einnahmen über die WK, jedoch regelt § 2 Abs. 2 Satz 2 für diese Einkunftsart, dass an die Stelle der WK der Sparer-Pauschbetrag des Abs. 9 tritt, soweit nicht einer der Ausnahmefälle des § 32d Abs. 2 gegeben ist. Die Einkunftsart „Kapitalvermögen“ scheidet damit seit Einführung der abgeltenden KapErtrSt. (Ab-

geltungsteuer) zum 1.1.2009 aus dem System der synthetischen ESt. aus und bildet hinsichtlich der Bemessungsgrundlage und der Art der Besteuerung eine eigenständige Schedule.

B. Rechtsentwicklung des § 20

2

Bereits die estrechtlichen Vorschriften des „Reglement, das Kriegs-Schulden-Wesen der Provinz Ostpreußen und Litauen und der Stadt Königsberg insbesondere betreffend“ v. 23.2.1808 (PrGes. Slg. 1808 S. 193) sahen eine Besteuerung des Einkommens aus Kapitalvermögen vor. Nach § 22 iVm. §§ 27 ff. wurde als Einkommen die „zinsbar ausgeliehenen Kapitalien“ und die Dividenden aus Aktien als Kapitalerträge angesehen.

Preuß. EStG v. 24.6.1891 (PrGes. Slg. 1891, 178): § 12 knüpfte an die Bestimmungen dieses Reglements an und enthielt als Ergänzung zu § 6 Nr. 1 die Regelung, dass der Ertrag aus dem Kapitalvermögen zu stpfl. Einkünften führt. Vergleichbar dem heutigen § 20 zählte die Vorschrift verschiedene Einnahmetatbestände (zB Zinsen, Renten und geldwerte Vorteile aus Kapitalforderungen jeder Art, Dividenden) auf. Die heute in Abs. 3 enthaltene Subsidiarität der Einkünfte war ebenfalls bereits in § 12 Abs. 1 Halbs. 2 enthalten. Das Gesetz unterschied auch schon zwischen dem Vermögen als Einkunftsquelle und dem daraus fließenden stpfl. Ertrag.

Novellierung des Preuß. EStG v. 19.6.1906 (PrGes. Slg. 1906, 260): § 11 konkretisierte die in § 6 Nr. 1 als Einkunftsart genannten Einkünfte aus Kapitalvermögen, wobei neben einigen redaktionellen Veränderungen nunmehr auch die Ausschüttungen auf Anteile an einer GmbH aufgenommen wurden. Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehörte nun nur noch der Gewinnanteil der Kommanditisten einer KGaA, nicht der Anteil des Komplementärs.

EStG 1920 v. 29.3.1920 (RGBl. I 1920, 359) regelte die Einnahmen aus Kapitalvermögen in § 8 durch eine systematisierte Aufzählung verschiedener als Einkunftsquelle in Betracht kommender Kapitalanlagen mit redaktioneller Klarstellung der Beteiligungserträge als Dividenden, Zinsen, Ausbeuten und sonstige Gewinne.

EStG 1925 v. 10.8.1925 (RGBl. I 1925, 189) zählte die Einkünfte aus Kapitalvermögen in § 37 als Ergänzung zu den in § 6 geregelten acht Einkunftsarten auf. Der äußere Aufbau der Vorschrift entsprach weitgehend dem heutigen § 20. Zum Verhältnis des § 20 zu § 8 EStG 1920 und § 37 EStG 1925 s. Begr. EStG 1934 zu § 20 (RStBl. I 1935, 33 ff.).

EStG 1934 v. 16.10.1934 (RGBl. I 1934, 1005) enthielt die erstmalige Einführung des § 20 in das EStG mit dem noch heute geltenden Gesetzesaufbau. Obwohl im Gegensatz zu § 37 Abs. 1 EStG 1925 im Wortlaut nicht mehr „insbesondere“ aufgenommen wurde, stellte die Aufzählung – wie heute noch – keine abschließende Regelung dar. Weiterhin wurden erstmals die „sonstigen Bezüge“ anstelle der „sonstigen Gewinne“ erwähnt und die Kapitalanlageformen in Abs. 1 umgestellt.

EStG 1938 v. 6.2.1938 (RGBl. I 1938, 121; RStBl. 1938, 113) und

EStG 1939 v. 17.2.1939 (RGBl. I 1939, 297; RStBl. 1939, 337) haben § 20 EStG 1934 unverändert übernommen.

EStG 1947 v. 24.10.1947 (StuZBl. 1947, 255) entsprach dem EStG 1939.

StÄndG v. 29.4.1950 (BGBl. I 1950, 95): In Abs. 1 Nr. 1 wurde die StPflcht der Bezüge aus Anteilen an der Reichsbank und der Bank deutscher Länder eingefügt; s. Begr. zu RegE des EStÄndG, BTDrucks. 1/317, 19.

StÄndG v. 13.7.1961 (BGBl. I 1961, 981; BStBl. I 1961, 444): Durch den Übergang auf die aus der Verschmelzung der Landeszentralbanken und der Berliner Zentralbank errichtete Bank deutscher Länder und die daraus hervorgegangene Deutsche Bundesbank (Gesetz über die Deutsche Bundesbank v. 26.7.1957, BGBl. I 1957, 745) musste die StPflcht der Bezüge aus den Anteilen an der Reichsbank und der Bank deutscher Länder in Abs. 1 Nr. 1 wieder aufgehoben werden.

EStRG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530):

- Einfügung der Nr. 6, die die StPflcht der außerrechnungsmäßigen und rechnungsmäßigen Zinsen aus Kapitallebensversicherungen regelt.
- Aufnahme des Sparer-Freibetrags von 600 DM bzw. 1200 DM in Abs. 4 ab VZ 1975; zur Begr. des EStRG s. BTDrucks. 7/1470, 273 u. BTDrucks. 7/2180, 19.

KStRG v. 31.8.1976 (BGBl. I 1976, 2597; BStBl. I 1976, 445): Komplette Neufassung des § 20 wegen der Einführung der Vollerrechnung der KSt. bei Gewinnausschüttungen und ähnlichen Bezügen.

StÄndG 1980 v. 20.8.1980 (BGBl. I 1980, 1545; BStBl. I 1980, 589): § 15a wurde ab VZ 1980 auch für Einnahmen aus einer typisch stillen Gesellschaft (Abs. 1 Nr. 4) für entsprechend anwendbar erklärt (Nr. 4 Satz 2).

StBereinG 1985 v. 14.12.1984 (BGBl. I 1984, 1493; BStBl. I 1984, 659):

- Ergänzung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 durch Aufnahme unverbriefter Genussrechte, bei deren Erträgen bislang unklar war, ob sie Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 waren oder als wiederkehrende Leistungen von § 22 Nr. 1 erfasst wurden;
- ersatzlose Streichung der sog. Bauzinsen (§ 57 Abs. 3 AktG aF) in Abs. 1 Nr. 7;
- Umstellung der Nr. 8 und Nr. 9 EStG 1983 zu Nr. 7 und Nr. 8.

StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224):

- Abs. 1 Nr. 1 erhielt einen neuen Satz 2, der klarstellen sollte, dass auch vGA zu den stpfl. Einnahmen des Abs. 1 Nr. 1 gehören. Der bisherige Satz 2 wurde Satz 3.
- Abs. 1 Nr. 6 wurde geändert, und zwar wurde die StFreiheit von Zinsen aus Kapitallebensversicherungen auf 3,5 vH des Guthabens begrenzt und die außerrechnungsmäßigen Zinsen nicht mehr erst bei Auszahlung, sondern grds. bereits bei Gutschrift auf das Versicherungskonto erfasst. Die Änderung der Nr. 6 wurde durch das ÄndG v. 30.6.1989 zum StReformG 1990 rückwirkend wieder beseitigt.
- Abs. 2 Satz 1 erhielt eine neue Nr. 4, mit der auch die Erträge aus der Veräußerung oder Abtretung von Nullkuponanleihen (Zerobonds) stpfl. wurden.

HaushaltsbegleitG 1989 v. 20.12.1988 (BGBl. I 1988, 2262; BStBl. I 1988, 19): Einfügung eines Satzes 4 in Abs. 2, der durch das ÄndG v. 30.6.1989 zum StReformG 1990 wieder gestrichen wurde.

ÄndG zum StReformG v. 30.6.1989 (BGBl. I 1989, 1267; BStBl. I 1989, 251):

- Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 4: Die durch das StReformG 1990 eingeführten Änderungen wurden wieder aufgehoben.

- Abs. 1 Nr. 2 Satz 2: Richtigstellung der Verweisung auf Abs. 1 Nr. 1 Satz 3.
- Abs. 2 Satz 1 Nr. 4: Einfügung der Wörter „und ähnliche Kapitalforderungen“.
- Abs. 4: Der Sparer-Freibetrag wurde mit Wirkung ab VZ 1989 auf 600 DM für Alleinstehende und 1 200 DM für zusammenveranlagte Ehegatten erhöht.

StÄndG 1992 v. 28.2.1992 (BGBl. I 1992, 298; BStBl. I 1992, 146):

- Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 wurde durch Streichung der Kolonialgesellschaften redaktionell geändert, die mit Ablauf des 31.12.1976 als aufgelöst galten, sofern sie sich nicht durch Beschluss bis zu diesem Zeitpunkt in eine KapGes. umgewandelt hatten (Gesetz über die Auflösung, Abwicklung und Löschung der Kolonialgesellschaften v. 20.8.1975, BGBl. I 1975, 2253). Die Worte „Kolonialgesellschaften und“ wurden durch „sowie“ ersetzt.
- Abs. 1 Nr. 6: durch Einfügung eines neuen Satzes 3 Anpassung an den gleichzeitig geänderten § 10 Abs. 2 Satz 2.
- Der bisherige Abs. 1 Nr. 6 Satz 3 aF wurde Satz 4.

ZinsabschlagG 1992 v. 9.11.1992 (BGBl. I 1992, 1853; BStBl. I 1992, 682): Der Sparer-Freibetrag in Abs. 4 Satz 1 wird verzehnfacht. Er liegt nunmehr bei 6 000 DM und 12 000 DM für zusammenveranlagte Ehegatten.

StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I 1993, 1569; BStBl. I 1993, 774): Aufnahme eines Abs. 2a, mit dem bestimmt wird, dass die Einkünfte gem. Abs. 1 Nr. 1–3 der Anteilseigner erzielt. Gleichzeitig wird Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 2 und 3 gestrichen.

StMBG v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50):

- Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 4 erweitern den Begriff der Kapitaleinnahmen, zu denen nun teilweise auch bisher nicht stbare Vermögensmehrungen (Kursgewinne), zB durch Veräußerung von auf- oder abgezinsten oder flat gehandelten Wertpapieren vor Einlösung, gerechnet werden (Zwischengewinnbesteuerung).
- Abs. 2 Nr. 3: Der Abzug von gezahlten Stückzinsen ist jetzt im Einklang mit § 11 Abs. 2 im Jahr ihrer Zahlung (Abfluss) möglich, ohne dass aus den betroffenen Schuldverschreibungen Zinsen zugeflossen sein müssen.
- In Abs. 4 wird klargestellt, dass vor der Aufteilung des Freibetrags unter zusammenveranlagten Ehegatten nicht nur die WK, sondern auch abziehbare ausländische St. zu berücksichtigen sind.

JSStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049 [2066]; BStBl. I 1996, 1523): Anpassungsänderung an § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 5 durch Änderung des Abs. 1 Nr. 6 Satz 3. Der bisherige Satz 4 wird Satz 5.

StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): In Abs. 4 wird der Sparer-Freibetrag von 6 000 DM auf 3 000 DM, bei zusammenveranlagten Ehegatten von 12 000 DM auf 6 000 DM halbiert.

StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 433; BStBl. I 2000, 1428): Redaktionelle Änderungen und Anpassungen in Abs. 1 aufgrund des Wegfalls des Anrechnungsverfahrens. Bei Privatpersonen werden Liquidationsraten nach Abs. 1 Nr. 2 nur noch insoweit besteuert, als diese aus Nennkapital stammen, das zuvor durch Umwandlung von Gewinnrücklagen gebildet wurde. Mit Abs. 1 Nr. 9 und 10 werden zwei neue Besteuerungstatbestände für Vermögensübertragungen bestimmter wirtschaftlicher Vereine, juristische Personen und Zweckvermögen des privaten Rechts geschaffen.

StEuglG v. 19.12.2000 (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3): Ersetzung der DM-Beträge in Abs. 2 Nr. 4 durch Euro-Beträge mit dem Umrechnungskurs 1 € = 1,95583 DM.

StÄndG 2001 v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3519; BStBl. I 2002, 4): In Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 wird die Gleichbehandlung des Durchhalters eines innovativen Wertpapiers mit dem Zweit- und jedem weiteren Erwerber bei allen Übertragungsgeschäften sichergestellt; zugleich wird bei der Besteuerung von finanzinnovativen Schuldverschreibungen, die keine Emissionsrendite haben als Reaktion auf die Rechtsprechung angeordnet, dass bei Veräußerung oder Einlösung dieser Wertpapiere die Markttrendite als Bemessungsgrundlage heranzuziehen ist.

UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35): In Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 wird klargestellt, dass die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören und dass in Abs. 1 Nr. 2 zu den Einkünften aus Kapitalvermögen grds. alle Liquidationsraten zählen, die nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen. In Abs. 1 Nr. 9 wird klargestellt, dass auch ausschüttungsgleiche Einnahmen aus Leistungen von nicht von der KSt befreiten Körperschaften stl. erfasst werden; die gleiche Klarstellung erfolgt in Abs. 1 Nr. 10 für Einnahmen aus Leistungen von Betrieben gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

StVergAbG v. 16.5.2003 (BGBl. I 2003, 660; BStBl. I 2003, 321): In Abs. 1 Nr. 4 wurde die Angabe „ist § 15a“ durch die Angabe „sind § 15 Abs. 4 Satz 6 und § 15a“ ersetzt. Der erweiterte Verweis wurde unverändert aus dem Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen v. 2.12.2002 (BTDrucks. 15/119, 4) übernommen. Damit ist auch bei stillen Gesellschaften die Einschränkung des Verlustabzugs eingeführt (§ 15 Abs. 4 Satz 6).

KleinUntFG v. 31.7.2003 (BGBl. I 2003, 1550; BStBl. I 2003, 398): In Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b Satz 1 ist die Angabe „260 000 Euro“ durch „350 000 Euro“ und die Angabe „25 000 Euro“ durch „30 000 Euro“ ersetzt worden. Diese Änderungen gehen auf den Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen v. 11.3.2003 (BTDrucks. 15/537, 3) zurück.

ProtErklG v. 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840; BStBl. I 2004, 14): In Abs. 1 Nr. 4 wird der Verweis auf „§ 15 Abs. 4 Satz 6“ durch „§ 15 Abs. 4 Satz 6–8“ ersetzt. Diese erneute Änderung der Vorschrift geht zurück auf den RegEnt v. 8.9.2003 (BFDrucks. 15/1518, 5).

HBeglG v. 29.12.2003 (BGBl. I 2003, 3076; BStBl. I 2004, 120): In Abs. 4 Satz 1 und Satz 3 ist die Angabe „1 550 Euro“ jeweils durch „1 370 Euro“ ersetzt worden und in Abs. 4 Satz 2 ist die Angabe „3 100 Euro“ durch „2 740 Euro“ ersetzt worden. Die Änderungen beruhen auf der Beschlussempfehlung des VermittlAussch. v. 16.12.2003 (BTDrucks. 15/2261, 10 f.) und gehen auf die sog. Koch/Steinbrück-Liste zurück. Weder in RegEntwurf v. 8.9.2003 (BTDrucks. 15/1502) noch in der Beschlussempfehlung des HaushAussch. v. 15.10.2003 (BTDrucks. 15/1750) war eine Herabsetzung der Sparer-Freibeträge vorgesehen.

AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554): Das StPrivileg für rechnungsmäßige und außerrechnungsmäßige Zinsen aus langlaufenden Kapitallebensversicherungsverträgen wird aufgehoben. Besteuert wird nunmehr der Unterschiedsbetrag zwischen der Versicherungsleistung und den geleisteten (entrichteten) Beiträgen. Bei Auszahlung der Erträge nach Vollendung des 60. Lebensjahres des Stpfl. und nach Ablauf von 12 Jahren seit Vertragsschluss ist als Bemessungsgrundlage nur die Hälfte der Erträge anzusetzen.

StÄndG v. 19.7.2006 (BGBl. I 2006, 1652; BStBl. I 2006, 432): In Abs. 4 wird der Sparer-Freibetrag weiter abgesenkt auf 750 € bzw. bei zusammen veranlagten Ehegatten auf 1 500 €.

JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): In Abs. 1 Nr. 1 wird ein neuer Satz 4 eingefügt, der den Einnahmebegriff des Satz 1 um sog. „künstliche Dividenden“ erweitert. In Abs. 1 Nr. 4 wird die Verweisung auf § 15b gestrichen und die Vorschrift wegen der Einfügung eines neuen Abs. 2b an das neugestaltete UmwStG angepasst.

UntStRefG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): Völlige Neugestaltung des § 20 insbesondere des Abs. 2 und Anpassung an die zum 1.1.2009 eingeführte einheitliche KapErtrSt. mit Abgeltungswirkung (Abgeltungssteuer). Die Einnahmen aus der Veräußerung, Einlösung oder Abtretung von Kapitalbeteiligungen und Kapitalforderungen gehören jetzt zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen. Die Verlustverrechnung wird auf die Einkünfte aus § 20 beschränkt (Abs. 6) und anstelle des Sparer-Freibetrags wird in Abs. 9 ein Sparer-Pauschbetrag (bisheriger Sparer-Freibetrag zzgl. WKPauschbetrag) eingeführt. Der Abzug von tatsächlichen Aufwendungen als WK wird, mit Ausnahme der Veräußerungs- und Glattstellungskosten, versagt. Das Halbeinkünfteverfahren für Gewinnausschüttungen und Veräußerungen von im Privatvermögen gehaltenen Kapitalbeteiligungen wird abgeschafft.

► *Zeitlicher Anwendungsbereich:*

Norm	Erstmalige Anwendung	Anwendungsnorm	Hinweise in Lfg. Jb. 2008 Anm.
§ 20 Abs. 1 Nr. 6	ab 1.1.2009 für Neuverträge und stschädlich verwendete Altverträge (Abschluss vor dem 1.1.2005)	§ 52a Abs. 10 Satz 5	J 07–2
§ 20 Abs. 1 Nr. 7	Kapitalerträge, die nach dem 31.12.2009 zugeflossen sind;	§ 52a Abs. 10 Satz 6–8	J 07–3
§ 20 Abs. 1 Nr. 11	Stillhalterprämien, die nach dem 31.12.2009 zugeflossen sind	§ 52a Abs. 9	J 07–4
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1	Anschaffung der Beteiligung nach dem 31.12.2008	§ 52a Abs. 10 Satz 1	J 07–5
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2	Veräußerungserlöse, die erstmals nach dem 31.12.2009 zugeflossen sind	§ 52a Abs. 10 Satz 2	J 07–6
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3	nach dem 31.12.2008 abgeschlossene Termingeschäfte	§ 52a Abs. 10 Satz 3	J 07–7
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4	Abschluss der Beteiligung/Darlehen nach dem 31.12.2008	§ 52a Abs. 10 Satz 4	J 07–8

Norm	Erstmalige Anwendung	Anwendungsnorm	Hinweise in Lfg. Jb. 2008 Anm.
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5	nach dem 31.12. 2008 begründete Rechte	§ 52a Abs. 10 Satz 4	J 07–9
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6	nach dem 31.12. 2004 begründete Verträge und Altverträge (Abschluss vor dem 1.1.2005) bei stschädlicher Verwendung	§ 52a Abs. 10 Satz 5	J 07–10
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7	nach dem 31.12. 2008 zufließende Veräußerungsgewinne und Anschaffung der Wertpapiere nach dem 31.12. 2008: <u>ausgenommen: Finanzinnovationen</u> iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF; bei denen das Anschaffungsdatum irrelevant ist, und <i>Index-Zertifikate</i> , die nach dem 14.7. 2007 angeschafft wurden	§ 52a Abs. 10 Satz 6–8	J 07–11
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8	bei Rechtserwerb nach dem 31.12. 2008	§ 52a Abs. 10 Satz 4	J 07–12
§ 20 Abs. 2 Satz 2 und 3	Einlage, Einlösung, Rückgabe, Abtretung und Rückzahlung nach dem 31.12.2008	§ 52a Abs. 10 Satz 9	J 07–13
§ 20 Abs. 3–9	Kapitalerträge, die nach dem 31.12. 2008 zugeflossen sind	§ 52a Abs. 10 Satz 10	J 07–14

JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): Zur Vereinfachung des KapErtrSt-Abzugs durch die Kreditinstitute wird für bestimmte Kapitalmaßnahmen, Bezugsrechte und bestimmte Schuldverschreibungen ein neuer Abs. 4a eingefügt. In Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 wird eine Regelung für Spezial-Kapitallebensversicherung (vermögensverwaltende Versicherungsverträge) aufgenommen, die eine nachgelagerte Versteuerung der Versicherungsleistung bei Auszahlung nach Vollendung des 60. Lebensjahres verhindert. In einem neuen Satz 6 wird eine Mindesttodesfallsumme für die steuerbegünstigte Auszahlung der Versicherungssumme nach Satz 2 eingeführt.

3 Einstweilen frei.

C. Bedeutung des § 20

I. Rechtssystematische Bedeutung

4

Da sich „das Kapitaleinkommen ... wegen der Beweglichkeit des Kapitalvermögens am leichtesten der Besteuerung entziehen kann“ (Begr. zum EStG 1925, RTDrucks. 1924/25 III. Wahlperiode 1925 Bd. 400, Nr. 795 S. 19 ff.), wird die ESt. von nahezu allen inländischen und unter gewissen Voraussetzungen auch ausländischen Kapitaleinkünften (§ 43 Abs. 1 Satz 1) seit 2009 grds. nicht mehr im Veranlagungsweg, sondern durch StAbzug an der Quelle bzw. durch die auszahlenden Stellen erhoben. Die ESt. ist mit dem StAbzug nach § 43 Abs. 5 abgegolten (Abgeltungsteuer). Dadurch wollte der Gesetzgeber neben einer Entbürokratisierung auch der seit der Entscheidung des BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89 (BStBl. II 1991, 654) und trotz Einführung des Zinsabschlags zum 1.1.1993 anhaltenden Diskussion um ein fortwährendes Vollzugsdefizits bei der StErhebung ein Ende setzen. Trotz des nahezu alle Kapitalerträge erfassenden unterjährigen StAbzug durch die Kreditinstitute und der damit verbundenen Beseitigung des Vollzugsdefizits wird sich in Zukunft die verfassungsrechtl. Diskussion mit veränderten Schwerpunkten fortsetzen. Stichworte dazu sind: die Versagung des WKAbzug, die Aufgabe des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40), die mangelnde Folgerichtigkeit bei der Behandlung laufender Erträge wie Zinsen und Dividenden (Abs. 1 Nr. 1–10) sowie die Behandlung der Veräußerungserlöse und Stillhalterprämien (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–11), die nicht dem zum 1.1.2009 eingeführten Bruttoprinzip unterworfen wurden, sondern weiterhin nach den Grundsätzen des objektiven Nettoprinzips ermittelt werden. Die verfassungsrechtl. Diskussion wird sich zukünftig auch mit der gleichheitsrechtl. problematischen Situation auseinander setzen müssen, dass nur für eine Einkunftsart eine pauschale Definitivbesteuerung mit 25 % gesetzlich vorgeschrieben ist, während alle übrigen Einkunftsarten mit einem Höchststeuersatz von 42 bzw. 45 % belegt sind. Zwar hat das BVerfG in der Entscheidung v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89 (BStBl. II 654) zur Vermeidung des Vollzugsdefizits eine Definitivbesteuerung, die typisierend den mit den Erträgen zusammenhängenden Aufwand berücksichtigt, zugelassen ohne den StSatz näher zu umschreiben, doch scheint u.E. der Abstand (spread) des 25prozentigen Abgeltungsteuersatz zum aktuellen Höchststeuersatz verfassungsrechtl. durchaus bedenklich.

II. Wirtschaftliche Bedeutung

5

Neben der steuerrechtl. Aufmerksamkeit, die die Besteuerung der Kapitaleinkünfte in den letzten Jahren aufgrund der verfassungsrechtl. Diskussion über Erhebungsungleichheiten im Vergleich zu anderen Einkunftsarten erfahren hat (dazu SPINDLER, DB 1987, 2536; MORSBACH, DB 1990, 69; BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654) und auch zukünftig erfahren wird, kommt § 20 auch nach Einführung der abgeltenden KapErtrSt. eine erhebliche wirtschaftl. Bedeutung zu. Nach Angaben im Bundesfinanzbericht beliefen sich die Einnahmen 2008 aus dem bis zum 31.12.2008 geltenden Zinsabschlag auf 11 Mrd. Euro. Die Basis dieses Steueraufkommens bilden hochgerechnet 37 Mrd. Euro Zinserträge. Mit der Herabsetzung der Abschlagsteuer von 30 % auf 25 % mit Abgeltungswirkung gehen dem Staat somit 1,75 Mrd. Euro verloren.

Darüber hinaus verzichten die öffentl. Haushalte auf die StEinnahmen, die sich im Rahmen der endgültigen Belastung durch die persönl. Einkommensbesteuerung ergeben. Bei einem durchschnittlichen StSatz von 40 % (35 %) auf das zu versteuernde Gesamteinkommen kommen Einnahmeverluste von 3 Mrd. (1,5 Mrd. €) hinzu. Diese Verluste verteilen sich auf den Bund mit 42,5 %, die Länder mit 42,5 % und die Gemeinden mit 15 %. Der gesamte Ausfall an StEinnahmen beträgt mithin 4,5 Mrd. € (3 Mrd. €). Kapitalrückflüsse aus dem Ausland sind hierbei nicht berücksichtigt. Ob die nunmehr definitive Besteuerung der privaten Kapitalerträge mit 25 % überhaupt ein Anlass zur Rückkehr des Kapitals ist, erscheint fraglich. Große wirtschaftliche Bedeutung hat zudem das stetige Wachstum des privaten Kapitalvermögens. So ist das Geldvermögen der privaten Haushalte im Jahr 2007 um rund fünf Prozent oder 230 Mrd. Euro auf 4,76 Billionen Euro gestiegen. Statistisch gesehen hat damit jeder Einwohner in Deutschland rund 57 900 Euro Sparvermögen. Die Sparquote stieg 2007 von 10,5 % auf schätzungsweise 10,8 %. Der größte Teil der Geldvermögen – 33 % – liegt als Sicht-, Termin- oder Spareinlage sowie als Sparbrief bei den Kreditinstituten. Etwa 12 % sind in Investmentfonds und knapp 10 % in festverzinslichen Wertpapieren angelegt. Angesichts dieser Zahlen wird jede strucht. Änderung beim Umfang der stpfl. Kapitalerträge, bei der Höhe des StSatzes oder beim Besteuerungsverfahren erhebliche rechtl. und politische Diskussionen auslösen. Die Diskussionen über die verfassungsrechtl. Probleme der Abgeltungssteuer und ihre wirtschaftl. Auswirkungen beginnen gerade erst.

6

III. Bedeutung der Geldentwertung

Schrifttum: HARTZ, Probleme der Geldentwertung und ihre Auswirkungen im Steuerrecht, FR 1972, 473; KRÖGER, Sparzinsbesteuerung und Geldentwertung, NJW 1973, 1017; FRIAUF, Eigentumsgarantie, Geldentwertung und Steuerrecht, StbJb. 1971/72 S. 425; ECKARDT, Steuer und Geldwertschwund, DStR 1973, 487; KRÖGER, Verfassungswidrige Besteuerung der Kapitalzinsen in der Inflation, NJW 1974, 2305; MÖLLHOFF, Die Besteuerung nomineller Erträge bei Geldentwertung, DB 1974, 2219; BEISSE, Über Wesen und Tragweite des Nominalwertprinzips, FR 1975, 472; SPANNER, Steuer und Geldentwertung – Verfassungsprobleme, DStR 1975, 475; SAHNER, Konsequenzen des Nominalwertprinzips in Zeiten steigender Preise, DB 1975, 749; v. WALLIS, Geldentwertung und Besteuerung, DStR 1975, 271; RITTER, Auswirkungen der Inflation auf das Steuerrecht, DStZ 1976, 331; WAGNER, Einkommensbesteuerung und Inflation, StuW 1976, 228; FRIAUF, Besteuerung von Kapitaleinkünften und Geldentwertung, StuW 1977, 260; GADDUM, Kaufkraftschwund und Besteuerung, DStR 1977, 239; HARTZ, Kaufkraftschwund und Besteuerung, DB 1977, 742; L. MÜLLER, Inflation und Steuern, DStR 1977, 59; PETERSEN, Personelle Einkommensbesteuerung und Inflation, Diss. Kiel 1977; v. ARNIM, Die Besteuerung von Zinsen bei Geldentwertung, 1978; FROESE, Geldentwertung und Einkommensbesteuerung: Verwirklichung der intertemporalen Gleichmäßigkeit, FR 1978, 101; KRÖGER, Die ungerechte Besteuerung der Kapitalzinsen nach ihrem Nennwert in der Inflation, JZ 1979, 631; VOGEL, Anmerkung zu BVerfG v. 19.12.1978 1 BvR 335, 427, 811/76, NJW 1979, 1158; KLEIN, Eigentumsgarantie und Besteuerung, BayVBl. 1980 S. 527; WENDT, Besteuerung und Eigentum, NJW 1980, 2111.

Zu grds. Erl. der Geldentwertung in der ESt. s. Einf. ESt. Anm. 39.

Die Geldentwertung verringert den Wert von Geldforderungen, bezogen auf die Kaufkraft des Geldes. Die Wertminderung kann im Einzelfall höher sein als der nach Abzug der ESt. (zzgl. Solidaritätszuschlag und KiSt.) verbleibende Ertrag der Kapitalforderung. Die Rspr. hat – bestätigt vom BVerfG (v. 21.1.1969 – 1 BvR 346, 598/68, HFR 1969, 347; v. 19.12.1978 – 1 BvR 335/76, BStBl. II 1979, 308, Besprechungen: VOGEL, NJW 1979, 1158; BVerfG v. 27.6.1991 – 2

BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654; v. AHNEN, ZRP 1980, 201; WENDT, NJW 1980, 2111) – gleichwohl zu Recht eine Berücksichtigung des Wertverlusts bei der Ermittlung oder Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen abgelehnt (BFH v. 14.5.1974 – VIII R 162/75, BStBl. II 1974, 572; v. 1.6.1976 – VIII R 64/75, BStBl. II 1976, 599). Kritisch dazu: Loos, BB 1973, 301; KRÖGER, NJW 1974, 2305 = JZ 1979, 631; MÖLLHOFF, DB 1974, 2219; SPANNER, DStR 1975, 472; BEISSE, FR 1975, 474; FRIAUUF, StuW 1975, 260; FRIAUUF, StuW 1977, 59; RITTER, DStZ/A 1976, 331.

Das StRecht bietet keine gesetzliche Grundlage für einen der Geldentwertung ganz oder teilweise entsprechenden Abschlag bei Ermittlung der stpfl. Einkünfte. Somit gilt im Rahmen des § 20 – wie bei anderen Einkunfts- und StArten auch – das Nominalwertprinzip (€ = €); s. Einf. ESt. Anm. 550; § 2 Anm. 12; § 8 Anm. 24. Kapitalerträge sind daher mit ihrem Nennwert zu versteuern. Ebenso wenig können Wertverluste am Kapitalvermögen selbst stl. berücksichtigt werden. Sie berühren nicht die Einkunftssphäre, sondern sind auf der strechtl. unbeachtlichen Vermögensebene angesiedelt. Dies gilt nach wie vor auch für § 20 trotz der Einführung einer Wertzuwachsbesteuerung in Abs. 2. Ein Ansatz der Wertminderungen als WK war bei den Einkünften aus Kapitalvermögen ausgeschlossen (BFH v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 10.11.1967 – VI R 179/66, BStBl. II 1968, 143; v. 27.7.1967 – IV 300/64, BStBl. III 1967, 690); vgl. ab 2009 Abs. 9 Satz 1.

Billigkeitsmaßnahmen: Inflationsbedingte Wertverluste des Kapitalvermögens oder der Kapitalerträge sind grds. kein Grund für einen StErlas aus Billigkeitsgründen (§§ 163, 227 AO). Ist aber das Kapitalvermögen in Jahren aktiver Erwerbstätigkeit zur Altersvorsorge angesammelt worden, so widerspräche es dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, wenn die Zinsen trotz Inflation in voller Höhe der Besteuerung unterworfen würden (BVerfG v. 19.12.1978 – 1 BvR 335/76, BStBl. II 1979, 308). Unter diesen Voraussetzungen wird ein Erlass aus sachlichen Billigkeitsgründen von der Rspr. befürwortet (FG Berlin v. 8.2.1984, EFG 1984, 481, rkr.; Hess. FG v. 31.1.1985, nv., rkr.).

D. Verfassungsmäßigkeit des § 20

I. Das strukturelle Erhebungsdefizit bis VZ 2008

7

Schrifttum: GILOY, Zur Besteuerung von Kapitalerträgen nach dem Zinsabschlaggesetz, FR 1992, 605; HACKMANN, Meldepflicht für Kapitalerträge als Alternative zur „Abgeltungssteuer“ verbunden mit einer Erhöhung des Sparer-Freibetrags, BB Beilage 11/92; JACOB, Gedanken zur Verfassungsmäßigkeit der neuen Zinsbesteuerung, DStR 1992, 893; LINDBERG, Die Besteuerung der Zinseinkünfte ab 1.1.1993, DStR 1992, 1493; DERS., Das Zinsabschlaggesetz, München 1992; ZEITLER, Neuregelung der Zinsbesteuerung ab 1993, DStR 1992, 513; MARQUARDT/HAGENBUCHER, Die Zinsabschlagsteuer – eine Aufgabe und Belastung der Kreditwirtschaft, DB 1992, 2265; PAUS, Die neue Zinsbesteuerung, Herne/Berlin 1992; REISS, Verteilung des Sparer-Freibetrags nach dem neuen Zinsabschlaggesetz im Fall des Vorliegens verschiedener „Quellen“ bei einem Schuldner oder Kreditinstitut, DB 1992, 2213; RIEGLER, Entlastung von Abzugssteuern auf Dividenden und Zinsen durch die Doppelbesteuerungsabkommen und das Steueränderungsgesetz 1992, DB 1992, 1595; RIEGLER/SALOMON, Entlastung von Abzugssteuern auf Dividenden und Zinsen durch die Doppelbesteuerungsabkommen, DB 1992, 1595; STUHRMANN, Über das Zinsabschlaggesetz, NJW 1992, 2466; BUNDESSTEUERBERATERKAMMER, Stellungnahme zum Entwurf eines Zinsabschlaggesetzes, DStR 1992, 696; CARL/KLOS, Bankgeheimnis und Quellensteuer im Vergleich internationaler Finanzmärkte, Herne/Berlin 1993; HARENBERG/IRMER, Die Neuregelung der Zinsbesteuerung, NWB F. 3, 8411; DIES., Die Besteuerung privater Kapital-

einkünfte, Herne/Berlin 1993; BULLINGER/RADKE, Kommentar zum Zinsabschlag, Düsseldorf 1994; POHL, Die Klassifikation des Steuergeheimnisses, BB 1995, 2093; STRECK/MACK, Banken und Bankkunden im Steuerfahndungsverfahren, BB 1995, 2137; ECKHOFF, Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung? Anm. z. BFH-Urt. vom 18.2.1997, DStR 1997, 1071; GEURTS, Allgemeine Erfahrungen im Steuerrecht – Zur Zulässigkeit finanzbehördlicher Kontrollen auf der Grundlage des BFH-Urteils vom 18.2.1997, DStR 1997, 1871; RATSCHOW, Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung, DStR 2005, 2006; HARENBERG, Besteuerung der Kapitalerträge und Spekulationsgewinne nach 1998 verfassungsgemäß, NWB F 3, 2006, 391.

Veranlagungszeiträume bis 1992: Mit der Entscheidung v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89 (BStBl. II 1991, 654) hat das BVerfG festgestellt, dass im VZ 1981 eine erhebliche ungleiche Belastung derjenigen Stpfl. bestanden habe, die ihre Zins-einkünfte ordnungsgemäß erklärt hätten, gegenüber denjenigen, die diese Einkünfte verschwiegen hätten oder infolge mangelhafter Ausgestaltung des Erhebungsverfahrens nicht zur ESt. herangezogen worden seien. Eine das Grundrecht aus Art. 3 GG verletzende Ungleichheit sah das Gericht gleichwohl als – noch – nicht gegeben an. Als wesentliche Ursache für diesen mangelhaften Rechtszustand stellte das BVerfG den sog. Bankenerlass („Richtlinie für die finanzbehördlichen Ermittlungen bei Kreditinstituten“) v. 31.8.1979 (BStBl. I 1979, 590) heraus, der mit StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224) als § 30a mit Wirkung ab 3.8.1988 in die AO übernommen worden war. Danach sei immer noch eine wirksame Ermittlung und Kontrolle der Einkünfte aus Kapitalvermögen schwierig. Nach § 30a Abs. 3 AO ist die Ausfertigung von Kontrollmitteilungen nicht erlaubt, soweit bei der Errichtung der Guthabenknoten oder Depots eine Legitimationsprüfung nach § 154 Abs. 2 AO vorgenommen worden ist; allerdings dürfen nach näherer Maßgabe des § 30a Abs. 5 AO Auskunftersuchen an die Kreditinstitute gerichtet werden, s. dazu BFH v. 9.12.2008 – VII R 47/07 (BStBl. II 2009, 509). Das BVerfG gab dem Gesetzgeber mit dem Urt. v. 27.6.1991, aaO, auf, spätestens mit Wirkung zum 1.1.1993 durch hinreichende gesetzliche Vorkehrungen für die Zukunft die Belastungsgleichheit aller Stpfl. im Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu gewährleisten. Dabei sollte von folgenden Grundsätzen ausgegangen werden:

- Auswahl des StGegenstands und des StSatzes unterliegen einem weitreichenden Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers;
- Herstellung einer rechtlichen und tatsächlichen Belastungsgleichheit aller Stpfl.;
- Ergänzung des Deklarationsprinzips durch ein Verifikationsprinzip, dh. wirksame Kontrolle der Einkünfte;
- Erhöhung des Entdeckungsrisikos für Stpfl., die unvollständige Angaben machen, durch eine wirksamere Durchsetzung des Steueranspruchs;
- Steigerung der erfassten stpfl. Kapitalerträge;
- Beseitigung des sich aus § 30a AO ergebenden strukturellen Vollzugshindernisses.

Jedoch hat das BVerfG in der Urteilsbegründung auch ausgeführt, dass die durch die Regelungen im Bankenerlass bestehende Belastungsungleichheit vermieden werden könne, wenn der Gesetzgeber auf eine andere Erhebungsart, zB eine Quellensteuer (evtl. als Definitivsteuer), ausweiche.

Veranlagungszeiträume 1993 bis 2008: Der Gesetzgeber ist der Aufforderung des BVerfG durch das „Gesetz zur Neuregelung der Zinsbesteuerung“, das sog. ZinsabschlagG v. 9.11.1992 (BGBl. I 1992, 1285; BStBl. I 1992, 682) gefolgt

und hat die Besteuerung der Kapitalerträge aus Abs. 1 Nr. 7 (Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen) neu geregelt. Wesentliche Änderungen waren die Ausweitung der KapErtrSt. (30 %, bei Tafelgeschäften 35 %) auf Zinserträge iSv. Abs. 1 Nr. 7 und die Erhöhung des Sparerfreibetrags (Abs. 4 aF) auf 6 000 DM bzw. 12 000 DM für zusammenveranlagte Ehegatten (Einzelheiten dazu HARENBERG/IRMER, NWB F. 3, 8411). Bereits im Gesetzgebungsverfahren (dazu s. BULLINGER/RADKE S. 3 ff., Rn. 9 ff.) sind massiv verfassungsrechtl. Bedenken gegen den von der BReg. vorgelegten Gesetzentwurf geäußert worden. Die SPD-Fraktion und der BRat wandten sich insbesondere gegen die Beibehaltung des § 30a Abs. 3 AO (Anl. 2 zum Protokoll der BTDrucks 12/2736; BRDrucks. 12/2690). Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Zinsbesteuerung hat das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde in einer Strafsache wegen StHinterziehung bei Spekulationseinkünften für nicht zulässig erklärt (BVerfG v. 8.11.2006 – 2 BvR 620/03, HFR 2007, 276). Der Vorlagebeschluss des FG Köln v. 22.9.2005, EFG 2005, 1878, ist durch Kammerbeschl. des BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvL 14/05 (HFR 2008, 756) ebenfalls für unzulässig erklärt worden.

Das BVerfG hat seine Grundsätze aus dem Zinsurteil (BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654) im sog. Tipke-Urteil (BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BStBl. II 2005, 56) bestätigt und die Besteuerung von Einkünften aus privaten Wertpapieren (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2) für die Jahre 1997 und 1998 wegen eines Vollzugsdefizits für nichtig erklärt. Unter Hinweis auf § 30a AO wurde ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit gerügt. Ausdrücklich sprach sich das Gericht gegen eine rückwirkende Beseitigung des Vollzugsdefizits aus. So deutlich die Entscheidung in ihren Konsequenzen für die Jahre 1997 und 1998 war, so vorsichtig waren die Aussagen für die Jahre danach (dazu HEY, BB 2004 Heft 12, I). In Erwartung dieser Entscheidung hatte der Gesetzgeber bereits im Entwurf zum StVergAbG v. 16.5.2003 vorgesehen, private Veräußerungsgewinne mit 15 % zu besteuern, um das beanstandete Vollzugsdefizit ohne Einführung von Kontrollmitteilungen zu beseitigen. Zinserträge sollten mit einem StSatz von 25 % belegt werden. Dazu aber ist es in der verabschiedeten Fassung des StVergAbG nicht gekommen. Erst mit dem Unt-StReformG 2008 v. 14.8.2007 wurden diese Pläne wieder aufgenommen, die privaten Veräußerungsgewinne wurden aber mit den Einkünften aus Kapitalvermögen zusammengeführt und mit einem einheitlichen StSatz von 25 % der Besteuerung unterworfen. Insofern ist auch das „Tipke-Urteil“ des BVerfG ein Anstoß für den Gesetzgeber gewesen, die unendliche Geschichte vom Vollzugsdefizit bei der stl. Erfassung von privaten Kapitalerträgen und Veräußerungsgewinne zu einem Ende zu führen – wieder einmal, ohne Kontrollmitteilungen der Banken einzuführen und ohne § 30a AO zu tangieren.

Beharrende Rechtsprechung des VIII. Senat des BFH: Der VIII. Senat des BFH hat an seiner Rspr., mit der die Verfassungswidrigkeit des § 20 verneint wurde, im Urt. v. 7.9.2005 – VIII R 90/94 (BStBl. II 2006, 61) für die VZ nach 1993 festgehalten. Ab dem VZ 2004 waren die Kreditinstitute gem. § 24c (aufgehoben ab VZ 2009) verpflichtet, ihren Kunden eine schriftl. Jahresbescheinigung über Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne zu erteilen. Die Jahresbescheinigung war zwar ausschließlich als Hilfestellung für die Stpfl. beim Ausfüllen der Steuererklärungsformulare gedacht. Die Nichtvorlage der Jahresbescheinigung auf berechtigtes Anfordern durch das Finanzamt konnte aber zumindest einen hinreichenden Anlass für weitere Ermittlungen darstellen. Dem Gesetzgeber wird ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt, innerhalb dessen er auch über einen gewissen Zeitraum die Wirkungsweise des 1993 eingeführten

Zinsabschlags abwarten dürfe. Das strukturelle Vollzugsdefizit sieht der BFH durch die bis zum Veranlagungszeitraum 2005 eingeleiteten gesetzgeberischen Maßnahmen als nicht mehr gegeben an. Genannt werden dazu insbesondere die Ausweitung der Mitteilungspflichten der Banken nach § 45d, die zusammenfassende Jahresbescheinigung über Kapitalerträge und private Veräußerungsgeschäfte in § 24c und die Einbeziehung der FinVerw. in das Abfragesystem bei der Kontenevidenzzentrale ab 1.4.2005 nach § 93b AO iVm. § 24c KWG. Die Vollzugsproblematik hat sich durch die mit dem UntStReformG 2008 eingeführte abgeltende KapErtrSt. (Abgeltungsteuer) weitgehend entschärft. Sie ist aber noch nicht vollständig erledigt, da nicht sämtliche Kapitalerträge in das Abzugssystem eingebunden sind.

8 II. Verfassungsmäßigkeit der abgeltenden Kapitalertragsteuer (Abgeltungsteuer)

Die Verfassungsmäßigkeit der Abgeltungsteuer ist sowohl wegen ihrer grds. Ausgestaltung als Schedulensteuer als auch wegen einzelner Detailregelungen umstritten.

Einführung einer Schedulbesteuerung: Private Kapitaleinkünfte werden gem. § 32d mit einem einheitlichen linearen Steuersatz von 25 % belegt, während die übrigen Einkünfte weiterhin dem progressiven Steuertarif unterworfen sind. Wählt der Gesetzgeber für verschiedene Arten von Einkünften unterschiedliche Tarifverläufe, obwohl die Einkünfte nach der gesetzgeberischen Ausgangsentscheidung die gleiche Leistungsfähigkeit repräsentieren (sog. Schedulbesteuerung), muss diese Ungleichbehandlung besonderen Rechtfertigungsanforderungen genügen. Allein die systematische Unterscheidung zwischen verschiedenen Einkunftsarten genügt dafür nicht (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766). Mit der Schaffung einer eigenen Schedule für private Kapitaleinkünfte verlässt der Gesetzgeber somit die nach Art. 3 GG gebotene Gleichbehandlung aller Einkunftsarten, was rechtfertigungsbedürftig ist (HEY, BB 2007, 1303; ENGLISCH, StuW 2007, 221; TIPKE, StuW 2007, 201; BLÜMICH/TREIBER, § 32d Rn. 46). Der Gesetzgeber begründet die Einführung einer Abgeltungsteuer mit einem niedrigen Steuersatz von 25 % mit dem Ziel, einen Anreiz zur Versteuerung von privaten Kapitaleinkünften in Deutschland zu schaffen. Damit soll gleichzeitig die Attraktivität und die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Finanzplatzes verbessert werden (BRDrucks. 220/07, 97). Daneben soll die Abgeltungsteuer einem strukturellen Vollzugsdefizit im Bereich der privaten Kapitaleinkünfte entgegenwirken (BRDrucks. 220/07, 52). Insgesamt soll der Gesetzesvollzug deutlich vereinfacht werden.

Systemwechsel gerechtfertigt: Der mit der Einführung der Abgeltungsteuer verbundene Verstoß gegen das gleichheitsrechtlich verankerte Gebot der Gleichbehandlung aller Einkunftsarten ist uE verfassungsrechtlich gerechtfertigt (glA ECKHOFF, FR 2007, 989; WEBER-GRELLET, NJW 2008, 545; MUSIL, FR 2010, 149; BLÜMICH/TREIBER, § 20 Rn. 46; aA ENGLISCH, StuW 2007, 221; zweifelnd TIPKE, StuW 207, 201; differenzierend LANG in TIPKE/LANG, StRecht, 20. Aufl., 2010, § 9 Rn. 505 ff.). Zunächst einmal ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG selbst in seinem Zins-Urteil v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239) eine Quellensteuer mit abgeltender Wirkung zur Beseitigung des bei den Kapitaleinkünften bestehenden strukturellen Vollzugsdefizits vorgeschlagen hat. Desweiteren hat das BVerfG ausdrücklich anerkannt, dass eine Ungleichbehandlung

verschiedener Einkunftsarten bei Vorliegen ausreichender Rechtfertigungsgründe zulässig ist, also nicht per se einen Verfassungsverstoß darstellt (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766). Auch ein Systemwechsel, wie er mit der Einführung einer Schemabesteuerung verbunden ist, ist dem Gesetzgeber nach der Rspr. des BVerfG nicht grds. verwehrt (BVerfG v. 9.12.2008 – 1 BvL 1/07, DStR 2008, 2460; dazu DRÜEN, Ubg 2009, 23; HEY, DStR 2009, 2561). Als Rechtfertigungsgründe sind die Vermeidung struktureller Vollzugsdefizite, die Vereinfachung des Steuerverfahrens und die Verbesserung des Steuerstandortes verfassungsrechtlich anzuerkennen. Mögen die einzelnen Gründe je für sich einen so tiefgreifenden Systemwechsel nicht rechtfertigen, sind sie uE jedoch in der Summe geeignet, die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Abgeltungsteuer zu begründen. Zwar muss eingeräumt werden, dass die Ausgestaltung der Abgeltungsteuer höchst komplex geraten ist, wodurch die angestrebte Vereinfachung des Gesetzesvollzugs und die Vollzugeffizienz teilweise konterkariert werden. Trotz der im einzelnen ausgesprochen kompliziert geratenen Einzelregelungen, kommt es jedoch in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich zu einer Vereinfachung des Gesetzesvollzugs, so dass dieser Mangel nicht so gravierend ist, die Einführung der Abgeltungsteuer in toto als verfassungswidrig erscheinen zu lassen (so aber LANG in TIPKE/LANG, StRecht 20. Aufl., 2010, § 9 Rn. 507).

Einführung einer Bruttobesteuerung: Das System der Abgeltungsteuer stellt für laufende Erträge eine Bruttobesteuerung dar, weil ein Abzug der tatsächlich angefallenen WK nach Abs. 9 ausgeschlossen ist und lediglich ein Sparer-Pauschbetrag von 801/1 602 € gewährt wird. Eine Bruttobesteuerung verstößt gegen das objektive Nettoprinzip, welches als tragendes Prinzip der Einkommensbesteuerung zumindest bei einer Prüfung der folgerichtigen Ausgestaltung einer einmal vom Gesetzgeber getroffenen Belastungsentscheidung zum verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab wird (BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1-2/07, 1-2/08, BStBl. II 2009). Der Gesetzgeber darf das objektive Nettoprinzip beim Vorliegen gewichtiger Gründe durchbrechen und sich dabei generalisierender, typisierender oder pauschalierender Regelungen bedienen (BVerfG v. 7.12.1999 – 2 BvR 301/98, BStBl. II 2000, 162). Dabei darf Vereinfachung aber nicht unverhältnismäßig sein. Das ausnahmslos geltende Abzugsverbot der tatsächlichen WK ist jedoch uE nicht verhältnismäßig (aA WERNSMANN, Beihefter zu DStR 2009, Heft 34, 101: die mit dem WK Abzugsverbot verbundenen Nachteile werden durch den Vorteil eines niedrigeren Steuersatzes ausreichend kompensiert). Das Abzugsverbot kann insbes. bei fremdfinanzierten Kapitalanlagen eine Substanzsteuerwirkung entfalten, wenn der Nettoertrag unter dem Abgeltungsteuersatz liegt. Um einen solchen schwerwiegenden Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip zu vermeiden, hätte der Gesetzgeber dem Stpfl. eine voraussetzungslose Optionsmöglichkeit zur Besteuerung nach den allgemeinen Grundsätzen einräumen müssen (glA WENZEL, DStR 2009, 1182; aA MUSIL, FR 2010, 149). Dies würde auch den mit der Einführung der Abgeltungsteuer (zulässigerweise) beabsichtigten Vereinfachungszweck nicht in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen, wie man an den bereits bestehenden Veranlagungswahlrechten und Optionsmöglichkeiten des § 32d erkennen kann (aA KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 14).

Beschränkung der Verlustverrechnung: Verluste können nach Abs. 6 nur mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen, Verluste aus Aktiengeschäften können sogar nur mit Gewinnen aus ebensolchen Geschäften verrechnet werden (Abs. 6 Satz 5). Jede Verlustverrechnungsbeschränkung wirft die Frage nach ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auf, weil die Einschränkung der Ver-

lustverrechnung eine Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzip darstellen kann, die verfassungsrechtlich nur zulässig ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (STAPPERFEND, DStJG 24 [2001], 331; LANG/ENGLISCH, StuW 2005, 3).

► *Die allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung* des Abs. 6 ist uE verfassungsgemäß. Der Gesetzgeber sieht die Beschränkung der Verlustverrechnung nach Abs. 6 im Rahmen einer Schedulenbesteuerung zu Recht als systemimmanent an. Der niedrige Sondertarif von 25 % berechtigt dazu, von den allgemeinen est-rechtlichen Regelungen über den einkünfteübergreifenden Verlustausgleich abzuweichen (BTDrucks. 16/4841, 100; aA ENGLISCH, StuW 2007, 221).

► *Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktienverluste*: Dagegen ist die spezielle Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 Satz 5 für Veräußerungsverluste aus Aktiengeschäften, die ausschließlich fiskalisch motiviert ist (BTDrucks. 16/5491, 37), verfassungswidrig (ENGLISCH, StuW 2007, 221; SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 640; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322). Auch wenn die Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 als systembedingte Folge einer Schedulenbesteuerung zulässig ist, bedarf es aus verfassungsrechtl. Sicht einer besonderen Rechtfertigung, Aktiengeschäfte wiederum anders als die übrigen Einkünfte aus Kapitalvermögen zu behandeln. Im Kern begründet der Gesetzgeber die Sonderregelung für Verluste aus Aktiengeschäften mit einem rein fiskalischen Argument, indem er auf die „abstrakt drohenden Hauhaltsrisiken“ abstellt. Allein das Fiskalinteresse des Staates stellt aber keinen verfassungsrechtl. Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung dar (BVerfG v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60; v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766; glA ENGLISCH, StuW 2007, 221). Auch die Rechtfertigung, die der BFH für die Verfassungsmäßigkeit der eingeschränkten Verrechnbarkeit von Verlusten gem. § 23 Abs. 3 Satz 8 aF angeführt hat, kann auf die Neuregelung uE nicht übertragen werden. Der BFH sah in der Möglichkeit, Verluste innerhalb der Haltefrist des § 23 aF zu realisieren, Gewinne dagegen erst nach Ablauf der Frist und somit stfrei vereinnahmen zu können, eine Missbrauchsmöglichkeit, der der Gesetzgeber mit einer Verlustverrechnungsbeschränkung begegnen durfte (BFH v. 18.10.2006 – IX R 28/05, BStBl. II 2007, 259). Da für nach 2008 angeschaffte Aktien die Veräußerung unabhängig von einer Haltefrist stpfl. ist, kann die Verrechnungsbeschränkung nicht mehr als Norm zur Missbrauchsbekämpfung gerechtfertigt werden. Somit sind verfassungsrechtl. Zweifel an der restriktiven Verrechnungsbeschränkung des Abs. 6 Satz 5 durchaus gerechtfertigt.

Einbeziehung von Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1: Die Einbeziehung von Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 in die Abgeltungsteuer ist uE verfassungswidrig (ENGLISCH, StuW 2007, 221; INTEMANN, DB 2007, 1658; aA ECKHOFF FR 2007, 989; KORN/KOSS, § 32d Rn. 16). Private Gewinnausschüttungen, die der Abgeltungsteuer unterliegen, werden im Verhältnis zu betrieblichen Gewinnausschüttungen, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, schlechter gestellt (Loos, DB 2007, 704; RÄDLER, DB 2007, 988). Bei einer Zusammenschau beider Besteuerungsebenen werden Dividendenzahlungen unter dem Regime der Abgeltungsteuer und dem Regime des Teileinkünfteverfahrens mit einem annähernd gleichen Steuersatz belegt (BTDrucks. 14/2683, 96). Dennoch können Aufwendung im Rahmen der Teileinkünfteverfahrens zu 60 % abgezogen werden, während für abgeltungsbesteuerte Gewinnausschüttungen ein WKAbzug nach Abs. 9 ausgeschlossen. Teileinkünfteverfahren und Abgeltungsteuer folgen unterschiedlichen Besteuerungskonzepten, weil im Teileinkünfteverfahren die Vor-

belastung des ausgeschütteten Gewinns mit KSt. berücksichtigt wird, während die Vorbelastung bei der Abgeltungsteuer unberücksichtigt bleibt. Auch wenn man mit dem BVerfG annimmt, dass die Berücksichtigung einer Vorbelastung verfassungsrechtlich nicht geboten ist (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766), ist ein nebeneinander zweier unterschiedlicher Besteuerungssysteme für wirtschaftlich identische Einnahmen nicht verfassungsgemäß. Eine Differenzierung allein aufgrund der Zuordnung zu verschiedenen Einkunftsarten ist verfassungsrechtlich nicht zulässig (BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88). Ein besonderer sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich (glA OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322). Ein sachlicher Grund kann auch nicht in der Einführung einer Schemulenbesteuerung gesehen werden, weil die Sonderbehandlung privater Kapitaleinkünfte deren Besserstellung durch niedrige Besteuerung erreichen will, Dividendenzahlungen durch die Integration in das System der Abgeltungsteuer aber gerade schlechter gestellt werden (INTEMANN, DB 2007, 1658). Auch die (nicht belegte) Annahme, private Kapitalanleger würden eine Investition seltener fremdfinanzieren als dies im betrieblichen Bereich erfolgen würde (so ECKHOFF, FR 2007, 989), stellt keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund dar.

Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 dürften daher uE nicht in die Abgeltungsteuer einbezogen werden (glA ENGLISCH, StuW 2007, 221 auch unter Aspekt, dass die Gleichbehandlung von vorbelasteter Gewinnausschüttung und unbelasteten Zinseinkünften unzulässig sei; glA LOOS, DB 2007, 704; aA KORN/KOSS, § 32d Rn. 17). An diesem Befund ändert auch die Optionsmöglichkeit des § 32d Abs. Nr. 3 nichts, die auf Antrag den Weg ins Teileinkünfteverfahren eröffnet, wenn der Stpfl. zu mindestens 25 % an einer KapGes. beteiligt ist oder zu mindestens 1 % an einer KapGes. beteiligt und beruflich für diese tätig ist. Denn diese Optionsmöglichkeit kann aufgrund seines engen Anwendungsbereichs nur in einer kleineren Zahl von Fällen die Anwendung der Abgeltungssteuer verhindern.

E. Geltungsbereich des § 20

I. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

9

Die Vorschrift gilt sowohl für die ESt. als auch für die KSt. (§ 8 Abs. 1 KStG). StSubjekt ist grds. der Inhaber der Kapitalbeteiligung oder derjenige, der Inhaber eines Kapitalvermögens ist, das einem Dritten zur Nutzung gegen Entgelt überlassen wird. Seit VZ 2009 nicht mehr allein die Früchte einer Kapitalbeteiligung (Gewinnausschüttungen) oder eine Kapitalüberlassung auf Zeit (Zinsen), sondern neben den Einnahmen aus Stillhaltergeschäften auch die realisierten Erlöse aus einer Veräußerung der Kapitalbeteiligung, sonstiger, verbrieft oder unverbrieft Kapitalforderungen und die Erlöse aus Termingeschäften. Mit Einführung der abgeltenden KapErtrSt. gibt es im Bereich des § 20 keine nicht stbaren lfd. oder einmaligen Kapitalerträge oder Veräußerungseinnahmen.

II. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

10

Schrifttum: MITTELBACH, Freianteile ausländischer Kapitalgesellschaften, FR 1960, 267; KOSS, Die Besteuerung der ausländischen Wertpapiererträge, StWa. 1960, 133; VESELY/KUMPF, Stille Beteiligung ausländischer Gesellschafter an der „eigenen“ GmbH, RIW/AWD 1977, 309; KESSLER, Beschränkte Einkommensteuerpflicht bei Einkünften aus Ka-

pitalvermögen, das durch Grundschuldvormerkung auf ausländischen Grundstücken gesichert ist?, FR 1979, 57; Lotz/WREDE, Die Grenzen der Fremdfinanzierung der Kapitalgesellschaften unter Beteiligung von Ausländern, JbFStR 1979/80, 434 und 451; STURM, Die Besteuerung von Dividenden und Zinsen aus ausländischen Wertpapieren, WM 1979, 457; STRECK, Immobilieninvestitionen von Ausländern im Inland durch Einschaltung einer ausländischen Kapitalgesellschaft, BB 1984, 1999.

Für beschränkt Steuerpflichtige gilt § 20 nur in eingeschränktem Maße. Inländische Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. beschr. EStPflicht (§ 1 Abs. 4) liegen im Rahmen des Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 6 sowie Abs. 2 nur vor, wenn der Schuldner der Erträge seinen Wohnsitz, die Geschäftsleitung oder seinen Sitz im Inland hat (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a). Gleiches gilt für Einnahmen aus Wandelanleihen und Gewinnobligationen. Abweichend davon bestehen Besonderheiten für Investorserträge iSd. Abs. 1 iVm. §§ 2 und 7 InvStG (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa und bb). Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7 gelten nur, wenn die Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c vorliegen.

Weitere Anwendungsbeschränkungen ergeben sich aus den DBA. Für Erträge aus der Beteiligung an KapGes. (Gewinnanteile, Dividenden) sehen die DBA idR vor, dass die Erhebung der ESt. im Abzugswege (an der Quelle) gestattet bleibt, obgleich das Besteuerungsrecht für derartige Einnahmen grds. dem Wohnsitzstaat zustehen soll. Dieser Quellenabzug erfolgt im Inland in Form des KapErtrStAbzugs. Soweit ein DBA den StAbzug einschränkt, ist nach § 44b Abs. 1 Satz 1 eine Erstattung der zunächst einbehaltenen KapErtrSt. vorgesehen. Für die Erstattung gelten besondere Friste, die nicht verlängerbar sind (§ 44b Abs. 3 Satz 2).

Einnahmen aus ausländischem Kapitalvermögen, zB Gewinnanteile aus ausländischen KapGes., Zinsen aus Auslandsanleihen, werden von § 20 erfasst. Für sie gilt – allerdings in der Regel im Veranlagungswege (vgl. § 32d Abs. 3) – ebenfalls dem Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1. Die inländische Besteuerung ist grds. unabhängig davon, ob die Einnahmen bereits im Ausland besteuert wurden. Ausländische Quellensteuer wird nach § 32d Abs. 5 iVm. § 34c auf die abgeltende KapErtrSt. bis zur Höhe der deutschen St. angerechnet; s. dazu § 32d Anm. 71 f. Abweichende Regelungen können sich aus DBA ergeben.

F. Verhältnis des § 20 zu anderen Vorschriften

11

I. Verhältnis zu anderen Einkunftsarten

Einkünfte iSd. § 20 stammen grds. aus der privaten Beteiligung an Körperschaften oder aus der Nutzungsüberlassung von Kapitalvermögen gegen Entgelt sowie der Veräußerung von Kapitalanlagen und der Veräußerung gleichgestellte Vorgänge, wie zB Einlösung, Rückzahlung, Abtretung und verdeckter Einlage in PersGes. Bei Zugehörigkeit zu den betrieblichen Einkunftsarten und zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehen diese Einkunftsarten entsprechend der Subsidiaritätsregel in Abs. 8 vor; s. Anm. 659.

Einkünfte aus Gewerbebetrieb: Geht eine Kapitalbeteiligung oder eine Kapitalforderung aus dem BV in das PV des Stpfl. über, so bilden die Erträge daraus seit dem VZ 2009 Einnahmen aus Kapitalvermögen.

Beispiel: Der Kommanditist überträgt 2009 seinen Anteil an der KG, behält aber das der KG gewährte Darlehen zurück. Die Darlehenszinsen fallen nach Übertragung des Anteils unter Abs. 1 Nr. 7 Satz 1.

Veräußerungsgewinne werden seit Einführung der Abgeltungsteuer von Abs. 2 erfasst; zur Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen s. Anm. 510 ff., zur Veräußerung einer stillen Beteiligung Anm. 490 ff. Der Veräußerungsgewinn einer wesentlichen Beteiligung wird über § 17 als Einkünfte aus Gewerbebetrieb erfasst. Diese Vorschrift gilt im Fall der Auflösung und Kapitalherabsetzung entsprechend (§ 17 Abs. 4); nach § 17 Abs. 4 iVm. Abs. 1 Nr. 2 allerdings nur, soweit im Fall der Liquidation oder Kapitalherabsetzung die Bezüge als Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 KStG gelten.

Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung: Zinsen aus der Anlage einer Instandhaltungsrücklage gehören nur dann zu den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 7, wenn die Rücklage für die Instandhaltung einer selbstgenutzten Immobilie gebildet wird. Bei vermieteten Immobilien dagegen gehören Zinserträge uE zu den Einnahmen iSd. § 21; Einzelheiten s. Anm. 510.

Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit: Das Verhältnis von § 20 zu § 19 wird in Abs. 8 nicht geregelt. Die Zuordnung der Einnahmen wird wesentlich davon bestimmt, wodurch sie veranlasst sind. Bei Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis führen die Einnahmen zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19). Sind die Einnahmen dagegen durch eine Kapitalüberlassung veranlasst, so gehören sie zu Abs. 1 oder 2. Zinsen, die auf ein im Betrieb des ArbG aus Arbeitslohn gebildetes Darlehen entfallen, sind Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7 (FG Nbg. v. 27.6.1978, EFG 1979, 23, rkr.); zu Einnahmen bei Doppelstellung des stillen Gesellschafters s. Anm. 670; zu Zinsen aus Arbeitnehmerdarlehen s. Anm. 670. Überhöhte Tätigkeitsvergütungen eines GesGf. einer KapGes. sind in angemessenes Arbeitsentgelt (Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit iSd. § 19) und vGA (Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Satz 2) aufzuteilen; s. Anm. 85 ff.

Sonstige Einkünfte (§§ 22, 23) sind gegenüber § 20 ihrerseits subsidiär (§ 22 Nr. 1 Satz 1, Nr. 3 Satz 1 und § 23 Abs. 3). Bei Leibrenten gehören die Einnahmen aus dem Rentenrecht (Unterschiedsbetrag) nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, sondern fallen unter § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa (s. Anm. 235 und § 22 Anm. 301 ff.). Dies gilt ebenso für den Ertragsanteil (Zinsanteil) iSd. § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb. Dagegen gehören Renten aus Rentenschulden iSd. § 1199 BGB zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 5); s. Anm. 235.

II. Verhältnis zum InvStG und REITG

12

§ 20 ist nicht nur die materiell-rechtl. Grundnorm für die Besteuerung der in Abs. 1 und 2 aufgeführten Einnahmearten, sondern auch Rechtsgrundlage für die in den beiden Spezialgesetzen InvStG v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2676) und REITG v. 28.5.2007 (BGBl. I 2007, 914) normierten StPflcht von in- und ausländischen Investorserträgen (§ 2 Abs. 1 InvStG) sowie Erträgen aus der Beteiligung an einer REIT-AG, anderen REIT-Körperschaften oder REIT-PersGesell. (§ 19 REITG). Sowohl § 2 Abs. 1 InvStG als auch § 19 Abs. 1 und 2 REITG stellen Sonderregeln für die Besteuerung der Anteilinhaber dar. Die Anteilserträge (laufende und einmalige) gehören zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Satz 1 soweit sie im PV gehalten werden.

III. Verhältnis zu Steuerermäßigungen und Steuerbefreiungen

Steuerermäßigungen gibt es für bestimmte Nutzungsvergütungen, die für die Inanspruchnahme von Grundstücken für öffentliche Zwecke gezahlt werden und für Zinsen auf Entschädigungen, die mit der Inanspruchnahme von Grundstücken für öffentliche Zwecke zusammenhängen (§§ 24 Nr. 3, 34 Abs. 1 und 2 Nr. 3).

Verhältnis zu § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d: Das in § 3 Nr. 40 geregelte Halbeinkünfteverfahren betraf bis 2008 lediglich die Ermittlung der Höhe der stpfl. Einnahmen im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen, nicht aber die StBarkeit der Gewinnausschüttungen an sich. Der Begriff „Halbeinkünfteverfahren“ war deshalb irreführend. Nicht die Hälfte der Einkünfte, sondern die Hälfte der stbaren Einnahmen war der Ermittlung der stpfl. Einkünfte zu Grunde zu legen. Dividendeneinnahmen und Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 waren bei natürlichen Pers. und PersGes. somit zur Hälfte stfrei. Das galt unabhängig davon, ob die ausschüttende KapGes. die auf die ausgeschütteten Gewinne entfallende KSt. ihrerseits bezahlt hat oder nicht, und unabhängig davon, ob die Anteile im PV oder BV gehalten werden (§ 3 Nr. 40 Satz 2 aF). Mit Einführung der abgeltenden KapErtrSt. auf Kapitaleinkünfte zum 1.1.2009 mit einem einheitlichen StSatz von 25 % ist das Halbeinkünfteverfahren für Gewinnausschüttungen und Einnahmen aus der Veräußerung von Kapitalbeteiligungen iSd. Abs. 1 entfallen, soweit die Kapitalanlage im PV gehalten wird. Für betriebl. Einnahmen gilt ab 2009 das sog. Teileinkünfteverfahren.

Steuerbefreiungen: Die StFreiheit für Zinsen aus bestimmten vor dem 1.1.1955 ausgegebenen festverzinslichen Wertpapieren (sog. Sozialpfandbriefe) nach § 3a aF ist mit Ablauf 1991 durch das StÄndG 1992 v. 28.2.1992 entfallen. BVerfG v. 5.2.2002 – 2 BvR 305, 348/93 (FR 2002, 1011) hat die Aufhebung der StBefreiung für verfassungsrechtl. unbedenklich erklärt. Die Aufhebung der StFreiheit von Zinsen aus bestimmten festverzinslichen Wertpapieren schränkt die allgem. Handlungsfreiheit und das Recht auf Gleichbehandlung im StRecht nicht unverhältnismäßig ein. Der durch Aufhebung von § 3a aF eingetretene Kurs- und Wertverlust von Sozialpfandbriefen verletzt weder die Eigentumsfreiheit noch das Vertrauensschutzprinzip.

IV. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer

Kapitalerträge mit Steuerabzug: Kapitalerträge unterliegen, soweit sie im Katalog des § 43 Abs. 1 enthalten sind, dem KapErtrStAbzug. Die KapErtrSt. ist seit 1.1.2009 grds. nicht mehr Vorauszahlung auf die ESt. Sie hat nunmehr nach § 43 Abs. 5 Satz 1 abgeltende Wirkung. Mit dem StAbzug durch den Schuldner oder die die Kapitalerträge auszahlenden Stellen regelmäßig die Kreditinstitute, ist die auf die Kapitaleinkünfte entfallende ESt. abgegolten, für beschr. Stpfl. § 50 Abs. 5 Satz 1. Kapitalerträge gehen damit grds. nicht mehr in die Veranlagung ein, es sei denn, dass einer der in § 43 Abs. 5 Satz 2 normierten Ausnahmefälle gegeben ist:

- bei Zurechnung zu anderen Einkunftsarten nach Abs. 8,
- bei einem persönlichen StSatz unter 25 % (Günstigerprüfung nach § 32d Abs. 6),
- bei Antrag auf Veranlagung für Erträge iSd. Abs. 1 und 2 aus unternehmerischen Beteiligungen iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 3.

Kapitalerträge ohne Steuerabzug: Kapitalerträge, die nicht dem StAbzug unterliegen haben, sind nach § 32d Abs. 3 weiterhin zu erklären und werden in einer besonderen, neben der allg. Veranlagung stehenden Veranlagung zum Abgeltungssteuersatz von 25 % besteuert. Dazu gehören ua Erträge, die über ein Konto/Depot bei einem ausländ. Kreditinstitut bezogen werden, Zinseinnahmen aus Darlehensverträgen unter Privatpersonen oder StErstattungszinsen des FA iSd. § 233a AO.

Die Aufzählung in § 43 Abs. 1 ist enger als die der zu Einkünften aus Kapitalvermögen führenden Einnahmen in § 20. KapErtrSt. wird von folgenden inländischen und – seit 1.1.2009 – bestimmten ausländischen Kapitalerträgen (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, 7 Buchst. a sowie Nr. 8 bis 12 und Satz 2) einbehalten:

- Abs. 1 Nr. 1 und 2 (§ 43 Abs. 1 Nr. 1, Gewinnausschüttungen),
- Abs. 1 Nr. 4 (§ 43 Abs. 1 Nr. 3, Erträge aus stiller Beteiligung),
- Abs. 1 Nr. 6 (§ 43 Abs. 1 Nr. 4, Versicherungserträge),
- Abs. 1 Nr. 7 (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 und 7, Zinsen aus Kapitalforderungen),
- Abs. 1 Nr. 11 (§ 43 Abs. 1 Nr. 8, Stillhalterprämien),
- Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und 2 (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, Veräußerung von Kapitalbeteiligungen),
- Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b und Nr. 3 und 4 (§ 43 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10, Veräußerung von Kapitalforderungen),
- Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11, Termingeschäftsgewinne),
- Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Übertragung oder Aufgabe von bestimmten Rechtspositionen)

Von allen übrigen in § 20 genannten oder zu den Kapitalerträgen rechnenden Einnahmen wird keine KapErtrSt. einbehalten. Der Abzug unterbleibt ferner, wenn Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge oder die die Erträge auszahlende Stelle im Zeitpunkt des Zufließens dieselbe Person sind (§ 43 Abs. 2 Satz 1), wenn bei bestimmten Kapitalerträgen (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, 7 und 8–12) der Gläubiger der Erträge ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut ist (§ 43 Abs. 2 Satz 2).

V. Verhältnis zu § 32d

15

Zum 1.1.2009 wurde die abgeltende KapErtrSt. (Abgeltungsteuer) auf Einkünfte aus Kapitalvermögen eingeführt. Durch die abgeltende Wirkung des KapErtrStAbzugs soll das Veranlagungsverfahren entlastet werden und eine StVereinfachung bei der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte erreicht werden. Kernstück der Abgeltungsteuer ist die Einführung eines gesonderten, linearen Steuertarifs für Einkünfte aus Kapitalvermögen in § 32d Abs. 1, während es für die übrigen sechs Einkunftsarten bei dem allgemeinen, progressiven StTarif bleibt. Damit wird das System der synthetischen ESt. – das allerdings auch zuvor nicht durchbrechungsfrei galt – aufgegeben und eine duale ESt. eingeführt. Was materiell-rechtlich in die Schedule der Einkünfte aus Kapitalvermögen gehört, bestimmen nach wie vor § 20 und die Sondervorschriften des InvStG und REITG. § 20 wurde mit der UntStReform 2008 neu gefasst und nimmt in Abs. 2 nunmehr die Veräußerungstatbestände der § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 4 aF auf, zumindest soweit es die Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen betrifft. Die Einnahmen aus der Veräußerung sonstiger Wirtschaftsgüter

des PV, die keine Kapitalforderungen sind, wie zB. Edelmetalle, Münzen oder Schmuck, wird weiterhin unter Beibehaltung der bisherigen Jahresfrist in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erfasst.

16

VI. Verhältnis zu § 8b KStG

Ausschüttungen oder gleichgestellte Leistungen einer KapGes. an ein anderes KStSubjekt als Ausschüttungsempfänger (Gläubiger) sind als Folge des Systemwechsels von Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren bzw. ab 1.1.2009 zum Teileinkünfteverfahren immer in voller Höhe ertragst-, nicht aber kapertstrfrei, da es sonst zu einer echten Doppelbelastung der Ausschüttung kommen würde. Die StBefreiung umfasst Dividenden, Ausbeuten, sonstige Bezüge ua (§ 8b Satz 1 und 2 KStG). Die StFreistellung der Dividenden gilt auch dann, wenn die Beteiligung an der ausschüttenden KapGes. mittelbar über eine PersGes. gehalten wird (§ 8b Abs. 6 Satz 1 KStG).

17

VII. Verhältnis zum KapErhStG

Das KapErhStG v. 10.10.1967 (BGBl. I 1967, 977), idF v. 1.1.1977 enthält eine spezielle Regelung zu Abs. 1 Nr. 1. Es regelt die Folgen einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und ordnet in § 1 die Kapitalerhöhung den nicht stbaren Einnahmen zu, nachdem die Rspr. ursprünglich in der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln stpfl. Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 gesehen hatte (BFH v. 17.9.1957 – I R 165/54 S, BStBl. III 1957, 401; v. 1.8.1958 – VI 13/57 U, BStBl. III 1958, 390; v. 5.4.1978 – I 164/75, BStBl. II 1978, 414; v. 27.3.1979 – VIII R 147/76, BStBl. II 1979, 590). Darüber hinaus werden andere Vorgänge (§ 7 Abs. 2 Satz 3 KapErhStG) weiterhin als stpfl. Gewinnanteile iSd. Abs. 1 Nr. 1 behandelt.

Für die Beteiligung an ausländischen KapGes. gilt das KapErhStG nur mit gewissen Einschränkungen (§ 7 Abs. 1 KapErhStG). Ersetzen Freiakten einer ausländ. AG entsprechend einem vereinbarten Wahlrecht die Bardividende, unterliegen sie als Einnahmen aus Kapitalvermögen der Einkommensteuer nach Abs. 1 Nr. 1 EStG; die Voraussetzungen der §§ 1, 7 KapErhStG für einen steuerfreien Erwerb der Anteile liegen insoweit nicht vor. Nach BFH v. 14.2.2006 – VIII R 49/03 (BStBl. II 2006, 520, mit Anm. JACHMANN jurisPR-steuerR 29/2006) spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Wert der Freiakten zumindest dem Betrag der „ersetzten“ Bardividende entspricht.

18 Einstweilen frei.

G. Zurechnung der Einkünfte aus § 20

Schrifttum: RUPPE, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung, in TIPKE (Hrsg.), Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht, 2. Aufl. 1979 (DStJG 1) S. 7; MEINCKE, Zivilrechtliche Vorfragen bei der einkommensteuerrechtlichen Übertragung von Einkunftsquellen aus der Sicht des Zivilrechtlers, DStJG 1 (1979) S. 69; L. SCHMIDT, Subjektive Zurechnung von Einkünften, StJb. 1980/81 S. 115; BIERGANS/STOCKINGER, Der Einkommensbegriff und zur persönlichen Zurechnung von Einkünften im Einkommensteuerrecht, FR 1982, 1 und 25; STADIE, Die persönliche Zurechnung von Einkünften, 1983; HEIDNER, Die rechtsgeschäftliche Treuhand im Steuerrecht, DStR 1989, 305; SCHOLTZ, Zurechnung von Einkünften aus Kapital-

vermögen insbesondere bei Veräußerung von Kapitalanlagen, DStZ/A 1990, 523; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin 1993 RdNr. 45–69; RAUPACH, Die Frage der Zurechnung im Steuerrecht als Problem der Tatbestandsverwirklichung, FS Beisse, Düss. 1997 S. 403 ff.; ROBERTZ, Die persönliche Zurechnung von Vermögensinkünften, Münster 2004; weiteres Schrifttum s. § 2 vor Anm. 100.

I. Allgemeine Zurechnungsgrundsätze

19

Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der sie iSd. § 2 Abs. 1 „erzielt“; s. dazu allgem. § 2 Anm. 100–340. Das ist nach allgem. Grundsätzen derjenige, der durch Nutzung von Kapitalvermögen bis zur Veräußerung als letztem Akt dieser Nutzung als Inhaber einer verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderung oder als Anteilseigner am Marktgeschehen teilnimmt. In der Rspr. war lange Zeit umstritten, ob diese Zurechnung nach den allgem. Grundsätzen alle in § 20 aufgezählten Tatbestände erfasst; nach Auffassung des I. Senats wird bei Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2 der Tatbestand allein dadurch verwirklicht, dass der Anteilsinhaber im Rahmen seiner Mitgliedschaftsrechte Bezugsberechtigter an den von der Gesellschaft ausgeschütteten Gewinnanteile und sonstigen Bezüge ist (s. Anm. 60 ff.). Mit der Einfügung des früheren Abs. 2a (jetzt Abs. 5) in § 20 durch das StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I 1993, 1853; BStBl. I 1993, 774) ist der Gesetzgeber dieser Auffassung gefolgt. Danach erzielt derjenige Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2, dem die Anteile am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses nach § 39 AO zuzurechnen sind (s. Anm. 21, s. dazu die Kritik in Anm. 20). Damit erhält der Zurechnungstatbestand des § 39 AO, der sich seinem Wortlaut nach lediglich auf WG erstreckt und für die Einkunftserzielung allenfalls indizielle Bedeutung hat, unmittelbare Anwendbarkeit auf Einkünfte aus Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 (s. dazu Anm. 60 ff.). Bis zu dieser gesetzlichen Regelung war in Schrifttum und Rechtsprechung streitig, nach welchen Grundsätzen die persönliche Zurechnung von Beteiligungserträgen zu erfolgen habe (zum Streitstand s. ua. BFH v. 30.4.1991 – VIII R 38/87, BStBl. II 1991, 574 u. v. 14.12.1999 – VIII R 24/99, BFH/NV 2000, 707; FG Ba.-Württ., Außensenate Freiburg, v. 15.9.1993 – 2 K 99/89, rk, EFG 1994, 353; KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. B 11 bis B 27). Unterschiedlich beurteilt wurde vor allem, ob eine von der Regel des § 101 BGB abweichende Vereinbarung der Berechtigten auch für die estrechtl. Zurechnung von Einkünften zu beachten ist. Darüber hinaus wurde – vor allem für die Beteiligungserträge iSv. Abs. 1 Nr. 1 und 2 – aber auch die Regel des § 101 Nr. 2 Halbs. 2 BGB selbst – als unbeachtlich angesehen; die Erträge bestimmten sich nach dem zwischen der KapGes. und dem jeweiligen Gesellschafter bestehenden Rechtsverhältnis und seien deshalb demjenigen zuzurechnen, der bei Entstehung einer Dividendenforderung bezugsberechtigter Gesellschafter sei (so ua. die Rspr. des I. Senats des BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399, u. v. 17.12.1997 – I R 30/97, BFH/NV 1998, 1093, sowie KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. B 26 f., mwN).

II. Bedeutung der allgemeinen Zurechnungsgrundsätze für § 20

20

Nach allgem. Grundsätzen (s. dazu § 2 Anm. 100–340) sind Einkünfte dem StSubjekt zuzurechnen, das den objektiven StTatbestand verwirklicht, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (§ 3 Abs. 1, § 38 AO), dh. dem Stpfl., der

die Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 „erzielt“. Betriebl. Einkünfte und Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit werden durch Tätigkeiten, Einkünfte aus Vermögensverwaltung aufgrund von Rechtsverhältnissen erzielt, wie die Formulierung in § 24 Nr. 2 zeigt. Gemeinsamer Oberbegriff ist der der Leistung (vgl. § 22 Nr. 3). Das EStG knüpft für die Besteuerung regelmäßig an die durch Leistungen des Stpfl. eingetretene Erhöhung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit an (Leistungsfähigkeitsprinzip, vgl. § 2 Anm. 125). Im Anschluss an RUPPE (DStJG 1 S. 18) sind die Einkünfte demjenigen zuzurechnen, der „über die Leistungserstellung disponieren kann, dh. die Möglichkeit hat, Marktchancen zu nutzen, Leistungen zu variieren, im Extremfall auch zu verweigern, indem er seine Tätigkeit einstellt, Kapital zurückzieht, Mietverhältnisse kündigt etc.“ Soweit RUPPE den Vermögenszuwachs und die Verfügungsmacht darüber als „einkommensteuerlich irrelevant“ erklärt hat, (DStJG 1 S. 16) gilt dies seit der Erweiterung des Abs. 2 um die Veräußerungstatbestände ab 2009 nicht mehr.

Teilnahme am Marktgeschehen: Folgerichtig knüpfen WASSERMEYER (StuW 1988, 283; KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. B 11, 22) und SEIBOLD (StuW 1990, 165) in Anlehnung an RUPPE (aaO) für die Zurechnung von Einkünften am Kapitalvermögen daran an, wer durch Nutzung von Kapitalvermögen am Marktgeschehen teilnimmt (kritisch dazu SCHOLTZ, DStZ/A 1990, 523 u. 547). Das sei derjenige, für dessen Rechnung das Kapital zur Erzielung von Erträgen ursprünglich hingegeben worden sei. Solange dieser die Rechtsstellung des Gläubigers aus dem betreffenden Rechtsverhältnis (zB Darlehen) bekleide, seien ihm die Erträge zuzurechnen, unabhängig davon, wann die Erträge gezahlt und wem sie tatsächlich zugeflossen sind (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. B 22). Erst mit Übertragung aller Gläubigerrechte, nicht bereits mit Übertragung (Abtretung) des Anspruchs auf die Kapitalerträge, nehme der Rechtsnachfolger am Marktgeschehen teil, mit der Folge, dass nun ihm die Erträge zuzurechnen seien. Im Hapimag-Urteil (BFH v. 21.5.1986 – I R 190/81, BStBl. II 1986, 815) hatte der I. Senat des BFH betont, der Gesellschafter einer KapGes., der eine Bar- oder Sacheinlage leiste, übertrage bei der Erfüllung seiner Einlageverpflichtung auf die KapGes. Kapital weder „zur Nutzung“ noch „gegen ein Nutzungsentgelt“. Entsprechend bemerkt KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. B 27, es sei mit der Struktur einer KapGes. unvereinbar, den Gewinnanteil des Gesellschafters als Entgelt für eine Kapitalüberlassung auf Zeit zu verstehen. Das Beispiel einer vom Gesellschafter zu erbringenden Sacheinlage macht nach Auffassung von WASSERMEYER deutlich, dass dieselbe endgültig als gebundenes Kapital in das Vermögen der KapGes. übergeht und während der Dauer der Mitgliedschaft kein Rückgewähranspruch besteht. Diese Besonderheit zwingt dazu, eine Dividende iSd. Abs. 1 Nr. 1 dem Gesellschafter zuzurechnen, der im Zeitpunkt der Entstehung des konkreten Dividendenanspruchs Gesellschafter sei; so auch Abs. 5 (s. Anm. 600 ff.).

Stellungnahme: Richtig ist uE, dass sich die Gesellschafterstellung nicht auf eine entgeltliche Nutzungsüberlassung von Kapital auf Zeit reduzieren lässt. Richtig ist zudem, dass der Gesellschafter im Rahmen seiner umfassenden Gesellschafterstellung verpflichtet ist, eine Einlage zu leisten, die die KapGes. zur Bildung von Eigenkapital verwendet und dass § 20 diesen Vorgang der entgeltlichen Kapitalüberlassung auf Zeit den Fällen der Abs. 1 Nr. 4–8 gleichstellt. Diese Gleichstellung kommt im Übrigen auch in der Formulierung des Abs. 3 zum Ausdruck, wonach „besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den in Absätzen 1 und 2 bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden“ unterschiedslos zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören. § 20 betrachtet

also einheitlich die in den Tatbeständen der Nr. 1 und Nr. 2 sowie Nr. 4 bis Nr. 8 aufgezählten Einnahmen als Erträge eines Kapitalvermögens ohne Rücksicht auf die ihnen zugrundeliegenden unterschiedlichen Rechtsverhältnisse und den dementsprechend unterschiedlichen Nexus, der zwischen Kapitalanlage des Stpfl. einerseits und Kapitalverstärkung beim Empfänger andererseits besteht. Dagegen wird verstoßen, wenn Einnahmen aus Kapitalvermögen nur deswegen dem Stpfl. zugerechnet werden, weil er im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses Gesellschafter ist. Denn damit wird der von § 20 zwar rechtl. unterschiedlich gestaltete aber wirtschaftl. gleichbehandelte Nexus zwischen Kapitalanlage und Kapitalzuführung völlig verlassen. Die Auffassung des I. Senats des BFH verkennt uE auch, dass bei allen Tatbeständen des Abs. 1 die AK der Kapitalanlage und der Betrag der Kapitalverstärkung keineswegs identisch sein müssen, auch nicht in den Fällen einer Darlehensgewährung. Denn je nach wirtschaftlicher Lage des Gläubigers und nach Höhe der Verzinslichkeit im Verhältnis zum Durchschnittszinssatz mag auch der Erwerber einer Darlehensforderung einen höheren oder niedrigeren Betrag aufwenden als der ursprüngliche Darlehensgeber. Damit erklärt sich zugleich auch, dass in Wahrheit die Sacheinlage in die Kapitalrücklage keine Besonderheit darstellt. Der Gesellschafter macht nachträgliche AK auf seine Beteiligung, erwirbt aber keine neue (zusätzliche) Kapitalanlage.

Zurechnung von Stillhalterprämien iSd. Abs. 1 Nr. 11: Einnahmen aus Stillhaltergeschäften sind erst mit Einführung der Abgeltungsteuer und Umgestaltung des § 20 in den Bereich der Kapitaleinnahmen gelangt. Für die Vereinnahmung der Stillhalterprämien gelten die allgem. Zurechnungsregeln des § 2 Abs. 1 (s. § 2 Anm. 125 ff.); danach sind demjenigen die Einnahmen aus Stillhalterprämien zuzurechnen, der den Tatbestand eines Stillhaltergeschäfts verwirklicht. Das ist derjenige, der am Markt ein Optionsgeschäft eingeht und daraus eine Prämie erhält.

Zurechnung der Einnahmen aus der Veräußerung von Kapitalanlagen: s. § 23 Anm. 25.

III. Verhältnis zu anderen Zurechnungsvorschriften

1. Verhältnis zu § 39 AO

21

§ 39 AO gilt unmittelbar nur für die Zurechnung von Wirtschaftsgütern auf den rechtlichen und bei abweichendem wirtschaftlichen Eigentum auf den wirtschaftlichen Eigentümer. Folgt man der Auffassung, dass sich die Einkünftezurechnung im EStRecht nach der Dispositionsbefugnis über die der Einkünfterzielung zugrundeliegenden Leistung richtet (sog. Markteinkommenstheorie, s. Anm. 20), dann kommt es darauf an, worin die Tatbestandsverwirklichung bei den verschiedenen Tatbeständen des § 20 gesehen wird. Nach der früheren Rspr. des BFH (Anm. 19), insbesondere der Rspr. des VIII. Senats, ist Gegenstand sämtlicher Tatbestände des § 20 die entgeltliche Überlassung von Kapital zur Nutzung auf Zeit.

Tatbestände des Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2: Der Gesetzgeber ist dem I. Senat des BFH durch Einfügung des Abs. 2a (jetzt Abs. 5) gefolgt (s. Anm. 600 ff.). Danach richtet sich die Zurechnung der Einkünfte gem. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 nach § 39 AO.

- ▶ *Halten der Beteiligung im Auftrag und für Rechnung eines anderen* führt dazu, dass die Einnahmen dem Auftraggeber zuzurechnen sind, entscheidend ist die Dispositionsbefugnis.
- ▶ *Treuhandverhältnis*: Die Kapitalanteile und die daraus fließenden Erträge sind dem Treugeber als wirtschaftl. Eigentümer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO) zuzurechnen (Hess. FG v. 8.2.1993, EFG 1994, 397, rkr., zur Gründung einer GmbH bei Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses).
- ▶ *Sicherungseigentum*: Zurechnung beim Sicherungsnehmer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, § 159 Abs. 1 AO; BFH v. 15.12.1987 – VIII R 281/83, BStBl. II 1989, 16; v. 25.11.1986 – IX R 51/82, BFH/NV 1987, 158; v. 13.11.1985 – VIII R 263/80, BFH/NV 1987, 238).
- ▶ *Eigentumsvorbehalt*: Zurechnung beim Vorbehaltseigentümer, solange er die Rechte und Pflichten der Beteiligung trägt.
- ▶ *Zurechnung beim Pfandgläubiger*: Der Pfandgläubiger wird weder durch ein Pfandrecht nach §§ 1212, 1273 Abs. 2 BGB noch nach § 804 ZPO Anteilseigner oder Inhaber einer sonstigen Kapitalforderung. Es bleibt deshalb bei den allgemeinen Grundsätzen der Zurechnung, denn nach Abs. 5 Satz 3 gilt der Nießbraucher oder Pfandgläubiger, dem Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 zuzurechnen sind, als Anteilseigner.

Tatbestände des Abs. 1 Nr. 4–11: Soweit es bei dem Grundsatz bleibt, dass die Einkünfte demjenigen zuzurechnen sind, der über die Kapitalüberlassung am Markt disponieren kann, kommt § 39 AO lediglich indizielle Bedeutung zu (vgl. LANG/SEER, FR 1992, 640). Liegt keine abweichende Dispositionsbefugnis vor und weicht auch das wirtschaftl. Eigentum nicht von dem rechtlichen ab, kommt es für die zivilrechtliche Rechtsstellung auf das einzelne der Kapitalüberlassung zugrunde liegende Rechtsverhältnis an. Ist das Rechtsverhältnis in einem Wertpapier verkörpert, ist – wenn keine abweichende Dispositionsbefugnis und kein abweichendes wirtschaftliches Eigentum bestehen – die materiell-rechtl. Inhaberschaft am Wertpapier maßgebend.

- ▶ *Materiell berechtigter Inhaber eines Wertpapiers*, das ein bestimmtes Forderungsrecht in einer Urkunde verbrieft, ist nach § 793 BGB der zivilrechtl. *Eigentümer der Wertpapierurkunde*. Er ist Inhaber (Träger) des in der Urkunde verbrieften Rechts (PALANDT/THOMAS, BGB, 67. Aufl., § 793 Rn. 9) und über das Wertpapier zivilrechtl. verfügungsberechtigt. Das Eigentum an der Urkunde geht durch Begebungsvertrag zwischen dem Aussteller der Urkunde (Emittent) zunächst auf den Ersterwerber und auf jeden folgenden Inhaber über, der das Eigentum vom Vorinhaber erwirbt. Ihnen sind strechtl. die Erträge (Zinsen), die vom Aussteller auf die verbrieftete Forderung geleistet werden, für die Dauer der Eigentümerstellung zuzurechnen. Zur Berücksichtigung von Stückzinsen s. Anm. 292, 512.
- ▶ *Die Maßgeblichkeit der zivilrechtl. Eigentümerstellung* gilt auch dann, wenn das Wertpapier für einen bestimmten Zeitraum auf einen *Pensionsnehmer* entgeltlich übertragen wird (BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272) für echte Wertpapierpension). Als zivilrechtl. Inhaber des in Pension gegebenen Wertpapiers gebühren dem Pensionsnehmer die Erträge des Wertpapiers.

22 2. Verhältnis zu § 101 BGB

Die frühere Rspr. des BFH bis zur Einführung des Abs. 2a (heute Abs. 5) durch das StandOG v. 13.9.1993, insbes. die Rspr. des VIII. Senats, sah die Tatbestandsverwirklichung in allen Fällen des Abs. 1 in der entgeltlichen zeitlich be-

grenzten Kapitalüberlassung und rechnete die Einnahmen demjenigen zu, dem sie nach § 101 Nr. 2 Hs. 2 BGB zivilrechtl. gebührten (BFH v. 13.5.1980 – VIII R 63/79, BStBl. II 1981, 295; v. 13.5.1980 – VIII R 128/78, BStBl. II 1981, 299; v. 13.5.1980 – VIII R 75/79, BStBl. II 1981, 297; v. 9.3.1982 – VIII R 160/81, BStBl. II 1982, 540; v. 14.12.1999 – VIII R 24/99, BFH/NV 2000, 707). Danach waren die Einnahmen im Falle der Rechtsnachfolge zwischen Veräußerer und Erwerber entsprechend der Dauer der Berechtigung aufzuteilen. Da § 101 BGB abweichende Regelungen zulässt, folgte die Rspr. auch mit stl. Wirkung abweichenden Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Erwerber, sofern kein Missbrauch iSd. § 42 AO nachweisbar ist. Von § 101 Nr. 2 Halbs. 2 BGB abweichende vertragliche Regelungen haben den Sinn, Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Vorschrift – insbesondere bei Nichtvorliegen von Zwischenabschlüssen, bei nichtkontinuierlicher Gewinnentstehung – Rechnung zu tragen, dass der laufende Gewinn bei Gesellschafterwechsel während des Wirtschaftsjahrs – je nach den Verhältnissen des Einzelfalls – noch ausschließlich vom Veräußerer oder umgekehrt schon weitgehend vom Erwerber und dessen Einflussnahme bestimmt ist. Gerade insoweit ermöglicht es § 101 BGB durch die Maßgeblichkeit abweichender Regelungen, dass sich die Gesellschafterstellung nicht auf eine reine Kapitalüberlassung reduziert, sondern auch gesellschaftsrechtl. Einflüsse berücksichtigt werden können.

Einstweilen frei.

23

IV. Sonderfall: Nießbrauch am Kapitalvermögen

1. Grundsätze

24

Regelungen aus Abs. 5 Satz 1 und Satz 2: Beteiligungserträge iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 sind nach Abs. 5 Satz 1 dem Anteilseigner zuzurechnen. Nach Abs. 5 Satz 2 ist Anteilseigner grds. derjenige, dem nach § 39 AO die Anteile am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind.

Regelung aus Abs. 5 Satz 3: Soweit es im Falle des Nießbrauchs am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 um die Zurechnung der Beteiligungserträge geht, „gilt“ nach Abs. 5 Satz 3 der Nießbraucher „als Anteilseigner“, wenn ihm die Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 zuzurechnen sind. Das bedeutet, dass der Nießbraucher, sollen ihm die Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2 zugerechnet werden, nach den allgem. Regeln den Tatbestand der Einkünfteerzielung verwirklichen muss (s. zum Falle der Zurechnung beim Pfandgläubiger Anm. 21 aE). Es gelten also, falls am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 ein Nießbrauch bestellt worden ist, für die Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 die gleichen Grundregeln wie für die Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4–8. Einkünfte aus Kapitalvermögen sind (wie die übrigen Einkünfte) demjenigen zuzurechnen, der über die Leistungserstellung disponieren kann, dh. die Möglichkeit hat, Marktchancen zu nutzen, Leistungen zu variieren und im Extremfall auch zu verweigern; maßgebend ist, wer durch Nutzung von Kapitalvermögen am Marktgeschehen teilnimmt (s. Anm. 19). Für die Zurechnung von Einnahmen aus mit einem Nießbrauch belasteten Kapitalvermögen heißt das, dass es auf die Teilhabe des Nießbrauchers an dem Rechtsverhältnis ankommt, auf dem die Überlassung des Kapitalvermögens (zB Mitgliedschaftsrechte an einer KapGes., Darlehen, stille Gesellschaft oder sonstige Kapitalforderungsverhältnisse) beruht.

25 **2. Nießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer**

Ist der Nießbraucher beim Nießbrauch am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlicher Eigentümer des mit dem Nießbrauch belasteten Kapitalvermögens, so ist § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO anzuwenden. Da der Nießbraucher damit Anteilseigner iSd. Abs. 5 Satz 2 ist, sind ihm nach Abs. 5 Satz 1 die Erträge iSd. Abs. 1 Nr. 1–2 zuzurechnen. Abs. 5 Satz 3 findet in diesem Fall keine Anwendung; s. auch Anm. 602; zum wirtschaftl. Eigentum des Nießbrauchers s. § 2 Anm. 201 ff. und 212.

3. Unentgeltlicher Nießbrauch26 **a) Zuwendungsnießbrauch**

Zum Begriff des Zuwendungsnießbrauchs s. § 2 Anm. 201; zur Entwicklung der Rspr. und des Meinungsstands im Schrifttum § 2 Anm. 202 ff.

Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Einkünfterzielung erfüllt (§ 2 Abs. 1 Satz 1). Den Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen erfüllt nach stRspr. des BFH, wer Kapitalvermögen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegen Entgelt zur Nutzung überlässt (BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272; v. 22.8.1990 – I R 69/89, BStBl. II 1991, 38; v. 26.11.1997 – X R 114/94, BStBl. II 1998, 190; v. 29.3.2001 – IV R 71/99, BFH/NV 2001, 1251). Das ist derjenige, der die rechtl. und tatsächliche Macht hat, das in Abs. 1 Nr. 1–7 genannte Kapitalvermögen entgeltlich auf Zeit zur Nutzung zu überlassen. Bezogen auf die Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 5 (Einkünfte aus Kapitalvermögen) ist das Rechtsverhältnis maßgebend, auf dem die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung beruht. Es kommt nicht darauf an, wer zivilrechtl. (zB aufgrund einer Abtretung gem. § 398 BGB oder aufgrund einer Nießbrauchsbestellung gem. § 1068 BGB) Gläubiger der Kapitalerträge ist, sondern darauf, wer sie im strechtl. Sinn nach § 2 Abs. 1 erzielt (BFH v. 22.8.1990 – I R 69/89, BStBl. II 1991, 38; v. 29.3.2001 – IV R 71/99, BFH/NV 2001, 1251). Bei einer unentgeltlichen Übertragung von Kapitalerträgen sind dem zivilrechtl. Gläubiger diese Erträge nur dann stl. zuzurechnen, wenn ihm eine Dispositionsbefugnis über die Einkünftequelle eingeräumt ist und seine Rechtsposition somit über das bloße Empfangen der Einkünfte hinausgeht (WASSERMEYER, StuW 1979, 209). Nur wer in die Lage versetzt ist, Marktchancen zu nutzen, das Vermögen zu verwalten, die Modalitäten einer Kapitalanlage zu verändern oder die Leistung durch Zurückziehung des Kapitalvermögens zu verweigern, erzielt selbst Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1. Nach SCHÖN (StbJb. 1996/97, 45, 77) ist für die Zurechnung die Beteiligung am Rechtsverhältnis der Kapitalüberlassung entscheidend: „Notwendig, aber auch ausreichend ist für den Nießbraucher die Teilhabe am Rechtsverhältnis der Kapitalüberlassung, die durch den echten Anteilsnießbrauch – oder auch die Treuhandlösung – garantiert wird.“ SCHÖN (aaO) zieht die Parallele zur Zurechnung gewerblicher Einkünfte gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 beim Vollrechtsnießbrauch am Anteil an einer PersGes. (zur Zurechnung dieser Einkünfte aufgrund einer Mitunternehmerstellung des Nießbrauchers s. § 2 Anm. 240 ff., 259 oder aufgrund einer Rechtsgemeinschaft zwischen Nießbraucher und Nießbrauchbesteller am Gesellschaftsanteil s. SCHÖN aaO, 65 ff.). Der Auffassung von SCHÖN ist uE zuzustimmen. Sofern dem Nießbraucher die Mitverwaltungsrechte iSd. Vollrechtsnießbrauchs zustehen, kann er in dem in Anm. 19 dargestellten Sinne am Marktgeschehen teilnehmen; käme man zu einem anderen Ergebnis, wäre die Vorschrift des Abs. 5 Satz 3, die davon ausgeht,

dass auch im Falle des Nießbrauchs am Beteiligungsvermögen eine Zurechnung der Erträge beim Nießbraucher in Frage kommt, sachlich bedeutungslos.

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind grds. demjenigen (Nießbraucher oder Nießbrauchbesteller) zuzurechnen, dem sie zufließen (SCHÖN aaO, 78). Veräußert zB die KapGes. Anlagevermögen unter Preis an den Nießbrauchbesteller, so sind nach BFH v. 28.1.1992 – VIII R 207/85 (BStBl. II 1992, 605) die Vorteile dem Nießbrauchbesteller zuzurechnen, weil sie ihm „gebühren“. Dieser Entscheidung ist – zumindest im Ergebnis – zuzustimmen.

Nießbrauch zugunsten naher Angehöriger: Ist der Nießbrauch zugunsten eines nahen Angehörigen (insbesondere zugunsten der Kinder, der Eltern oder des Ehegatten des Nießbrauchbestellers) vereinbart worden, so werden an die Bestellung und die tatsächliche Durchführung des Nießbrauchs eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, insbesondere muss die Nießbrauchbestellung grds. rechtl. wirksam sein (FG Saarl. v. 7.7.1993, rkr., EFG 1994, 30), anderenfalls kommt schon aus diesem Grunde eine Zurechnung der Einnahmen beim Nießbraucher nicht in Frage; s. hierzu im Einzelnen § 2 Anm. 170 ff.

Surrogation: In den Fällen der Surrogation (dingliche Surrogation zB im Falle des § 1046 BGB, schuldrechtliche Surrogation zB im Falle des § 1079 BGB) erlangt der Nießbraucher auch den Nießbrauch an den Surrogaten. Erwirbt zB der Nießbraucher nach § 1046 BGB im Falle eines Schadens an einem Gebäude den Nießbrauch an der Forderung gegen den Versicherer (dingliche Surrogation) und wurde der Nießbrauch am Grundstück mit der Folge steuerlich anerkannt, dass die Einkünfte dem Nießbraucher zuzurechnen waren, muss uE Entsprechendes für den Nießbrauch an der Versicherungsforderung gelten.

b) Vorbehaltsnießbrauch

27

Zum Begriff des Vorbehaltsnießbrauchs s. § 2 Anm. 201.

Die FinVerw. (BMF v. 23.12.1983, BStBl. I 1983, 508 Tz. 55; OFD Erfurt v. 14.6.1995, DStR 1995, 1419 Tz. 55) hat bestimmt, dass die Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2, 4–8 grds. dem Vorbehaltsnießbraucher und nicht dem Inhaber des Kapitalvermögens (Nießbrauchbesteller) zuzurechnen sind.

Der BFH hat die Entscheidung dieser Frage in BFH v. 14.12.1976 – VIII R 146/73 (BStBl. II 1977, 115) und v. 28.1.1992 – VIII R 207/85 (BStBl. II 1992, 605) ausdrücklich offengelassen. Jedoch verweist er in dem Urte. v. 28.1.1992 – VIII R 207/85 aaO, darauf, dass nach seiner Rspr. zum Vorbehaltsnießbrauch an Grundstücken (zB BFH v. 28.7.1981 – VIII R 35/79, BStBl. II 1982, 380) der Vorbehaltsnießbraucher den Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus VuV erfülle und zur AfA berechtigt sei. Nach BFH v. 28.7.1981 – VIII R 35/79 aaO, und v. 28.7.1981 – VIII R 124/76 (BStBl. II 1981, 378) nutzt der Vorbehaltsnießbraucher den mit dem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Gegenstand „nach wirtschaftlicher Betrachtung nicht aufgrund eines vom Erwerber abgeleiteten, sondern ununterbrochen aufgrund eigenen Rechts“. Damit liegen uE in der Person des Vorbehaltsnießbrauchers die Voraussetzungen vor, die der Zuwendungsnießbraucher für die Verwirklichung des Tatbestands der Erzielung der Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, Nr. 4–11 erfüllen muss (s. Anm. 26); s. im Übrigen § 2 Anm. 259.

Verdeckte Gewinnausschüttungen: Ist ein Vorbehaltsnießbrauch an Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 bestellt und kommt es zu vGA, so sind diese nicht von vornherein dem Vorbehaltsnießbraucher zuzurechnen. Maßgebend für die Zurechnung ist, wem (dem Nießbraucher oder dem Nießbrauchbesteller) die

Vorteile, die die vGA ausmachen, rechtlich zustehen und zufließen; s. Anm. 91 f.

Surrogation: s. hierzu Anm. 26 aE. Zum Vorbehaltsfolgenießbrauch s. auch BINNINGER, DStR 1995, 1049.

28 c) Vermächtnisnießbrauch

Zum Begriff des Vermächtnisnießbrauchs s. § 2 Anm. 201, 236.

Die FinVerw. (BMF v. 23.11.1983, BStBl. I 1983, 508 Tz. 55; OFD Erfurt v. 14.6.1995, DStR 1995, 1419 Tz. 55) steht auf dem Standpunkt, dass bei Einräumung eines Vermächtnisnießbrauchs die Einnahmen nach Abs. 1 dem Vermächtnisnehmer zuzurechnen sind. Der II. Senat des BFH hat in BFH v. 8.6.1977 – II R 79/69 (BStBl. II 1979, 562) ausgesprochen, dass BFH v. 14.12.1976 – VIII R 146/73 (BStBl. II 1977, 115) in diesem Fall nicht anzuwenden und die Einnahmen iSd. Abs. 1 nicht dem Nießbrauchbesteller, sondern dem Vermächtnisnießbraucher zuzurechnen seien. Diese Entscheidung begründet der II. Senat damit, dass der dem Erben anfallende Nachlass von vornherein mit der Vermächtnisverpflichtung belastet sei, was ausschließe, die Erträge des nießbrauchbelasteten Vermögens dem Erben zuzurechnen.

29 4. Entgeltlicher Nießbrauch

In seltenen Fällen wird der Nießbraucher als Gegenleistung für die Bestellung des Nießbrauchs an Kapitalvermögen ein Entgelt an den Nießbrauchbesteller zu zahlen haben. Ist eine solche Vereinbarung getroffen worden, ist nach BMF v. 23.11.1983, BStBl. I 1983, 508 Tz. 58 (ebenso OFD Erfurt v. 14.6.1995, DStR 1995, 1419 Tz. 58) das Entgelt nach Abs. 3 (vormals Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a) dem Nießbrauchbesteller zuzurechnen. UE erzielt der Nießbrauchbesteller mit dem Entgelt Einnahmen iSd. Abs. 3 iVm. den Einzelatbeständen des Abs. 1; das Entgelt für die Bestellung des Nießbrauchs wird – wie von Abs. 3 gefordert – „an Stelle“ der Einnahmen iSd. Abs. 1 gewährt; s. dazu § 2 Anm. 271.

30 Einstweilen frei.

31 H. Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen

I. Von der Überschussermittlung zur Bruttobesteuerung

Die Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen erfolgte bis VZ 2008 durch Gegenüberstellung von Einnahmen und WK (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1). Seit VZ 2009 tritt an die Stelle des WKAbzugs der Abs. 9, soweit die Einkünfte nicht nach § 32d Abs. 2 der Tarifbesteuerung unterliegen. Von den Bruttoerträgen ist grds. nur noch der Sparer-Pauschbetrag in Abzug zu bringen. Ausgenommen davon sind die Einnahmen aus Stillhaltergeschäften, von denen nach Abs. 1 Nr. 11 die Aufwendungen für eine Glattstellung des Optionsgeschäfts (Nettoprinzip) zuvor abzuziehen sind. Eine weitere Ausnahme bilden die Veräußerungsgewinne, die sich nach Abs. 4 als Saldo aus den Einnahmen aus der Veräußerung einerseits und den AK zzgl. Nebenkosten und Veräußerungskosten (WK) andererseits errechnen, und die Einnahmen aus der Beendigung von Termingeschäften, von denen alle mit dem Termingeschäft sachlich unmittelbar zusammenhängenden Aufwendungen abziehbar sind. Insoweit ist gilt die Bruttobesteuerung lediglich für Zinserträge, Gewinnausschüttungen und ähnliche

Bezüge sowie Versicherungsleistungen. Kapitalerträge, auf die der Abgeltungssteuersatz von 25 % nach § 32d Abs. 1 mit abgeltender Wirkung (§ 43 Abs. 5) anzuwenden ist, gehen nach § 2 Abs. 5b Satz 1 nicht mehr in die Berechnung der Summe der Einkünfte (§ 2 Abs. 3), des Einkommens (§ 2 Abs. 4), des Gesamtbetrags der Einkünfte (§ 2 Abs. 4) oder des zu versteuernden Einkommens (§ 2 Abs. 5) ein. Für laufende Kapitalerträge, wie zB Gewinnausschüttungen oder Zinsen, gilt nach den Regeln über den StAbzug nunmehr eine Bruttobesteuerung, dh. dem abgeltenden StAbzug unterliegen die vollen Kapitalerträge ohne jeden Abzug (§ 43 Abs. 1 Satz 1). Nach Abs. 9 Satz 1 lt. Halbs. ist der Abzug von tatsächlichen WK oder des WkPauschbetrags (§ 9a Nr. 2 aF) ab VZ 2009 ausdrücklich ausgeschlossen. Für Kapitalerträge in Form von Einnahmen aus Termin- oder Veräußerungsgeschäften ist allerdings der Abzug von Veräußerungskosten oder Aufwendungen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Termingeschäft zugelassen (Abs. 4 Satz 1 und 5). Unsystematisch spricht das Gesetz in diesem Zusammenhang vom „Gewinn“ als der Bemessungsgrundlage für den StAbzug. Einnahmen in Form von Stillhalterprämien (Abs. 1 Nr. 11) sind um die mit dem Stillhaltergeschäft verbundenen Aufwendungen für das Gegengeschäft (Glattstellungsgeschäft) zu mindern.

II. Zufluss von Einnahmen aus Kapitalvermögen

Schrifttum: DENDL/POPP/WAGNER, Kapitalerträge aus Scheinrenditen im sog. Schneeballsystem – hat der BFH im Ambros-Fall am Ziel vorbeigeschossen?, DStR 1998, 556; ELICKER/NEUMANN, Staatliche Teilhabe an Scheinrenditen?, FR 2003, 221; HACKENBERG, Besteuerung von Scheinrenditen: Kein Abschied von Ambros, StC 2009, Heft 23, 23; HARENBERG, „Gewinne“ aus einem Schneeball-System: Kapitaleinkünfte oder Spekulationsgeschäft?, GStB 2005, 355; HOFFMANN, Zufluß von Einnahmen bei Gutschrift für den Gesellschafter einer Einmann-GmbH, GmbHHR 1974, 113; STOCKMEYER, Aktuelle Probleme der Gewinnausschüttung aus körperschaftsteuerlicher und handelsrechtlicher Sicht, GmbHHR 1980, 59; CARL/KLOS, Zur Frage der Steuerpflicht von im sogenannten Schneeballsystem ausgeschütteten Kapitalerträgen, Inf. 1994, 680; BULTHAUPT, Einkommensteuerpflicht bei fiktiven Renditen in Fällen des Kapitalanlagebetrugs?, DStZ 1994, 614; GSCHWENDTNER, Anm. zu BFH v. 16.11.1993 – VIII R 33/92, DStZ 1994, 601, betr. Zinsen auf kapitaleretzendes Darlehen; JUNGEN, Steuerpflichtige Einkünfte bei betrügerischem „Schneeballsystem“, DStR 1994, 1676; DERS., Doch keine steuerpflichtigen Einkünfte bei betrügerischem „Schneeballsystem“, DStR 1994, 1882; NEUMANN/GÜNTHER, Der CTS-Anlagebetrug und die Besteuerung von Scheingewinnen, BBV2005, 16; STEINHAEUF, „Zufluss von Scheinrenditen“ bei Schneeballsystem, jurisPR-steuerR 52/2008 Anm. 5.

1. Allgemeine Zuflussregeln

Maßgebend für den Zufluss von Einnahmen aus Kapitalvermögen ist § 11 Abs. 1. In Geld bestehende Einnahmen fließen danach zu, wenn sie dem Stpfl. in bar ausbezahlt oder seinem Konto bei einem Kreditinstitut gutgeschrieben werden; unter Umständen genügt auch eine Gutschrift in den Büchern des Verpflichteten (s. § 11 Anm. 50 ff.; BFH v. 14.2.1984 – VIII R 221/80, BStBl. II 1984, 480; v. 2.3.1993 – VIII R 13/91, BStBl. II 1993, 602; v. 16.11.1993 – VIII R 33/92, BStBl. II 1994, 632, hierzu Anm. GSCHWENDTNER, DStZ 1994, 600). Zufluss liegt darüber hinaus vor, wenn der Anspruch auf Auszahlung von Kapitalerträgen abgetreten wird oder durch Schuldumwandlung (Novation; BFH v. 14.2.1984 – VIII R 221/80, BStBl. II 1984, 480) untergeht. Einnahmen, die nicht Geld, sondern geldwerten Gütern geleistet werden (zB Nutzungen), fließen in dem Zeitpunkt zu, in dem der Empfänger über sie wirtschaftlich verfügen kann. Die nur vorübergehende Verfügungsmacht ist ausreichend (BFH v.

13.10.1989 – III R 30–31/85, BStBl. II 1990, 287), so dass die Verpflichtung zur Rückzahlung der Einnahmen (negative Einnahmen im Jahr der Rückzahlung) den Zufluss nicht ausschließt (BFH v. 29.4.1982 – IV R 95/79, BStBl. II 1982, 593; v. 13.11.1985 – I R 275/84, BStBl. II 1986, 193; FG Nürnberg. v. 8.8.1980, EFG 1981, 86, rkr.). Zum Zufluss bei Rechtsnachfolge s. § 11 Anm. 25; Zufluss bei mehreren Stpfl. s. § 11 Anm. 24.

Zuflussfiktion beim beherrschenden Gesellschafter: Offen ausgeschüttete Gewinnanteile fließen grds. wegen der mit ihnen verbundenen Anrechnung von KSt. (§ 36 Abs. 2 Nr. 3) erst mit Abfluss bei der Körperschaft zu. Für den beherrschenden Gesellschafter hat die Rspr. – wegen seines (möglicherweise missbräuchlichen) Einflusses auf die Geschäftsleitung der Gesellschaft einen Zufluss bereits dann bejaht, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungsverbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter passiviert hat (BFH v. 12.7.1957 – VI 3/56 U, BStBl. III 1957, 289; v. 11.2.1965 – IV 213/64 U, BStBl. III 1965, 407; v. 11.7.1973 – I R 144/71, BStBl. II 1973, 806; v. 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541; v. 20.10.1981 – I R 230/78, BStBl. II 1982, 139; WREDE, DB 1979, 1619; STOCKMEYER, GmbHR 1980, 59; aA HOFFMANN, GmbHR 1974, 113); zur Kritik an der Ungleichbehandlung von beherrschenden und nichtbeherrschenden Gesellschaftern: KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. B 60, der uE zutreffend darauf hinweist, dass für eine vom allgem. Zuflussprinzip des § 11 Abs. 1 abweichende Zuflussfiktion keinerlei Rechtsgrundlage gegeben ist.

Zweifelnd an dieser Rspr. BFH v. 9.12.1987 – I R 260/83, BStBl. II 1988, 460; zum Zufluss von Gewinnanteilen bei Konkursreife der Gesellschaft: BFH v. 22.5.1973 – VIII R 97/70, BStBl. II 1973, 573; ablehnend KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. B 61.

► *Zinsen aus kapitalersetzenden Darlehen* gelten beim beherrschenden Gesellschafter einer KapGes. – bei vereinbarter Auszahlung – solange nicht als zugeflossen, als der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht (BFH v. 16.11.1993 – VIII R 33/92 BStBl. II 1994, 632 mit Anm. GSCHWENDTNER, DStZ 1994, 600). Sollen die Zinsen vereinbarungsgemäß dem Darlehenskapital zugeschlagen werden, so liegt trotz Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ein Zufluss der Zinsen vor. Der Zinsanspruch wandelt sich in einen Darlehensrückzahlungsanspruch, so dass von stpfl. Zinserträgen auch dann ausgegangen werden muss, wenn der gutgeschriebene Betrag tatsächlich – wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners – nicht abgerufen werden kann (BFH v. 24.1.1990 – I 55/85, BStBl. II 1991, 147, betr. vereinbarte Auffüllung einer durch Verlust geminderter Einlage eines stillen Gesellschafters; GSCHWENDTNER, aaO, 601).

33 2. Einzelfälle des Zuflusses

Abgezinste Sparbriefe: Differenz zwischen Einzahlungs- und Rückzahlungsbetrag (stpfl. Einnahmen iSv. Abs. 1 Nr. 7) fließt mit Fälligkeit des Rückzahlungsbetrags zu (BFH v. 9.3.1982 – VIII R 160/81, BStBl. II 1982, 540).

Bausparzinsen fließen jährlich zu, auch wenn sie dem Bausparkonto gutgeschrieben werden (BFH v. 8.12.1992 – VIII R 78/89, BStBl. II 1993, 301).

Bundesschatzbrief Typ A: Zinsen sind jährlich zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig; jährlicher Zufluss.

Bundesschatzbrief Typ B: Zufluss der Zinsen erst bei Einlösung am Ende der Laufzeit, bei vorzeitiger Rückgabe nach Ablauf der Sperrfrist (BMF v. 20.12.1988, BStBl. I 1988, 540); für Schatzbriefe, die vor dem 1.1.1989 erworben wurden, bestand ein Wahlrecht zwischen jährlicher Versteuerung oder Versteuerung

bei Endfälligkeit (BMF v. 30.10.1989, BStBl. I 1989, 428); s. § 11 Anm. 100 „Bundesschatzbrief Typ B“.

Disagio einer Schuldverschreibung fließt bei Rückzahlung der Anleihe zu (BMF v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539, Emissionsdisagio-Erläss); s. § 11 Anm. 100 „Damnum“.

Dividendenscheine: Gewinnanteil fließt bei Einlösung zu (KSM/TRZASKALIK, § 11 Rn. B 120).

Finanzierungsschätze: s. „Bundesschatzbrief Typ B“.

Gewinn eines BgA (Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b): Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es nicht auf den tatsächlichen Zufluss oder die Verwendung des Gewinns an. Vielmehr führt der Gewinn des Wj., sofern er nicht den Rücklagen zugeführt wird, zu Einkünften aus Kapitalvermögen. Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b enthält somit eine Ausschüttungsfiktion, da aufgrund der fehlenden rechtl. Selbstständigkeit des BgA eine tatsächliche Ausschüttung an die Trägerkörperschaft nicht erfolgen kann (BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, u. v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841, mwN). Keine Einnahmen aus Kapitalvermögen liegen dagegen vor, wenn sie aus (fiktiven) Ausschüttungen stammen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten (Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b Satz 5 iVm. Abs. 1 Satz 3 EStG 2002).

Gutschriften von Gewinnanteilen auf Verrechnungskonten stellen erst dann einen Zufluss dar, wenn die Gutschrift mit dem Anteilseigner vereinbart wird (freie Verfügbarkeit), der Gewinnanspruch zivilrechtl. wirksam besteht und die Beteiligten die Umwandlung des Gewinnanteils in eine Darlehensforderung gegen die Gesellschaft wirksam vereinbart haben (BFH v. 2.11.1962 – VI R 284/62 S, BStBl. III 1963, 96; v. 5.11.1970 – IV 210/65, BStBl. II 1971, 97; v. 19.12.1975 – VI R 157/72, BStBl. II 1976, 322; v. 21.7.1976 – I R 147/74, BStBl. II 1977, 46; v. 1.3.1977 – VIII R 106/74, BStBl. II 1977, 545). Der vertragliche Ausschluss der Auszahlung von Gewinnanteilen unter Erhöhung des Guthabens (Kapitalanteils) führt zum Zufluss der Einnahmen im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit (BFH v. 8.12.1992 – VIII R 78/89, BStBl. II 1993, 301).

Investmenterträge fließen im Ausschüttungsfall mit Auszahlung oder Gutschrift beim Anteilsinhaber zu; für den Thesaurierungsfall s. „Thesaurierte Investmenterträge“.

Nullkupon-Anleihen: Zufluss der Zinsen in Form der Differenz zwischen Einzahlungs- und Rückzahlungsbetrag bei Endfälligkeit oder im Zeitpunkt der Veräußerung (BMF v. 24.1.1985, BStBl. I 1986, 77; Zero-Bonds-Erläss).

Schatzanweisungen: Diskontanteil fließt bei vorzeitiger Veräußerung zu.

Sparbrief: s. § 11 Anm. 100 „Sparbrief“.

Sperrkonten: Erträge fließen mit Gutschrift auf dem Sperrkonto zu; in der Sperre eines Kontos ist eine Vorausverfügung über zukünftige Einnahmen zu sehen (BFH v. 23.4.1980 – VIII R 156/75, BStBl. II 1980, 643).

Stückzinsen fließen bei Veräußerung der Schuldverschreibung dem Veräußerer im Zeitpunkt der Auszahlung des Veräußerungsentgelts zu.

Thesaurierte Investmentfondserträge fließen mit Ablauf des Geschäftsjahrs zu, in dem sie die Investmentgesellschaft vereinnahmt hat (§ 2 Abs. 1 Satz 2 InvStG). Der stl. Zufluss wird hier fingiert, da dem Anteilsinhaber tatsächlich keine Erträge ausbezahlt werden.

Verdeckte Gewinnausschüttungen fließen im Zeitpunkt der Vorteilsgewährung zu (BFH v. 24.1.1989 – VIII R 74/89, BStBl. II 419); s. Anm. 92.

Zero-Bonds: s. Nullkupon-Anleihen.

Zinsscheine: Zinsen fließen nach den allgem. Regeln des § 11 zu. Der Zufluss kann durch eine von der Fälligkeit abweichenden Vorlage der Zinsscheine, zB im Tafelgeschäft, nicht beeinflusst werden. Sind die Zinsen aus einer Schuldverschreibung zB am 20.12.2008 fällig gewesen und legt der Inhaber den Zinsschein zur Auszahlung erst im Jahr 2009 vor, so sind die Zinsen gleichwohl bereits im Jahr 2008 zugeflossen. Sie waren im Jahr 2008 fällig und der Stpfl. konnte über sie verfügen. Die Zinsen unterliegen damit noch dem individuellen StTarif und nicht der ab Zufluss 2009 geltenden Abgeltungsteuer, die erst für nach dem 31.12.2008 zugeflossene Erträge anzuwenden ist (§ 52a Abs. 8).

► *Verspätete Zinszahlung durch Schuldner:* Leistet der Zinsschuldner abweichend von der Fälligkeit die Zinszahlungen mit Verspätung, ist der Zuflusszeitpunkt in der Übergangszeit von der individuellen zur definitiven Besteuerung mit der Abgeltungsteuer von besonderer Bedeutung.

Beispiel: A erwirbt 2005 eine verzinsliche Unternehmensschuldverschreibung mit jährlicher Auszahlung der Zinsen zum 20.12. Die Zinszahlung am 20.12.2008 bleibt aus. Die Zinsen 2008 werden vom Schuldner erst am 2.2.2009 ausgezahlt. In diesem Fall unterliegen die Zinsen bereits der Abgeltungsteuer von 25 %, da A erst am 2.2.2009 über die Zinserträge verfügen kann. Die Zinsen sind im Jahr 2009 zugeflossen und unterliegen daher der abgeltenden KapErtrSt. (§ 52a Abs. 1).

34 3. Zufluss bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners

Trotz Gutschrift liegt kein Zufluss vor, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist, s. § 11 Anm. 53; Wertlosigkeit der Forderung schließt den Zufluss aus (BFH v. 21.7.1987 – VIII R 211/82, BFH/NV 1988, 224); zum Zufluss von Gewinnanteilen bei Insolvenzreife der Gesellschaft BFH v. 22.5.1973 – VIII R 97/70, BStBl. III 1973, 815.

Scheinrenditen: Die Gutschrift von Erträgen kann als Zufluss von Kapitaleinnahmen angesehen werden, wenn das Unternehmen, dem Kapital zur Anlage in risikoreichen Warentermingeschäften überlassen wird, die gutgeschriebenen Beträge wegen hoher Verschuldung nur aus den Einlagen anderer Kapitalanleger leisten kann (sog. Schneeballsystem). Dies hat der BFH in Fällen entschieden, in denen derartige Geschäfte von stillen Gesellschaften betrieben werden (BFH v. 22.7.1997 – VIII R 57/95, BStBl. II 1997, 755; VIII R 12/96, BStBl. II 1997, 761; VIII R 13/96, BStBl. II 1997, 767; v. 19.6.2007 – VIII R 63/03, BFH/NV 2008, 194; v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190). Die Grundsätze dieser Rspr. gelten uE in den Fällen anderer Kapitalanlagen entsprechend.

Zinszahlung oder Kapitalrückzahlung: Ob eine Barzahlung oder Gutschrift durch den Schuldner als Zinszahlung oder Kapitalrückzahlung anzusehen ist, wurde in der Rspr. bislang nach § 366 BGB bestimmt. Während der RFH – unzutreffend – von der Vorrangigkeit der Schuldtilgung ausgegangen war (RFH v. 16.9.1936, RStBl. 1937, 8), muss heute eine Zahlung von Zinsen auch dann angenommen werden, wenn der Schuldner aufgrund seiner schlechten wirtschaftl. Verhältnisse – im Zeitpunkt der Zahlung – nicht in der Lage ist, das gesamte Kapital zurückzuzahlen (BFH v. 23.1.1964 – IV 448/60, HFR 1964, 393).

35

III. Werbungskosten

Schrifttum vor Einführung der Abgeltungsteuer: LEU, Fremdfinanzierter Aktienkauf und Werbungskostenabzug bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DStZ 1990, 89; KESSLER, Zum Werbungskostenabzug von Verwaltungskosten eines Kapitalvermögens,

FR 1991, 342; WISCHNEWSKY, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kreditzinsen bei Kauf festverzinslicher Wertpapiere, DStR 1992, 1229; WÜLLENKEMPER, Abzug von Schuldzinsen bei teilfinanziertem Erwerb niedrigverzinslicher Wertpapiere, FR 1992, 1; Bos, Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, BB 1994, 1540; SCHOLTZ, Aufwendungen für die Verwaltung von Kapitalvermögen, NWB F. 3, 9375; DAUTEL, Werbungskostenabzug von Verwaltungsgebühren privater Kapitalvermögen im Halbeinkünfteverfahren unter Berücksichtigung des BMF-Schreibens v. 12.6.2002, DStR 2002, 1605; HARENBERG, Die Aufteilung von Werbungskosten bei Kapitaleinkünften, die teilweise dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen, FR 2002, 768.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 12.6.2002, BStBl. I 2002, 647, betr. Aufteilung von Werbungskosten im Halbeinkünfteverfahren.

Der Begriff der WK wird auch bei den Einkünften aus Kapitalvermögen – wie bei allen anderen Einkunftsarten – nach dem Veranlassungsprinzip bestimmt (s. § 9 Anm. 130 ff.). WK sind danach alle Aufwendungen, die durch eine der Erzielung von stpfl. Einkünften dienende Tätigkeit oder Leistung – hier die Beteiligung an einer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Körperschaften oder die Kapitalüberlassung zur Nutzung (Abs. 1 Nr. 4–8) veranlasst sind (RAUPACH in SÖHN, aaO, S. 408). Seit VZ 2009 ist nach Abs. 9 Satz 1 mit Einführung der Abgeltungssteuer der Abzug aller Aufwendungen, die durch die Einnahmen aus Kapitalvermögen veranlasst sind, als WK nicht mehr möglich (Bruttobesteuerung). Dies gilt selbst dann, wenn die Kapitalerträge auf Antrag und unter Anwendung der Günstigerprüfung gem. § 32d Abs. 6 nicht dem Abgeltungssteuersatz, sondern dem persönlichen StStz unterliegen. Abziehbar ist nur noch der Sparer-Pauschbetrag von 801 € bzw. 1602 €. Der Abzug des WK-Pauschbetrags (§ 9a Nr. 2 aF) wurde ab 2009 entsprechend gestrichen.

Mangelhafte Umsetzung der Bruttobesteuerung: Die Versagung des WK-Abzugs ist allerdings nicht folgerichtig bei allen Arten von Kapitalerträgen durchgehalten. So sind bei den Einnahmen aus der Veräußerung von Kapitalanlagen die Veräußerungskosten vom Veräußerungserlös – neben den Anschaffungskosten der Kapitalanlage – abziehbar (Abs. 4 Satz 1). Von den Prämieinnahmen aus Stillhaltergeschäften sind die Glattstellungskosten bei der Auflösung von Stillhaltergeschäften (Abs. 1 Nr. 11) abzuziehen. Bei den Einnahmen aus Termingeschäften sind alle mit dem Termingeschäft unmittelbar sachlich zusammenhängenden Aufwendungen abziehbar. Das können uE auch Schuldzinsen aus der Finanzierung des Termingeschäfts sein. Insoweit gilt also die generelle Versagung des WK-Abzugs nicht; zur Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbots als Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip und das Folgerichtigkeitsprinzip s. Anm. 7 ff.

Einstweilen frei.

36

IV. Verfahrensfragen

37

Gesonderte Feststellung: Einkünfte aus Kapitalvermögen können sowohl von GbR (zB private Investment- und Sparclubs) als auch PersGesell. in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (SCHELLENBERGER, StbJb. 1983/84, S. 121) erzielt werden (BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751), ohne dass daraus eine StPflcht der Gesellschaften selbst entsteht. Soweit sie in § 15 Abs. 1 Nr. 2 als Subjekt der Einkunftserzielung erfasst werden, ist diese Regelung auch auf Einkünfte iSd. § 20 zu übertragen (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. B 3). Die Einkünfte werden – trotz des StAbzugs durch die Kreditinstitute – gesondert und einheitlich festgestellt (§ 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO), wenn an ihnen

mehrere Personen beteiligt und ihnen die Einkünfte strechtl. auch zuzurechnen sind; es sei denn, es liegt ein Fall von geringerer Bedeutung vor (§ 180 Abs. 3 Nr. 2 AO). Die ermittelten Einkünfte sind auf die Gesellschafter entweder im Verhältnis ihrer Anteile (§§ 743, 748 BGB) oder nach den im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelungen aufzuteilen. Rückwirkende Vereinbarungen werden strechtl. nicht anerkannt (BFH v. 12.6.1980 – IV R 40/77, BStBl. II 1080, 723; v. 7.7.1983 – IV R 209/80, BStBl. II 1984, 53). Einer einheitlichen Feststellung bedarf es auch dann, wenn die Einkünfteerzielungsabsicht der Gesell. verneint werden soll (GROH, DB 1984, 2427; s. § 2 Anm. 359). In diesem Fall ist ein sog. negativer Feststellungsbescheid zu erlassen, mit dem die Feststellung von Einkünften aus Kapitalvermögen abgelehnt wird. Ein Feststellungsbescheid, mit dem die Einkünfte lediglich mit null Euro festgestellt werden, enthält dagegen keine Ablehnung der Feststellung von Einkünften, sondern stellt lediglich die Höhe der Einkünfte mit null Euro fest.

Veranlagung trotz StAbzug: Auch wenn die Kapitalerträge dem StAbzug durch das Kreditinstitut oder dem Schuldner der Erträge unterzogen wurden, können diese Erträge nach § 32d Abs. 4 mit der StErklärung zwecks Veranlagung deklariert werden (Wahlveranlagung), wenn

- der Sparer-Pauschbetrag des Abs. 9 nicht oder nicht voll ausgeschöpft wurde,
- das Kreditinstitut dem StAbzug die Ersatzbemessungsgrundlage (30 % des Veräußerungserlöses) zugrunde gelegt hat, weil zB die AK der Anlage nicht bekannt waren (§ 43a Abs. 2 Satz 7 und 14),
- ein Verlust oder Verlustvortrag unterjährig vom Kreditinstitut nicht berücksichtigt wurde,
- ausländische St. nicht oder nicht zutreffend angerechnet wurden oder
- Streit über den Grund und die Höhe des StAbzugs besteht.

Werden die Kapitalerträge mit der StErklärung erklärt, kommt es neben der Veranlagung aller anderen Einkünfte zu einer besonderen Veranlagung der Kapitalerträge unter Anwendung des Abgeltungssteuersatzes von 25 %.

Kapitalerträge ohne StAbzug: Alle Kapitalerträge, die nicht dem StAbzug unterlegen haben, müssen in der StErklärung erklärt werden (Pflichtveranlagung iSd. § 32d Abs. 3). Auch in diesem Fall kommt der Abgeltungssteuersatz des § 32d Abs. 1 von 25 % zur Anwendung, es sei denn, dass einer der Ausnahmefälle aus § 32d Abs. 2 gegeben ist.

38–39 Einstweilen frei.

Erläuterungen des Einleitungssatzes zu Abs. 1: „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören“

A. Begriff der Einkünfte aus Kapitalvermögen

40

I. Gegenstand der Besteuerung

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Bis VZ 2008 wurden als Einkünfte aus Kapitalvermögen ausschließlich die Reinerträge (Einnahmeüberschüsse) aus einzelnen Kapitalanlagen erfasst. Die Rspr. hat diese Erträge ursprünglich als Früchte des (Geld-)Kapitals bezeichnet (BFH v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II

1980, 116; v. 14.5.1974 – VIII R 95/72, BStBl. II 1974, 572). Bis VZ 2008 führte erst die Saldierung von Einnahmen aus Kapitalvermögen und den tatsächlichen, durch ihre Erzielung veranlassten Aufwendungen, mindestens des WK-Pauschbetrags aus § 9a Nr. 2 aF – soweit sich daraus ein positiver Saldo ergab – vermindert um den Sparer-Freibetrag bis niedrigstens 0 € zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Seit VZ 2009 ist an die Stelle des WKAbzugs Abs. 9 Satz 1 getreten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2), dh. stpfl. sind sowohl materiell-rechtl. als auch kapertstrechtl. die vollen Kapitalerträge des Abs. 1 ohne jeden Abzug. Lediglich der Sparer-Pauschbetrag des Abs. 9 von 801 € bzw. 1 602 € wird strimdernd berücksichtigt. Ausgenommen von diesem Grundsatz sind lediglich die Einnahmen in Form von Stillhalterprämien nach Abs. 1 Nr. 11, bei denen vor Abzug des Sparer-Pauschbetrags noch die Glattstellungskosten abgezogen werden. Somit aber gehen auch ab VZ 2009 die Einnahmen erst nach der Saldierung mit dem Sparer-Pauschbetrag in die Einkünfte aus Kapitalvermögen ein. Die Besteuerung der Einnahmen aus einer Veräußerung oder gleichgestellter Vorgänge wie zB Einlösung oder Rückzahlung von Kapitalforderungen folgt ebenfalls nicht dem Bruttoprinzip, da von dem Veräußerungserlös neben den AK die mit der Veräußerung zusammenhängenden Aufwendungen (Veräußerungskosten) in Abzug zu bringen sind. Gleiches gilt für Einnahmen aus Termingeschäften.

Einnahmen aus Kapitalvermögen sind Einnahmen aus der Nutzung (Fruchtziehung) des Kapitalvermögens iwS (s. Anm. 40 ff.; zu Einnahmen s. § 8 Anm. 21 ff.). Die Nutzung besteht in der entgeltlichen Überlassung von Kapital an Dritte (Abs. 1 Nr. 4–8) eventuell gegen Gewährung bestimmter Anteilsrechte (Abs. 1 Nr. 1 und 2). Ab VZ 2009 gehören auch die Einnahmen (Prämien) aus der Übernahme bestimmter Risiken in Form eines Stillhaltergeschäfts (Abs. 1 Nr. 11) und der Erlös aus der Veräußerung der Kapitalanlage selbst als letzter Akt ihrer Nutzung (Fruchtziehung) zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–8 und Satz 2). Zu den Einnahmen gehören ferner alle Einnahmen, die der Gläubiger vom Schuldner über die Rückzahlung des überlassenen Kapitals hinaus erhält und die sich als Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung als Ausfluss des Anteilsrechts oder als Differenz aus Veräußerungserlös abzgl. der AK darstellen. Stbar sind alle Erträge unabhängig davon, ob sie im Inland oder Ausland (Welteinkommensprinzip, § 1 Anm. 88), in inländ. oder ausländ. Währung erzielt werden. Erträge in ausländischer Währung sind zur Einkunftsermittlung nach dem im Zuflusszeitpunkt geltenden Wechselkurs (Devisenbriefkurs) umzurechnen (Abs. 4 Satz 1 lt. Halbs., allgem. § 8 Anm. 22). Wertänderungen des Kapitalvermögens aufgrund von Wechselkursverlusten waren bis VZ 2008 unbeachtlich (BFH v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116). Seit Einführung des abgeltenden StAbzugs und der Erfassung der Erlöse aus der Veräußerung oder Rückzahlung des Kapitalvermögens wirken sich Kursänderungen auf die Höhe des stpf. Veräußerungs- oder Einlösungsentgelts aus; s. dazu Anm. 10.

Vermögensminderung beim Schuldner: Eine Vermögensminderung beim leistenden Schuldner (ohne Beeinträchtigung des Vermögensstamms, dh. ohne Rückzahlung des zur Nutzung überlassenen Kapitalvermögens), ist keine zwingende Voraussetzung des Einnahmebegriffs. Gleichwohl gehören zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen nicht nur Güter in Geld oder Geldeswert, sondern auch Leistungen, die das Vermögen des Schuldners nicht mindern. So stellt zB der Wert einer Dienstleistung, die anstelle einer Zinszahlung für die darlehensweise Überlassung von Kapital erbracht wird und die das Vermögen des

Schuldners nicht mindert, eine Einnahme iSd. § 20 dar; s. § 8 Anm. 180 „Dienstleistungen“.

41

II. Kapitalvermögen

Kapital iSd § 20 ist weder volkswirtschaftl. noch betriebswirtschaftl., sondern stetechnisch zu verstehen. Der Begriff umfasst grds. Geldvermögen. Anteile an KapGes. oder sonstigen Körperschaften, die durch Einlage von Sachen oder Rechten geleistet werden, stellen – im Nennwert ausgedrückt – ebenfalls Geldvermögen dar. Gleiches gilt für den stillen Gesellschafter, der seine Einlage in Form von Sachen, Rechten oder Dienstleistungen (s. Anm. 154) erbringt, oder den Darlehensgeber, der anstelle eines Geldbetrags eine Sache (Sachdarlehen) als Darlehen hingibt. Zwar hängt beim Sachdarlehen der Wert der Darlehensforderung vom jeweiligen Wert der zurückzugebenen Sachen ab; der Darlehensgläubiger besitzt aber nur eine schuldrechtl., in Geld bewertbare Forderung gegen den Darlehensschuldner und kein Sachvermögen.

Vermögen ist eine Summe von WG, bezogen auf die Person (den Stpfl.), der die WG zuzurechnen sind. Das Kapitalvermögen iSd. § 20 muss regelmäßig (ausgenommen: Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10) Privatvermögen sein. Bei Zugehörigkeit zu einem BV führen die Erträge zu betrieblichen Einnahmen, also zu Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Arbeit (Abs. 3).

Verhältnis von Kapital und Vermögen: Beide Begriffe bezeichnen keine eindeutigen Gegenstände. Einerseits überschneiden sie sich teilweise, andererseits sind sie mitunter sogar deckungsgleich. Die Begriffe unterscheiden sich hauptsächlich durch die Perspektive, aus der nur eine sehr vage beschreibbare Bestandsgröße betrachtet wird. Diese Größe kann als Realkapital auf ihre Wirkungen in einem Produktionsprozess bestimmt werden, aber auch – so in § 20 – technisch als Vermögen (Wertkapital) auf die Folgen individueller Verfügungen hin (anlegen von Vermögen/Kapital; HALFAR, Der Gegenstand der Besteuerung im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen, S. 21).

42

III. Wertänderungen des Kapitalvermögens

Rechtslage bis 2008: Der Wert des Kapitalvermögens war für die Rechtsnatur und Höhe der Einkünfte aus Kapitalvermögen unerheblich. Veränderungen im Bestand oder Wert waren von der Nutzung des Kapitalvermögens trotz der Aufnahme der Veräußerungstatbestände in Abs. 2 weiterhin zu unterscheiden. Die Unterscheidung hatte zB für die Frage des Abzugs von WK ihre Bedeutung. Realisierte Wertänderungen in Form von „Kursgewinnen“ oder „Kursverlusten“ (Unterschied zwischen eingesetztem und zurückerhaltenem oder noch vorhandenem Kapitalvermögen) bei der Veräußerung, der Verwertung oder Rückzahlung gehörten bis VZ 2008 nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen und hatten für ihre Ermittlung (weder Einnahmen noch WK) keine Bedeutung (RFH v. 14.3.1934, RStBl. 1934, 711; BFH v. 11.1.1966 – I 53/63, BStBl. III 1966, 218; v. 14.5.1974 – VIII R 95/72, BStBl. II 1974, 572; v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II 1981, 46; v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 19.4.2005 – VIII R 80/02, nv.; v. 27.3.2007 – VIII R 62/05, BFH/NV 2007, 1407; v. 4.12.2007 – VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563).

Rechtslage ab 2009: Ab VZ 2009 ist nicht mehr zwischen den Einnahmen (Früchten) aus Kapitalvermögen und dem zur Erzielung solcher Einkünfte eingesetzten (angelegten) Kapitalvermögen zu unterscheiden. Realisierte Wertänderungen des Vermögens sind als Vermögensumschichtungen zwar immer noch der Vermögensebene zuzurechnen, diese ist aber seit Einführung des abgeltenden Abzugs der KapErtrSt. ertragstl. nicht mehr unbeachtlich. Seit VZ 2009 werden im Hinblick auf den Besteuerungstatbestand Veräußerung, Einlösung und anderer gleichgestellter Sachverhalte, die Einnahmen unabhängig davon, ob diese im BV oder PV entstanden sind, gleich den lfd. oder einmaligen Erträgen aus dem Nutzungsüberlassungsverhältnis behandelt. Unterschiede ergeben sich allerdings bei der Ermittlung der stl. Bemessungsgrundlage, da bei den Veräußerungstatbeständen ein beschränkter Abzug von WK (Veräußerungskosten) zugelassen ist (s. dazu Anm. 420 ff.).

Zeitlicher Anwendungsbereich und Übergangsregelungen: Mit der Systemumstellung auf das Abgeltungssystem und der damit eingeführten Wertzuwachsbesteuerung hat der Gesetzgeber eine umfangreiche Übergangsregelung in § 52a Abs. 10 geschaffen. Diese sieht vor, dass alle einem Stpfl. nach dem 31.12.2008 zufließenden Kapitalerträge dem neuen Recht unterliegen (§ 52a Abs. 8). Für vor dem 1.1.2009 angeschaffte Wertpapiere, verbriefte oder unbriebte Kapitalforderungen und andere Kapitalanlagen gilt ein Bestandsschutz dergestalt, dass realisierte Wertzuwächse nur in den Grenzen der §§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 und Nr. 4 iVm. Abs. 3 aF zu stbaren Einnahmen führen (§ 52a Abs. 10 Satz 1). Einnahmen aus Stillhalter- oder Termingeschäften unterliegen dem neuen Recht erst dann, wenn das Geschäft nach dem 31.12.2008 eingegangen wurde (§ 52a Abs. 9 und Abs. 10 Satz 3). Bei Schuldverschreibungen des alten Abs. 4 Buchst. a–d (Finanzinnovationen) ist dagegen das Anschaffungsdatum unbeachtlich. Veräußerungs- oder Einlösungsgewinne unterliegen auch dann der abgeltenden KapErtrSt., wenn sie vor dem 1.1.2009 angeschafft wurden.

Beispiel: Anschaffung einer Stufenzinsanleihe im Jahr 2007 zu 60 €, Veräußerung im Jahr 2010 zu 100 €. Die Stufenzinsanleihe gehört zu den in Abs. 2 Nr. 4 Satz 1 Nr. 4 Buchst. d aF erfassten Schuldverschreibungen („Kapitalerträge in unterschiedlicher Höhe“). Die ab 2009 geltende Veräußerungsbesteuerung aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ist nach § 52a Abs. 10 Satz 7 auf den Veräußerungsvorgang anzuwenden, so dass der Veräußerungsgewinn von 40 € in 2010 zu den stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört.

Rückzahlung von überlassenem Kapital ist grds. kein Nutzungsentgelt iSd. des Abs. 1, sondern eine nicht stbare Vermögensumschichtung (ausdrücklich § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3). Nur der über das überlassene Kapital hinaus mit der Rückzahlung geleistete Betrag (Mehrbetrag) stellt eine stbare Einnahme aus Kapitalvermögen dar.

Beispiel: Ein Stpfl. erwirbt 2009 eine Schuldverschreibung unter dem Nennwert zum Kurs von 96 % und erhält am Rückzahlungstag den Nennwert von 100 zurück. Der Einlösungsgewinn von 4 % gehört nach Abs. 2 Satz 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen.

Beispiel: Ein Stpfl. ist am Handelsgewerbe des X als stiller Gesell. mit einer Einlage 50 000 € beteiligt. Nach Kündigung der Gesell. erhält er insgesamt 60 000 € zurück. Der über die Einlage hinausgehende Betrag von 10 000 € ist Einnahme aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 2 Satz 2 lt. Halbs.

Einstweilen frei.

43–44

45 **B. Zugehörigkeit zu den Einkünften aus Kapitalvermögen: Veranlassungsprinzip**

Entgegen früherer Rspr. muss zwischen Einnahmen und der ihnen zuzuordnenden Einkunftsart ein Veranlassungszusammenhang bestehen; s. hierzu grds. § 8 Anm. 38. Dies gilt auch für Einkünfte aus Kapitalvermögen. In den Urten. v. 24.7.1990 – VIII R 304/88 (BFH/NV 1991, 90) und VIII R 290/84 (BFH/NV 1991, 191) hat der BFH ausgesprochen, dass eine vGA Einnahme iSd. Abs. 1 Nr. 1 ist, wenn die KapGes. ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtl. Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat. Ob die Bezüge durch das Beteiligungsverhältnis (das überlassene Kapital) veranlasst sind, hängt davon ab, ob zwischen den Bezügen und dem Beteiligungsverhältnis (überlassenes Kapital) ein wirtschaftlicher Zusammenhang besteht (BFH v. 4.7.1990 – GrS 2–3/89, BStBl. II 1990, 817, 823, zur Veranlassung von Aufwendungen als BA oder WK). Beruhen die Bezüge auf einem Gewinnverteilungsbeschluss, sind sie immer durch das Beteiligungsverhältnis veranlasst und werden als Gewinnanteile (Dividenden) von Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 erfasst.

C. Nicht abschließende Aufzählung des Abs. 1

46 **I. Bedeutung der Aufzählung in Abs. 1**

§ 20 regelt, was zu den „Einkünften“ aus Kapitalvermögen (§ 2 Abs. 1 Nr. 5) gehört. Nach dem Einleitungsgesetz werden allerdings nur Einnahmen aufgezählt, die den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzuordnen sind. Die Einkünfte ergeben sich dann durch Abzug des Sparer-Pauschbetrags von den Einnahmen; bei Stillhalterprämien (Abs. 1 Nr. 11) sind vorab noch die Aufwendungen für eine Glatstellung abzuziehen.

Nach hM in Rspr. und Schrifttum ist die Aufzählung der Einnahmearten in Abs. 1 Nr. 1, 2, 4–11 nicht erschöpfend (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7; v. 5.9.1963 – IV 213/58, BStBl. III 1964, 117, betr. Jahnschaften im Bezirk des Olper Forstgesetzes v. 3.8.1897; v. 24.6.1966 – VI 171/65, BStBl. II 1966, 579, betr. Braugelder, die die brauberechtigten Bürger einer Stadt, die eine Realgemeinde bildet, von der gemeinsam betriebenen Brauerei erhalten; v. 23.9.1970 – I R 22/67, BStBl. II 1971, 47, betr. ausländischen Investmentfonds; Nds. FG v. 30.8.1966, EFG 1967, 236, rkr., betr. Gewinnausschüttungen einer Forstgenossenschaft; Begr. z. RegE eines EStG 1975, BTDrucks. 7/1470, 271; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 1; LBP/CONRAD, § 20 Rz. 4; SCHOLTZ, FR 1977, 25; LADEMANN/BORDEWIN, § 20 Rn. 12; KEUER in KLEIN/FLOCKERMANN/KÜHR, § 20 Rz. 5; STRECK VIII. § 43 Rn. 3; differenzierend: KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. A 9). Der hM ist insoweit zuzustimmen, als es darum geht, ob alle denkbaren Einnahmearten aus der Anlage von Kapitalvermögen in § 20 erfasst sind. Hier zeigt gerade die Generalklausel des Abs. 3, dass es durchaus Einnahmen geben kann, die bei wirtschaftl. Betrachtung Entgelt aus einer Kapitalanlage darstellen, ohne dass sie im Gesetz ausdrücklich als solche aufgeführt werden (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735; v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580).

Abschließend aufgezählt sind in § 20 dagegen alle Tatbestände, aus denen Einnahmen – welcher Art auch immer – fließen und die zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen können (glA KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. A 9). Eine solcher-

maßen abschließende Betrachtung gebietet sich bereits aus dem Verbot stbe-
gründender Analogien (WOERNER, DStJG 5 [1981], S. 23 ff.), dh. über die in
Abs. 1 aufgezählten Kapitalanlageformen und die Tatbestände des Abs. 2 hinaus
gibt es keine Einkunftserzielungstatbestände, die zu Einkünften aus Kapitalver-
mögen führen.

II. Verhältnis zu Abs. 2 und Abs. 3

47

Mit Abs. 1 wird der Grundsatz umschrieben, nach dem jede Gegenleistung für
die Überlassung von Kapital (auch wenn bestimmte Anteilsrechte gewährt wer-
den) als Einnahme aus Kapitalvermögen zu erfassen ist.

Abs. 3: Durch diese Vorschrift wird kein neuer Einnahmetatbestand geschaffen.
Die Vorschrift dient vielmehr der Klarstellung (s. Anm. 550 ff.), dass alles, was
ein Stpfl. in Erfüllung einer der Tatbestände des Abs. 1 Nr. 1–8 „für die Gestat-
tung seiner Kapitalnutzung“ erhält, als steuerbare Einnahme anzusehen ist.
Abs. 2 Nr. 1 gibt insoweit lediglich wieder, was bereits in § 8 als Einnahme –
nämlich alle „Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen“ – definiert ist.

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 erweitert mit den Buchst. a und b die Grundtatbestände
aus Abs. 1 um bestimmte Ersatztatbestände, nach denen unter gewissen Voraus-
setzungen auch die Entgelte aus der Veräußerung oder Abtretung von Wert-
papieren oder Kapitalforderungen zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 gehören.

Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3–8 erweitern seit VZ 2009 den Umfang der in
Abs. 1 umschriebenen Einnahmearten um die Veräußerungs- und Einlösungs-
tatbestände sowie sonstiger einer Veräußerung gleichgestellter Sachverhalte, wie
zB Rückzahlung einer Kapitalforderung oder stillen Beteiligung und die Rück-
gabe von Investmentanteilen.

III. Verhältnis der einzelnen Tatbestände des Abs. 1

48

Abs. 1 beschreibt einerseits (abschließend) die Grundtatbestände (Rechtsver-
hältnisse), die zur Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen führen, und
gibt andererseits eine Aufzählung von Einnahmearten (Erträgen), die aus diesen
Rechtsverhältnissen heraus dem Stpfl. zufließen können. Während über Abs. 1
Nr. 1–2 Einnahmen (Gewinnanteile, Bezüge) aus der Beteiligung an bestimm-
ten, näher bezeichneten Körperschaften erfasst werden, regeln Nr. 4–8 Einnah-
men (Zinsen) aus bestimmten Rechtsverhältnissen, wie stiller Gesellschaft oder
partiarischen Darlehen (Nr. 4) und Zinsen aus sonstigen Kapitalforderungen
(Nr. 5–8).

Mit Abs. 1 Nr. 9 werden Vermögensübertragungen von Körperschaften iSd. § 1
Abs. 1 Nr. 3–5 KStG auf die hinter ihnen stehenden Personen (Mitglieder) oder
Körperschaften strechtlich den Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 an ihre
Anteilseigner gleichgestellt. Abs. 1 Nr. 9 greift allerdings erst dann, wenn die
Leistungen nicht bereits als Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 1 erfasst werden. Dies
gilt für Abs. 1 Nr. 10 entsprechend. Auch in den Fällen des Nr. 10 kommt
es nicht zu Ausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1, aber zu Vermögensübertragungen
zwischen den Betrieben gewerblicher Art von jur. Personen des öffentlichen
Rechts iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 4 KStG, die wie Ausschüttungen nach Abs. 1
Nr. 1 stl. zu erfassen sind. In welche Gruppe einzelne Einnahmen einzuordnen
sind, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Für die materielle StPflicht ist

die Einordnung der Einnahmen in die Tatbestände des Abs. 1 ohne Bedeutung, da alle Einnahmen der Besteuerung nach § 20 unterliegen. Die Zuordnung der Einnahmen unter die verschiedenen Tatbestände des Abs. 1 ist jedoch für die Frage erheblich, ob und in welcher Höhe KapErtrSt. einzubehalten ist (§ 43 Abs. 1).

49 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1–3: Einnahmen aus der Beteiligung an Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften

A. Anteile und Genussrechte iSd. Abs. 1 Nr. 1

50 I. Anteile an Kapitalgesellschaften und anderen Körperschaften

Die nach Abs. 1 Nr. 1 stpfl. Bezüge müssen aus Anteilen an einer AG, SE, GmbH, KGaA, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft oder einer bergbaurechtlichen Vereinigung stammen. Die Aufzählung ist nach der hM jedoch nicht abschließend, so dass auch Bezüge von nicht ausdrücklich aufgeführten Körperschaften zu den Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1 gehören können (BFH v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315; offengelassen von BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552; s. ausführlich Anm. 52). Für die genannten Körperschaften ist kennzeichnend, dass sie eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, soweit sie nach deutschem Recht gegründet wurden (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. C 15).

Aktien: Aktien verkörpern die Anteile des Aktionärs am Grundkapital einer AG (§ 1 AktG) oder des Kommanditaktionärs einer KGaA (§ 278 Abs. 1 AktG). Aktien können auf den Inhaber (Inhaberaktien) oder auf den Namen eines Gesellschafters (Namensaktien) ausgestellt werden (§ 10 Abs. 1 AktG). Nach dem Umfang der verbrieften Rechte wird zwischen Stamm- und Vorzugsaktien unterschieden. Stammaktien gewähren alle dem Aktionär (Kommanditaktionär) nach dem AktG zustehenden Rechte, insbes. das Recht auf Gewinn, das Bezugsrecht, das Stimmrecht in der Hauptversammlung und das Recht auf einen Anteil am Liquidationserlös. Dagegen gewähren Vorzugsaktien dem Aktionär (Kommanditaktionär) hinsichtlich der ihm zustehenden Rechte eine Vorzugstellung, die unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Häufig garantieren sie eine Vorzugsdividende, sind dann jedoch zum Ausgleich nicht mit einem Stimmrecht ausgestattet (§ 139 AktG).

► *Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SE –):* Die SE ist eine AG nach europäischem Recht. Sie ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und gilt im Sitzstaat als AG. Ihr gezeichnetes Kapital ist in Aktien zerlegt (zu Einzelheiten s. § 1 KStG Anm. 36). Aktien einer SE vermitteln daher Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1.

► *Komplementär einer KGaA:* Der Gewinnanteil des Komplementärs einer KGaA, den dieser in seiner Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter erhält, gehört nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, da er insoweit die Stellung eines Mitunternehmers innehat (§ 15 Abs. 1 Nr. 3). Ist der Komplementär gleichzeitig am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt und hält er die Aktien im

PV, sind die zugeflossenen Gewinnanteile als Einnahmen aus Kapitalvermögen anzusetzen (BFH v. 21.6.1989 – X R 14/88, BStBl. II 1989, 881). Gehören die Aktien dagegen zum Betriebsvermögen des Komplementärs, liegen Sonderbetriebsentnahmen iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 3 vor.

Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Bei einer GmbH wird die Summe der Mitgliedschaftsrechte als Geschäftsanteil bezeichnet (§ 14 GmbHG). Zu den Mitgliedschaftsrechten, die der Geschäftsanteil repräsentiert, gehören das Gewinnbezugsrecht (§ 29 Abs. 1 GmbHG) und das Recht an der Beteiligung am Liquidationserlös (§ 72 GmbHG). Auch nach der grundlegenden Reform des GmbHG durch das MoMiG v. 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026) muss das Stammkapital einer GmbH grundsätzlich weiterhin 25000 € betragen (§ 5 Abs. 1 GmbHG).

► *Unternehmergesellschaft:* Jedoch ist es nach § 5a GmbHG nunmehr zulässig, eine „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ mit einem Stammkapital von 1 € bis 24999 € zu gründen (UG). Bei der UG handelt es sich nicht um eine eigenständige Rechtsform sondern um eine Unterform der GmbH (LUTTER/HOMMELHOFF, 17. Aufl., 2009, § 5a GmbHG Rn. 2). Anteile an der UG sind solche iSd. Abs. 1 Nr. 1, weil die UG eine GmbH ist, die sich nur durch die Höhe des Stammkapitals von einer „regulären“ GmbH unterscheidet.

► *Einmann-GmbH und GmbH & Co KG:* Auch die Beteiligung an einer Einmann-GmbH und an der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG sind Anteile iSd. Abs. 1 Nr. 1.

Anteile an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften: Auch Anteile an einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft werden als „Geschäftsanteile“ bezeichnet. Dieser Ausdruck kennzeichnet aber anders als bei der GmbH nicht die Mitgliedschaft, dh. die Summe der dem Genossen zustehenden Rechte und der ihm obliegenden Pflichten. Der Geschäftsanteil ist der Höchstbetrag, bis zu dem sich der Genosse mit Einlagen beteiligen kann (§ 7 Nr. 1 GenG).

Anteile an bergbautreibenden Vereinigungen: Anteile an bergbautreibenden Vereinigungen werden nur erfasst, wenn die bergbautreibende Vereinigung die Rechte einer juristischen Person besitzt. Die Bedeutung der Regelung ist gering, weil bergbautreibende Vereinigungen nach § 123 des Bundesberggesetzes v. 13.8.1980 (BGBl. I 1980, 1310) mit Ablauf des 1.1.1986 aufgelöst wurden. Bezüge solcher Vereinigungen können somit nur noch zufließen, soweit die Liquidation noch nicht abgeschlossen ist.

Einstweilen frei.

51

II. Anteile an vergleichbaren Körperschaften oder Personenvereinigungen

1. Anteile an vergleichbaren inländischen Körperschaften oder Personenvereinigungen

52

Keine abschließende Aufzählung: Auch Bezüge aus Anteilen an Körperschaften oder Personenvereinigungen, die in Abs. 1 Nr. 1 nicht ausdrücklich erwähnt sind, können nach dieser Vorschrift als Einnahmen zu erfassen sein, weil es sich nach hM. um keine abschließende Aufzählung handelt (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7; v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399; v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315; dagegen hat BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552 die Frage ausdrücklich offen gelassen; DJPW/

DÖTSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 45; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 54; KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 134; LBP/SCHLOTTER, § 20 Rn. 201; aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 52; KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. C 9; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910). Diese Auslegung wird durch die Begr. des Entwurfs des KStG 1977 bestätigt (BTDrucks. 7/1470, 272). Auch uE ist ihr zuzustimmen, da sie den wirtschaftlichen Gegebenheiten und dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Die Bedeutung dieser Frage ist nach Einführung der neuen Besteuerungstatbestände der Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 durch das StSenkG v. 23.10.2000 erheblich gesunken (KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 48a).

Vergleichbare Vereinigungen: Als Voraussetzung der entsprechenden Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 verlangt die Rspr., dass die Vereinigung einer der dort genannten Körperschaften vergleichbar ist und dass die an ihr bestehenden Mitgliedschaftsrechte einer kapitalmäßigen Beteiligung gleichstehen (vgl. zB BFH v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, muss in jedem einzelnen Fall nach dem Gesamtbild der Struktur der Vereinigung beurteilt werden. Zu den Anhaltspunkten für eine kapitalmäßige Beteiligung gehört das Recht, an Gewinnausschüttungen und am Liquidationserlös beteiligt zu werden, ferner die Möglichkeit, die Mitgliedschaftsrechte zu veräußern, sowie die Abstufung der Stimmrechte nach der Höhe der geleisteten Einlagen.

Vorgesellschaft: Bezüge des Gesellschafters einer Vorgesellschaft (Vor-GmbH) gehören zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 (BFH v. 8.11.1989 – I R 174/86, BStBl. II 1990, 91). Als Vorgesellschaft bezeichnet man eine Gesellschaft im Stadium zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Eintragung in das Handelsregister. Eine Vorgesellschaft ist von der Struktur her mit einer (fertigen) KapGes. vergleichbar, so dass sie steuerlich bereits wie eine KapGes. behandelt wird, sofern sie später als GmbH tatsächlich in das Handelsregister eingetragen wird (BFH v. 3.9.2009 – IV R 38/07, DStR 2009, 2524). Es ist daher gerechtfertigt, die Einnahmen aus einer Vorgesellschaft beim Gesellschafter nach Abs. 1 Nr. 1 zu erfassen (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. C 3a). Kommt es später nicht zur Eintragung der GmbH, wird die Vorgesellschaft wie eine PersGes. besteuert.

Vorgründungsgesellschaft: Die von einer Vorgründungsgesellschaft bezogenen Einnahmen werden dagegen nicht nach Abs. 1 Nr. 1 erfasst. Von einer Vorgründungsgesellschaft spricht man vor Beurkundung des Gesellschaftsvertrags. Die Vorgründungsgesellschaft wird zivilrechtlich und strechtlich als PersGes. behandelt (s. § 15 Anm. 379).

Realgemeinde, Jahnschaft, Ritterschaft: Nach der Rspr. des BFH gehören Einnahmen aus einer Realgemeinde (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7 zu Forstgenossenschaft) einer Jahnschaft (BFH v. 5.9.1963 – IV 213/58 S, BStBl. III 1964, 117) und die Braugelder der brauberechtigten und eine Realgemeinde bildenden Bürger einer Stadt (BFH v. 24.6.1966 – VI 171/65, BStBl. III 1966, 579) zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1. Wegen des Begriffs Realgemeinde vgl. § 3 KStG Anm. 35. Einnahmen aus einer Ritterschaft gehören jedoch zu solchen Bezügen (BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552).

Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit: Die Beteiligung an einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) steht den in Abs. 1 Nr. 1 aufgezählten Anteilen nicht gleich (BFH v. 13.11.1991 – I R 45/90, BStBl. II 1992, 429). Die Beteiligung an einem VVaG vermittelt daher keine Bezüge iSd. Abs. 1

Nr. 1. Dies gilt auch für Zahlungen an ein Mitglied, auch wenn die Zahlung als „Dividende“ bezeichnet wird (BFH v. 20.2.1970 – VI R 11/68, BStBl. II 1970, 314).

Anwendung des Abs. 1 Nr. 9: Nunmehr werden Leistungen von VVaG an ihre Mitglieder von dem durch das StSenkG v. 23.10.2000 neu eingeführten Besteuerungstatbestand des Abs. 1 Nr. 9 erfasst (zu Einzelheiten s. Anm. 335 ff.).

Einstweilen frei.

53

2. Anteile an nach ausländischem Recht gegründeten Körperschaften oder Personenvereinigungen

54

Vergleichbare innere Struktur: Nach ausländischem Recht gegründete Körperschaften und Personenvereinigungen können Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 vermitteln, wenn das ausländische Rechtsgebilde seiner inneren Struktur nach mit einer nach deutschem Recht gegründeten AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft im Wesentlichen vergleichbar ist (sog. Typenvergleich; BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399; v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315; v. 20.8.2008 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263). Die Vergleichbarkeit mit einer inländischen Körperschaft iSd. Abs. 1 Nr. 1 setzt voraus, dass das ausländische Rechtsgebilde wie eine jur. Pers. körperschaftlich strukturiert ist und dem Anteilseigner aufgrund seiner Beteiligung das Recht auf Gewinnausschüttungen und die Teilhabe am Liquidationsvermögen zusteht (BMF v. 19.3.2004, BStBl. I 2004, 411). Für die Beurteilung ist nicht entscheidend, ob die Gesellschaft im Sitzstaat als Körperschaft oder PerGes. angesehen wird, ob sie mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist und ob sie im Sitzstaat einer KSt. oder einer ESt. unterworfen wird (BFH v. 4.4.2007 – I R 110/05, BStBl. II 2007, 521, glA KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. C 6). Dementsprechend kann auch eine ausländische Gesellschaft, die nach dem Typenvergleich mit einer deutschen KapGes. vergleichbar ist, als Körperschaft iSd. Abs. 1 Nr. 1 anzusehen sein, auch wenn sie im Sitzstaat entsprechend eines dort gegebenen Wahlrechts steuerlich nicht als Körperschaft sondern als PersGes. besteuert wird (BFH v. 20.8.2008 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263 zur amerikanische Limited Liability Company – LLC –).

Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften: Auch ausländische KapGes., die ihren Sitz nach Deutschland verlegen, können Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 vermitteln. Nach den Entscheidungen des EuGH in der Rs. Überseering v. 5.11.2002 (Rs. C-208/00) und Inspire Art v. 30.9.2003 (Rs. C-167/01) muss der Zuzugsstaat die Rechtsform und Rechtspersönlichkeit einer KapGes. bei einer Verlegung des Sitzes vom EU-Ausland in das Inland anerkennen. Damit verstößt die in der Vergangenheit in Deutschland vertretene Sitztheorie, nach der eine nach ausländischem Recht gegründete KapGes. durch Verlegung des Sitzes ihre Rechtsfähigkeit verliert (BGH v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269), gegen Europarecht. Dementsprechend hat der BGH seine Rspr. an die europarechtl. Vorgaben angepasst (BGH v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, ZIP 2003, 718). Im Jahre 1992 hatte der IX. Senat des BFH unter Berücksichtigung der Sitztheorie die Auffassung vertreten, dass eine ausländische KapGes. nach dem Zuzug mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, sondern nach Nr. 5 unbeschränkt kstpf. sei (BFH v. 23.6.1992 – IX R 182/87, BStBl. II 1992, 972). Danach hätten die Gesellschafter keine Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 1 erzielt (s. ausführlich WASSERMEYER in DStJG 20 [1997], 83). Der I. Senat vertrat dagegen schon früher die Auffassung, dass eine ausländische KapGes. nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG unbeschränkt kstpf. ist (BFH v. 24.3.1998 – I

R 49/96, BStBl. II 1998, 650). Die Entscheidung des IX. Senats des BFH ist uE damit überholt. Verliert eine Gesellschaft durch den Wegzug nach dem Recht des Gründungsstaats ihren Rechtsstatus, was nach der EuGH-Rspr. nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt (EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 [Cartesio], IStR 2009, 59; v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 [Daily Mail], NJW 1989, 2186), so kann die Gesellschaft allerdings keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 mehr vermitteln.

Zum Fall des Wegzugs s. BFH v. 29.1.2003 – I R 6/99, BFH/NV 2003, 969. Zur Entwicklung dieser Rechtsfrage s. ausführlich § 1 KStG Anm. 21.

55 Einstweilen frei.

56 III. Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist

Bezüge aus Genussrechten gehören zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn mit den Genussrechten das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer KapGes. verbunden ist. Die Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös muss kumulativ vereinbart sein (BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77; v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861).

Rechtliche Qualifikation von Genussrechten: Genussrechte begründen im Gegensatz zu Anteilen keine mitgliedschaftlichen Rechte, sondern stellen lediglich Gläubigerrechte auf schuldrechtlicher Grundlage dar. Es handelt sich um ein Dauerschuldverhältnis eigener Art, das gesetzlich nicht geregelt ist (BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BB 1993, 451; v. 21.7.2003 – II ZR 109/02, BGHZ 156, 38). Der Unterschied zu den Mitgliederrechten besteht darin, dass Genussrechte ausschließlich Vermögensrechte gewähren. Sie umfassen keine Mitverwaltungsrechte, insbes. vermitteln sie kein Stimmrecht. Mit einem Genussrecht kann auch die Beteiligung am Verlust verbunden sein. Zur Definition s. ausführlich § 8 KStG Anm. 170.

Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös: Genussrechte vermitteln nur Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn mit ihnen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös verbunden ist (BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77; v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861). Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, sind die Bezüge nach Abs. 1 Nr. 7 anzusetzen. Die Erfassung der Bezüge aus Genussrechten mit Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös nach Abs. 1 Nr. 1 entspricht der Behandlung der Ausschüttungen auf diese Genussrechte bei der KapGes. Die Ausschüttungen stehen nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG den Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter gleich. Sie sind daher bei der Einkommensermittlung der KapGes. nicht abziehbar (s. ausführlich § 8 KStG Anm. 183 ff.).

► *Beteiligung am Gewinn* ist jede erfolgsabhängige Vergütung, deren Bezugsgröße der Jahresüberschuss, der ausschüttungsfähige Gewinn, der Bilanzgewinn, die Dividende oder eine vergleichbare auf das Ergebnis der KapGes. bezogene Bemessungsgrundlage ist. Eine umsatzabhängige Vergütung stellt dagegen keine Beteiligung am Gewinn der KapGes dar (KRATSCH, BB 2005, 2603). Die Vereinbarung einer festen Mindestsverzinsung neben einer erfolgsabhängigen Vergütung ist unschädlich, wenn die Mindestverzinsung nicht im Vordergrund steht (GOSCH/GOSCH, § 8 KStG Rn. 151). Eine Beteiligung am Verlust ist nicht notwendig.

Zu Einzelfragen der Beteiligung am Gewinn s. ausführlich § 8 KStG Anm. 183 ff.

► *Beteiligung am Liquidationserlös*: Eine Beteiligung am Liquidationserlös, d.h. am Abwicklungsendvermögen iSd. § 11 KStG, setzt voraus, dass der Genussrechtsinhaber an den stillen Reserven der KapGes. beteiligt ist, wobei eine nur anteilige Beteiligung genügt. Allein der Anspruch auf Rückzahlung zum Nennbetrag ist nicht ausreichend (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861). Die FinVerw. will ein Genussrecht iSd. Abs. 1 Nr. 1 dagegen auch annehmen, wenn die Rückzahlung des Genusskapitals nicht vor der Liquidation verlangt oder frühestens nach 30 Jahren geltend gemacht werden kann (BMF v. 27.12.1995, BStBl. I 1996, 49). Diese Auffassung widerspricht jedoch Wortlaut und Sinn der Vorschrift (SCHULTE in ERLE/SAUTER, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8 KStG Rn. 321). Der BFH ist dieser Auffassung deshalb zu Recht ausdrücklich entgegengetreten (BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77). Auch bei einem Verzicht des Genussrechtsinhabers auf die Kapitalrückzahlung soll nach Auffassung der FinVerw. eine Beteiligung am Liquidationserlös vorliegen (BMF v. 27.12.1995, BStBl. I 1996, 49). UE fehlt es bei einem Verzicht auf eine Kapitalrückzahlung an einer Beteiligung am Liquidationserlös (BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77; offen gelassen von BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861; s. ausführlich § 8 KStG Anm. 187; glA GOSCH II. § 8 Rn. 151).

Zu weiteren Einzelfragen der Beteiligung am Liquidationserlös s. ausführlich § 8 KStG Anm. 187.

Genussrechte an Kapitalgesellschaften ausländischen Rechts: Genussrechte iSd. Abs. 1 Nr. 1 können auch an KapGes. bestehen, die nach ausländischem Recht errichtet worden sind (BFH v. 24.3.1992 – VIII 51/89, BStBl. II 1992, 941, zu Partizipationsscheinen an einer schweizerischen AG). Voraussetzung ist, dass die ausländische Gesellschaft ihrer inneren Struktur nach mit einer nach deutschem Recht gegründeten KapGes. vergleichbar ist.

Genussrechte an anderen Körperschaften: Nach Auffassung der FinVerw. können Genussrechte iSd. Abs. 1 Nr. 1 nicht nur an KapGes. sondern auch an anderen Körperschaften, insb. an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, bestehen (BMF v. 8.12.1986, BB 1987, 667). UE vermitteln nur Genussrechte an KapGes. Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 (glA KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 48a; KSM/WASSERMEYER, § 20 C 12). Zwar können auch andere Körperschaften wirksam Genussrechte ausgeben, jedoch spricht schon der eindeutige Wortlaut sowohl des Abs. 1 Nr. 1 wie auch des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG dafür, dass nur Genussrechte an KapGes. von den Regelungen erfasst werden. Eine Regelungslücke, die durch analoge Anwendung zu schließen wäre, liegt uE nicht vor (s. ausführlich § 8 KStG Anm. 191).

Abgrenzung zur stillen Gesellschaft: Eine stille Gesellschaft unterscheidet sich von einem Genussrecht dadurch, dass die Beteiligten einer stillen Gesellschaft einen gemeinsamen Zweck und nicht nur eigene Interessen verfolgen (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852; zu Einzelheiten s. Anm. 149).

Einstweilen frei.

57

IV. Erweiterung des Anwendungsbereichs des Abs. 1 Nr. 1 durch Verweisungen in anderen Gesetzen

58

Den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 werden durch ausdrücklichen Verweis in anderen Gesetzen weitere Erträge zugeordnet.

Erträge nach dem InvStG: Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG gehören auf Investmentanteile ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge zu den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn der Anteilseigner die Investmentanteile im PV hält.

► *Erträge nach dem KAGG und AusInvestmG:* Bis zur Einführung des InvStG v. 15.12.2003 wurden Erträge von inländischen Kapitalanlagegesellschaften nach dem KAGG und von ausländischen Kapitalanlagegesellschaften nach dem AusInvestmG besteuert. Nach den §§ 39, 40 KAGG sowie den §§ 17, 18 AusInvestmG werden auch aus Anteilen an Kapitalanlagegesellschaften Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 erzielt. Das KAGG und das AusInvestmG sind nach § 19 Abs. 2 InvStG letztmalig auf das Geschäftsjahr der Kapitalanlagegesellschaft anzuwenden, das vor dem 1.1.2004 beginnt. Damit werden Erträge erfasst, die bis zum 31.12.2003 zugeflossen sind.

► *Erträge von ausländischen Kapitalanlagegesellschaften vor Inkrafttreten des AusInvestmG* wurden ebenfalls als Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 besteuert (BFH v. 23.9.1970 – I R 22/67, BStBl. II 1971, 47).

Erträge nach dem REITG: Nach § 19 Abs. 1 REITG gehören Ausschüttungen einer REIT-AG oder andere REIT-Körperschaften, – Personenvereinigungen oder – Vermögensmassen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1, der Anteilseigner die Beteiligung im PV hält (s.a. REITG Anm. J 07-6).

Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG: Der Hinzurechnungsbetrag für die nach § 7 Abs. 1 AStG stpfl. Einkünfte gehört nach § 10 Abs. 2 AStG zu den Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1.

Kapitaleinkünfte nach dem UmwStG: Im Falle der Verschmelzung einer KapGes. auf eine PersGes. oder nat. Pers. sind die offenen Rücklagen der übertragenden Körperschaft nach § 7 UmwStG als Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 zu versteuern (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 Rn. 10).

59 Einstweilen frei.

B. Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1

60

I. Begriff „Bezüge“

Bezüge gleichbedeutend mit Einnahmen: Der in Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 enthaltene Ausdruck „Bezüge“ ist gleichbedeutend mit dem Begriff „Einnahmen“ (§ 8). Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 EStG sind somit alle Zuwendungen in Geld oder Geldeswert, die dem Gesellschafter aufgrund seines Gesellschaftsverhältnisses zufließen, soweit die Vorteilszuwendungen nicht als nichtsteuerbare Kapitalrückzahlung zu werten sind (BFH v. 14.10.2002 – VIII R 42/01, BFH/NV 2003, 307). Beispiele für Bezüge in Geldeswert bilden die Überlassung einer Wohnung an Aktionäre („Hapimag“-Fall, BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399) und die Gewährung von Bonusaktien (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468 zu Bonusaktien der Deutschen Telekom AG).

Veranlassung durch das Beteiligungsverhältnis: Die Vermögensmehrung muss durch das Beteiligungsverhältnis veranlasst sein (BFH v. 12.10.1982 – VIII R 72/79, BStBl. II 1983, 128). Eine Veranlassung durch das Beteiligungsverhältnis ist anzunehmen, wenn die Vorteilszuwendung bei wertender Beurteilung des

die Vorteilszuwendung auslösenden Moments, als dem Gesellschaftsverhältnis iSd. Abs. 1 Nr. 1 (sog. Erwerbssphäre) zugehörig anzusehen ist (BFH v. 10.3.1992 – VIII R 66/89, BStBl. II 1992, 1032; v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468). Der maßgebliche Bestimmungsgrund muss nicht ausschließlich der Erwerbssphäre zuzurechnen sein. Vielmehr ist eine Mitveranlassung in dem Sinne ausreichend, dass das auslösende Moment der Vermögensmehrung nach der an den Umständen des Einzelfalls auszurichtenden Wertung in signifikantem Ausmaß zumindest auch dem Gesellschaftsverhältnis zuzuordnen ist (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468; glA KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. A 36 und C 18; allg. zum Veranlassungsprinzip BFH v. 4.7.1990 – GrS 2–3/89, BStBl. II 1990, 817). Dagegen ist eine Vermögensmehrung nicht durch das Beteiligungsverhältnis veranlasst, wenn ein Anteilseigner oder Genussrechtsinhaber im Rahmen eines Leistungsaustauschs angemessene Zahlungen von der Körperschaft erhält, an der er beteiligt ist.

Notwendigkeit einer Vermögensübertragung: Für sämtliche Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 ist kennzeichnend, dass die Vermögensmehrung zu Lasten einer der in der Vorschrift erwähnten Körperschaften bzw. einer mit ihr vergleichbaren Körperschaft oder Personenvereinigung geht, dass also bei ihr eine der Vermögensmehrung entsprechende Vermögensminderung eintritt (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 68). Dazu ist regelmäßig eine Vermögensübertragung auf den Anteilseigner oder Genussrechtsinhaber erforderlich.

Zufluss der Bezüge: Da für die Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 das Zuflussprinzip des § 11 gilt, sind nur dem Anteilseigner zugeflossene Beträge steuerlich von Bedeutung, es sei denn, dass die Bezüge nach Abs. 8 einer anderen Einkunftsart zuzurechnen sind (s. ausführlich Anm. 650 ff.). Allein eine Vermögensminderung auf der Ebene der KapGes. ohne Zufluss beim Anteilseigner führt nicht zu stpfl. Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1 (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. C 16). The-saurierte Gewinne werden dem Trennungsprinzip folgend beim Anteilseigner nicht erfasst (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 59).

► *Beherrschender Gesellschafter:* Bei einem beherrschenden Gesellschafter ist eine GA bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung zugeflossen, vorausgesetzt, die Körperschaft ist zu diesem Zeitpunkt zahlungsfähig (BFH v. 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541; v. 17.11.1998 – VIII R 24/98, BStBl. II 1999, 223; s. ausführlich § 11 Anm. 62).

II. Arten der Bezüge

1. Gewinnanteile (Dividenden)

a) Begriff

Gewinnanteile sind die Anteile der Anteilseigner (Abs. 5) oder Genussrechtsinhaber an dem ausgeschütteten Gewinn einer AG, GmbH, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft oder einer vergleichbaren Personenvereinigung. Es handelt sich um alle Leistungen, die der Anteilseigner aufgrund seines Gewinnbezugsrechts erhält (FEYERABEND in ERLE/SAUTER, KStG, 3. Aufl. 2010, § 20 EStG Rn. 45). Ob und inwieweit der ausgeschüttete Gewinn bei der ausschüttenden Körperschaft oder Personenvereinigung der KSt. unterlegen hat, ist für die Erfassung der Gewinnanteile bei den Anteilseignern unerheblich (BFH v. 31.10.1969 – VI R 75/67, BStBl. II 1970, 54; v. 27.6.1990 – I R 15/88, BStBl. II 1991, 150).

61

62 **b) Gewinnanteile der Aktionäre**

In welcher Höhe eine AG Gewinn ausschüttet, hängt von dem Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns ab (§ 174 Abs. 2 Nr. 2 AktG). Das Gewinnbezugsrecht der Aktionäre (§ 58 Abs. 4 AktG) wird durch den Gewinnverwendungsbeschluss zu einem Anspruch konkretisiert. Die Anteile der Aktionäre an dem ausgeschütteten Gewinn richten sich nach der Satzung (§ 60 Abs. 3 AktG). Sieht sie keinen anderen Verteilungsmaßstab vor, bestimmen sich die Anteile nach dem Verhältnis der Aktiennennbeträge (§ 60 Abs. 1 AktG). Geldwerte Sondervorteile, die ein Aktionär über den ihm zustehenden Anteil an dem ausgeschütteten Teil des Bilanzgewinns hinaus von der AG erhält, sind nicht Gewinnanteile, sondern eine vGA. Das gilt auch, wenn die Sondervorteile auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruhen (vgl. § 243 Abs. 2 AktG). Nach § 58 Abs. 5 AktG, der durch das TransPuG v. 19.7.2002 (BGBl. I 2002, 2681) eingeführt wurde, sind nunmehr auch Sachdividenden zulässig.

Vorabausschüttungen im laufenden Wj. sind bei einer AG nach § 58 AktG unzulässig und stellen daher eine vGA dar (BFH v. 26.1.1972 – I R 93/70, BStBl. II 1972, 547); zur Anwendung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 auf vGA s. Anm. 80 ff. Dagegen sind Abschlagszahlungen nach Ablauf des Wj. auf den zu erwartenden Gewinn gem. § 59 AktG grds. erlaubt (LBP/SCHLOTTER, § 20 Rn. 212). Zur Rückzahlung s. Anm. 78.

Ausgleichszahlung an Minderheitsgesellschafter: Ausgleichszahlungen einer Organgesellschaft an Minderheitsgesellschafter auf Grund eines Vertrages über die „Dividendengarantie“ sind Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1, gleichgültig ob die Organgesellschaft oder der Organträger zahlt. Selbst wenn der zahlende Organträger eine natürliche Person oder PersGes. ist, beziehen die Minderheitsgesellschafter Gewinnanteile (BFH v. 27.11.1956 – I D 1/56 S, BStBl. III 1957; KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 145).

63 **c) Gewinnanteile der GmbH-Gesellschafter**

Die Gesellschafter der GmbH stellen nach § 46 Nr. 1 GmbHG den Jahresabschluss fest und bestimmen über die Verwendung des Jahresergebnisses. Mit dem Beschluss über die Ergebnisverteilung erhält der Gesellschafter ein unbedingtes und klagbares Forderungsrecht auf Auszahlung des ihm zugewiesenen Gewinnanteils (BGH v. 14.9.1998 – II ZR 172/97, GmbHR 1998, 1177; LUTTER/HOMMELHOFF XVII. § 46 Rn. 6). Die Verteilung des Gewinns erfolgt gem. § 29 Abs. 3 GmbHG nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile, jedoch kann der Gesellschaftsvertrag einen anderen Verteilungsmaßstab vorsehen.

Disquotale Gewinnausschüttung: Die Rspr. erkennt eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Gewinnverteilung zwischen den Gesellschaftern auch steuerrechtlich an (BFH v. 19.8.1999 – I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; FG Ba.-Württ. v. EFG 2008, 1206, nrkr. Rev. Az. BFH VIII R 16/08). Eine solche disquotale Gewinnausschüttung ist gesellschaftsrechtlich zulässig, so dass sie auch steuerlich anzuerkennen ist, selbst wenn sie dazu dient, einem Gesellschafter erhöhtes Verlustnutzungspotenzial zu verschaffen (glA ERHART/RIEDEL, BB 2008, 2266; TAVAKOLI, DB 2006, 1882; BALMES/GRAESSNER, DStR 2002, 838; ROSE, FR 2002, 1; SCHWEDHELM/BINNEWIES, DB 2001, 503; GOSCH, StBp 2000, 339; aA GROH, DB 2000, 1433; PAUS, FR 2000, 197). Ein Gestaltungsmissbrauch liegt unter fremden Dritten regelmäßig nicht vor (BFH v. 28.6.2006 – I R 97/05, BFH/NV 2006, 2207).

► *Auffassung des FinVerw.*: Die FinVerw. will dagegen eine disquotale Gewinnausschüttung nur anerkennen, wenn wirtschaftlich beachtliche Gründe für eine solche Regelung vorliegen. Diese nimmt die FinVerw. an, wenn ein Gesellschafter besondere Leistungen an die KapGes. erbracht hat. Ist die disquotale Gewinnausschüttung mit einer Wiedereinlageverpflichtung verbunden, wird die Gestaltung nicht anerkannt (BMF v. 7.12.2000, BStBl. I 2001, 47).

Traking Stocks: Der Inhaber sog. Tracking Stocks nimmt nur am Erfolg eines Teilbetriebs oder eines abgrenzbaren Unternehmensbereichs teil. Insoweit handelt es sich um eine Sonderform der disquotalen Gewinnausschüttung (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 111). UE sind Gewinnanteile aus Traking Stocks auch steuerlich anzuerkennen (glA PRINZ/SCHÜRNER, DStR 2003, 181; BLUMERS/BEINERT/WITT, DStR 2002, 616; KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 143; zweifelnd DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 111).

Vorabausschüttung: Gewinnanteile erhalten die Anteilseigner auch, wenn die Gesellschafter eine Vorabausschüttung auf den bis zum Ende des Geschäftsjahrs zu erwartenden Gewinn beschlossen haben (§ 46 Nr. 1 GmbHG; BFH v. 19.8.2003 – VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925). Vorabausschüttungen einer GmbH erfordern keine Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag. Sie sind zulässig, wenn im Zeitpunkt der Zahlung nach sorgfältiger kaufmännischer Beurteilung am Jahresende mit einem entsprechenden Jahresüberschuss zu rechnen ist (BFH v. 27.1.1977 – I R 39/75, BStBl. II 1977, 491). Vorabausschüttungen ohne wirkamen Gesellschafterbeschluss stellen eine vGA dar.

► *Rückzahlung:* Ist der Bilanzgewinn geringer als die Vorabausschüttung, haben die Anteilseigner die Gewinnanteile zurückzuzahlen, weil die Rechtsgrundlage nachträglich entfallen ist (§ 812 BGB). Die Rückzahlung führt beim Gesellschafter weder zu negativen Einnahmen noch zu WK, sondern ist als Einlage zu behandeln (BFH v. 29.8.2000 – VIII R 7/99, BStBl. II 2001, 173; v. 5.9.2001 – I R 60, 61/00, BFH/NV 2002, 222; v. 1.4.2003 – I R 51/02, 779; aA LADEMANN/KOSS, § 20 Rn. 245). Liegt keine Rechtspflicht zur Rückzahlung vor, weil ausreichend Gewinn vorhanden ist, liegt ebenfalls eine Einlage des Gesellschafters vor (BFH v. 3.8.1993 – VIII R 82/91, BStBl. II 1994, 561).

Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren: Dem Gesellschafter ist der Gewinnanteil auch endgültig zugeflossen, wenn er sich von Anfang an zu einer Rückzahlung verpflichtet hatte. Die Rückzahlung stellt eine Einlage des Gesellschafters dar und führt nicht zu WK oder negativen Einnahmen.

Zinsen auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen: s. Anm. 81.

Einmann-GmbH und GmbH & Co. KG: Für eine Einmann-GmbH und eine Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG gelten keine Besonderheiten.

d) Gewinnanteile aus Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

64

Gewinnanteil und Rückvergütung: Bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist zwischen Gewinnausschüttungen nach § 19 GenG, aus denen Gewinnanteile der Mitglieder entstehen, und Rückvergütungen an die Mitglieder zu unterscheiden. Die Rückvergütung ist im GenG nicht geregelt. Sie wird aus der Aufgabe der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften abgeleitet, den „Erwerb oder die Wirtschaft“ ihrer Mitglieder zu fördern (§ 1 GenG). Sie stellt somit eine Überschussverteilung außerhalb der Gewinnverteilung dar. Es geht dabei nicht nur um Warenrückvergütungen; zu Rückvergütungen können alle Geschäfte einer Genossenschaft führen, die einen Leistungsaustausch mit ihren Mitgliedern zum Gegenstand haben.

► *Genossenschaftliche Rückvergütungen* sind unter den Voraussetzungen des § 22 KStG als BA der Genossenschaft abziehbar. Gehören die Genossenschaftsanteile bei den Mitgliedern um PV, stellen die Rückvergütungen keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 dar, wenn die Beträge bei der Genossenschaft als BA abziehbar sind (SCHULTE in ERLE/SAUTER, KStG, 3. Aufl. 2010, § 22 KStG Rn. 65). Genossenschaftliche Rückvergütungen, die den Voraussetzungen des § 22 KStG nicht entsprechen, können zu einer vGA führen (BFH v. 8.3.1972 – I R 183/70, BStBl. II 1972, 498).

65 Einstweilen frei.

66 2. Ausbeuten aus Anteilen an bergrechtlichen Gewerkschaften

Ausbeuten sind Bezüge, die aus Ausschüttungen bergrechtlicher Gewerkschaften stammen. Ausbeuten umfassten früher außer dem erwirtschafteten Gewinn nicht selten auch Kapitalrückzahlungen. Der RFH hat die Ausbeuten, dem Wortlaut des Gesetzes folgend, in vollem Umfang als Bezüge der Gewerke behandelt (RFH v. 24.2.1937, RStBl. 1937, 868). Diese steuerliche Behandlung dürfte heute nicht mehr zutreffend sein. Dies kann hier aber dahingestellt bleiben, da Ausbeuten nach der spätestens am 1.1.1986 erfolgten Auflösung der bergrechtlichen Gewerkschaften vermutlich nicht mehr gezahlt werden (vgl. Anm. 50).

67 3. Sonstige Bezüge aus Anteilen iSd. Abs. 1 Nr. 1

Neben Gewinnanteilen und Ausbeuten gehören auch sonstige Bezüge zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1. Dazu zählen alle Einnahmen, die dem Gesellschafter oder Genussrechtinhaber aus einem der in Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Unternehmen aufgrund seiner Beteiligung zufließen und nicht Gewinnanteile oder Ausbeuten sind (BLÜMICH/STUHRMANN § 20 Rn. 67). Daher umfassen die sonstigen Bezüge auch die „besonderen Entgelte oder Vorteile“ iSd. Abs. 2 Nr. 1. Diese Vorschrift soll nur klarstellen, dass es auf die Bezeichnung der in Abs. 1 aufgezählten Kapitalerträge nicht ankommt (BFH v. 21.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II 1973, 449; v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468). Es ist auch unerheblich, ob die Bezüge zu Lasten des Gewinns oder zu Lasten der Vermögenssubstanz der Gesellschaft geleistet werden (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468). Zu den sonstigen Bezügen gehören gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 insbes. vGA.

Bonusaktien: Die Zuteilung von Bonusaktien führt beim Aktionär zu einem stpfl. sonstigen Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1. Bonusaktien sind solche, die der Aktionär ohne zusätzliches Entgelt zugeteilt bekommt und die nicht aus einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln stammen (KORN/HAMMACHER/DAHME, § 20 Rn. 154). Die Gewährung von Bonusaktien ist auch stpfl., wenn die Aktien nicht aus dem Bestand der Gesellschaft sondern von einem Dritten – zB dem Mehrheitsaktionär – stammen (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468).

Spin-off: Bei einem sog. spin-off überträgt eine Körperschaft in ihrem Besitz befindliche Anteile an einer weiteren Körperschaft ohne zusätzliches Entgelt auf ihre Anteilseigner. Erfolgt in diesem Zusammenhang keine Kapitalherabsetzung und liegen die Voraussetzungen einer Spaltung nach § 15 UmwStG nicht vor, erzielt der Anteilseigner der übertragenden Körperschaft Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Form einer Sachdividende (BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Rn. 34; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 62). Die Gewährung der Anteile ist durch das Beteiligungsverhältnis veranlasst und berührt nicht nur die Vermögensebene (FG Rhld.-Pf. v. 8.6.2004, EFG 2005, 1047; v. 24.9.2007,

EFG 2008, 41, nrkr., Rev. VIII R 35/08). Wegen der Ausnahmeregelung nach Abs. 4a s. Anm. 580 ff.

Einstweilen frei.

68–69

III. Abgrenzung der Bezüge

1. Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus Veräußerung von Anteilen 70

Grundsatz: Ein Veräußerungsentgelt ist kein Ertrag der Anteile iSd. Abs. 1 Nr. 1. Ein Veräußerungsgewinn unterliegt der Besteuerung, wenn die Anteile zu einem BV gehören. Bis zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 20 durch die Einführung der Abgeltungsteuer war ein Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen und Genussrechten im PV nur unter den Voraussetzungen des § 17 (Wesentliche Beteiligung) oder des § 23 (Privates Veräußerungsgeschäft) stpfl.

Änderung durch die Einführung der Abgeltungsteuer: Mit der Einführung der Abgeltungsteuer wird der Anwendungsbereich des § 20 auf Veräußerungsgewinne erstreckt. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen und Genussrechten iSd. Abs. 1 Nr. 1 können ab dem VZ 2009 von Abs. 2 Nr. 1 als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfasst werden (s. Anm. 430 ff.).

Erwerb eigener Anteile: Erwirbt eine KapGes. zum angemessenen Preis eigene Anteile, fließen dem Veräußerer der Anteile im Zeitpunkt der Veräußerung keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 zu. Es handelt sich auch in diesem Fall um einen Veräußerungsvorgang (BFH v. 6.12.1995 – I R 51/95, BStBl. II 1998, 781; BREUNINGER, DStZ 1991, 420; KSM/WASSERMEYER § 20 Rn. C 40; WASSERMEYER, FS L. Schmidt, 1993, 621). Das gilt nach Auffassung der FinVerw. jedoch nicht, wenn die Anteile erworben werden, um sie einzuziehen (BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509). UE liegen auch in einem solchen Fall keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 vor (glA BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 121; KSM/WASSERMEYER § 20 Rn. C 40).

► *VGA bei unangemessenen Kaufpreis:* Soweit der Kaufpreis unangemessen hoch ist, liegt eine vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 vor (BFH v. 16.2.1977 – I R 163/75, BStBl. II 1977, 572). Die übrigen Gesellschafter erzielen in diesem Zusammenhang keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn sich der Wert ihrer Anteile bei einem Erwerb zu einem unangemessen niedrigen Kaufpreis erhöht.

Nach aA ist der Erwerb eigener Anteile entsprechend den wirtschaftlichen Gegebenheiten idR als Teilliquidation zu beurteilen (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 17 Rn. 102; THIEL, FS L. Schmidt, 1993, 569), so dass der veräußernde Gesellschafter Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 2 beziehen kann.

2. Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus veräußerungsähnlichen Vorgängen 71

Werden Aktien eingezogen, dh. ohne vorherigen Erwerb durch die KapGes. (§ 237 Abs. 2 AktG), so gelten die vorstehend dargestellten Grundsätze sinngemäß. Der betroffene Aktionär erhält ein Abfindungsentgelt, so dass für ihn die gleichen wirtschaftlichen Wirkungen wie bei einer Veräußerung der Aktien eintreten.

Die Einziehung eines GmbH-Anteils gem. § 34 GmbHG ist als ein Veräußerungsvorgang zu beurteilen, der beim Gesellschafter nicht zu Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1 führt (hM KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. C 39; KIRCHHOFF/GOSCH

VIII. § 17 Rn. 141; s.a. § 17 Anm. 89). Durch die Einziehung eines GmbH-Anteils nach § 34 GmbHG wird der Gesellschaftsanteil zwar vernichtet, eine Änderung des Stammkapitals ist damit aber nicht verbunden (LUTTER/HOMMELHOFF, 17. Aufl., 2009, § 34 GmbHG Rn. 2). Die Rechte und Pflichten der verbleibenden Gesellschafter erhöhen sich entsprechend. Dem betroffenen Gesellschafter steht ein Abfindungsanspruch zu. Die Einziehung ist uE daher wirtschaftlich aus Sicht des Gesellschafters mit einer Veräußerung zu vergleichen. Lediglich für den Fall, dass die gezahlte Abfindung unangemessen hoch ist, kann der überhöhte Betrag eine vGA gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 darstellen (BFH v. 3.3.2009 – I B 51/08, BFH/NV 2009, 1280).

► *Abweichende Auffassung:* Nach aA handelt es sich bei der Einziehung gegen Abfindung wirtschaftlich um eine Teilliquidation, die beim betroffenen Gesellschafter Einkünfte im Rahmen des Abs. 1 Nr. 2 anfallen (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 17 Rn. 101; OSSENDORF, BB 1979, 40; THIEL in FS f. L. Schmidt S. 569).

► *Auswirkung der Abgeltungssteuer:* Als Veräußerungsvorgang kann die Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils ab dem VZ 2009 zu Kapitaleinkünften iSd. Abs. 2 Nr. 1 führen (s. Anm. 431).

► *Keine Bezüge für verbleibende Gesellschafter:* Die mit der Einziehung verbundene Werterhöhung der übrigen Geschäftsanteile führt bei den verbliebenen Gesellschaftern nicht zu Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1 (vgl. Anm. 70).

72 3. Abgrenzung der Bezüge gegen nichtsteuerbare Kapitalrückzahlungen

Kapitalrückzahlung nicht steuerbar: Die Rückzahlung von Kapital gehört nicht zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1, soweit sich die Anteile im PV befinden. Bei gesellschaftsrechtlich verursachten Zahlungen an die Anteilseigner sind dementsprechend die Bezüge aus Anteilen von stneutralen Kapitalrückzahlungen zu unterscheiden. Letztere bewirken lediglich eine Umschichtung im Vermögen der Anteilseigner: Sie erhalten zurück, was sie in die KapGes. eingelegt haben, und gleichzeitig verringert sich der Wert ihrer Anteile entsprechend. Eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung setzt grds. voraus, dass die handelsrechtlichen Anforderungen an eine Kapitalherabsetzung oder Liquidation eingehalten werden (BFH v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315; v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725; v. 10.8.2005 – VIII R 26/03, BStBl. II 2006, 22). Zur Einlagenrückgewähr nach § 27 KStG iSd. Abs. 1 Satz 3 s. Anm. 120 ff.

Ausländische Körperschaft: Kapitalrückzahlungen einer ausländischen Körperschaft, die mit einer inländischen Körperschaft iSd. Abs. 1 Nr. 1 vergleichbar ist, stellen ebenfalls keinen stpfl. Kapitalertrag dar, soweit die Rückzahlung auf einer nach ausländischem Recht wirksamen Kapitalherabsetzung beruht (BFH v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189). Sonderregelungen gelten für im EU-Ausland ansässige KapGes. nach § 27 Abs. 8 KStG (s. dazu Anm. 102 und § 27 KStG Anm. 160 ff.). Zur Kapitalrückzahlung außerhalb einer Nennkapitalrückzahlung s. Anm. 124.

Handelsrechtlich unzulässige Kapitalrückzahlung: Eine Kapitalrückzahlung führt zu einer vGA, wenn die handelsrechtlichen Vorschriften über die Kapitalherabsetzung nicht eingehalten werden (BFH v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315). Gleiches gilt, wenn Leistungen an einen Aktionär unter Verstoß gegen das aktienrechtliche Verbot der Einlagenrückgewähr erbracht werden (BFH v. 17.10.1984 – I R 22/79, BStBl. II 1985, 69).

► *Kapitalrückzahlung vor Handelsregistereintragung:* Eine Kapitalherabsetzung ist erst mit der Handelsregistereintragung wirksam (§ 224 AktG, § 54 Abs. 3 GmbHG). Wird die Kapitalrückzahlung nach dem Beschluss über die Kapitalherabsetzung schon vorgenommen, bevor der Beschluss in das Handelsregister eingetragen worden ist, so kann eine vGA vorliegen (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725). Die Rückzahlung ist jedoch nach nicht als vGA zu behandeln, wenn die Beteiligten im Zeitpunkt der Zahlung alles unternommen haben, was zur Herbeiführung der handelsrechtlichen Wirksamkeit erforderlich ist und Gläubigerinteressen nicht berührt sind (BFH v. 6.4.1976 – VIII R 72/70, BStBl. II 1976, 341; v. 25.10.1979 – VIII R 46/76, BStBl. II 1980, 247; v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725; v. 10.8.2005 – VIII R 26/03, BStBl. II 2006, 22). Bei einer AG ist zu beachten, dass für Zahlungen nach einer Kapitalherabsetzung eine Sperrfrist von 6 Monaten einzuhalten ist (§ 225 AktG). Die Rückzahlung vor Ablauf der Sperrfrist ist nur dann keine vGA, wenn unbekannte Gläubiger nicht vorhanden sein können oder wenn deren Befriedigung trotz der vorzeitigen Kapitalrückzahlung sichergestellt ist (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725; v. 10.8.2005 – VIII R 26/03, BStBl. II 2006, 22).

► *Kapitalherabsetzung und eigene Anteile:* Zahlt eine KapGes. anlässlich einer Kapitalherabsetzung den auf ihre eigenen Anteile entfallenden Teil des Herabsetzungsbetrages an die Gesellschafter aus, so erzielen diese einen sonstigen Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1 (BFH v. 29.7.1992 – I R 31/91, BStBl. II 1993, 369).

Rückgewähr von Nachschüssen der GmbH-Gesellschafter: Nachschüsse von GmbH-Gesellschaftern werden auf den stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG erfasst. Die Rückgewähr von Nachschüssen, die nach § 30 Abs. 2 GmbHG unter den dort genannten Voraussetzungen gesellschaftsrechtlich zulässig ist (LUTTER/HOMMELHOFF XVII. § 30 GmbHG Rn. 66), kann daher zu nicht stbarn Einnahmen gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 führen. Zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 26 f.

Zahlungen auf Besserungsscheine: Verzichtet ein Gesellschafter unter dem Vorbehalt der Besserung (Besserungsschein) auf ein Darlehen und tritt später eine Besserung der wirtschaftlichen Situation wieder ein, so dass die Forderung wegen des Bedingungseintritts wieder auflebt, führt die Tilgung des Darlehens nicht zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 (BFH v. 30.5.1990 – I R 41/87, BStBl. II 1991, 588). Voraussetzung ist allerdings, dass das Entstehen der Darlehensforderung durch betriebliche Umstände veranlasst war (BFH v. 3.12.1996 – I R 121/95, BFH/NV 1997, 265).

Einstweilen frei.

73–74

4. Abgrenzung der Bezüge gegen Wertänderungen von Anteilen iSd. Abs. 1 Nr. 1

a) Wertänderung durch Ausgabe von Bezugsrechten

75

Einräumung eines Bezugsrechts kein Kapitalertrag: Die bei einer Kapitalerhöhung entstehenden Bezugsrechte lösen beim Anteilseigner keinen stpfl. Kapitalertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1 aus (BFH v. 22.5.2003 – IX R 9/00, BStBl. II 2003, 712).

Bezugsrecht bei Aktiengesellschaft: Jedem Aktionär muss nach § 186 Abs. 1 AktG auf sein Verlangen ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Aktien zugeteilt werden, wenn eine AG oder KGaA ihr Grundkapital gegen Einlagen erhöht (Bezugsrecht). Durch den Kapitalerhö-

hungsbeschluss der Hauptversammlung (§ 182 Abs. 1 Satz 1 AktG) wird das allgemeine Bezugsrecht zu einem selbständig verwertbaren Forderungsrecht des Aktionärs konkretisiert (HEFERMEHL/BUNGEROTH in GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPPF, AktG, § 186 Rn. 16). Das Bezugsrecht ist kein Ertrag aus der Beteiligung, sondern ein mit dem Wirksamwerden des Kapitalerhöhungsbeschlusses von Gesetzes wegen entstandenes Forderungsrecht des Aktionärs, das aus der alten Aktie hervorgegangen ist (BFH v. 22.5.2003 – IX R 9/00, BStBl. II 2003, 712). Die neuen Anteile repräsentieren die aus den den alten Aktien abgepaltenen Vermögensrechte.

Bezugsrecht bei GmbH: Auch bei einer GmbH steht jedem Gesellschafter bei einer beschlossenen Kapitalerhöhung (§ 55 Abs. 1 GmbHG) ein Bezugsrecht zu (LUTTER/HOMMELHOFF XVII. § 55 GmbHG Rn. 17 ff.). Stpfl. Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 werden für den Gesellschafter durch das Bezugsrecht nicht ausgelöst.

Zur Umwandlung von Vorzugsaktien in Stammaktien s. BFH v. 24.9.1974 – VIII R 64/69, BStBl. II 1975, 230.

Veräußerung von Bezugsrechten: Die Veräußerung des Bezugsrechts führt nicht zu einem Kapitaertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1, sondern kann bis zum VZ 2008 nur unter den Voraussetzungen des § 17 oder § 23 stpfl. sein (BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, BStBl. II 2008, 719; v. 22.5.2003 – IX R 9/00, BStBl. II 2003, 712). Die Veräußerung eines Bezugsrechts kann ab dem VZ 2009 einen stpfl. Kapitaertrag iSd. Abs. 2 Nr. 1 auslösen (s. Anm. 430).

76 b) Wertänderung durch Freianteile

Steuerpflichtiger Kapitalertrag bei Freianteilen: Die Ausgabe von Freianteilen außerhalb des Anwendungsbereichs des KapErhStG führt beim Anteilseigner zu einem sonstigen Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468; v. 14.2.2006 VIII R 49/03, BStBl. II 2006, 520; BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Rn. 23; STEGEMANN, BB 2000, 953). Freianteile entstehen, wenn eine KapGes. ihr Nennkapital aus Gesellschaftsmitteln erhöht, so dass der Anteilseigner für die erhaltenen Freianteile keine Gegenleistung erbringen muss.

Anwendung des KapErhStG: Die Gewährung von Freianteilen ist nach § 1 KapErhStG steuerfrei, wenn das Nennkapital durch Umwandlung von Rücklagen unter Beachtung der handelsrechtlichen Vorschriften über die Kapitalerhöhung nach §§ 57c ff. GmbHG oder §§ 207 bis 220 AktG erhöht wird (BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Rn. 20; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 60).

► *Ausländische KapGes.:* § 7 KapErhStG erstreckt die StBefreiung auch auf ausländische KapGes., wenn die ausländische Kapitalerhöhungsmassnahme in ihrem Wesensgehalt der Rücklagenumwandlung nach §§ 207 ff. AktG entspricht. Dies ist nicht der Fall, wenn die Freianteile an Stelle einer Dividende gewährt werden (BFH v. 14.2.2006 – VIII R 49/03, BStBl. II 2006, 520).

77 c) Wertänderung durch Erwerb eigener Anteile oder durch Einziehung von Anteilen

Erwerb eigener Anteile: Erwirbt eine KapGes. die Anteile eines Gesellschafters, erzielen die verbleibenden Gesellschafter durch den Erwerbsvorgang keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1, auch wenn sich der Wert ihrer Anteile durch den Vorgang erhöhen sollte. Das gleiche gilt auch, wenn eine KapGes. eigene Anteile gegen Zahlung einer Abfindung an den betroffenen Gesellschafter einzieht (BFH

v. 28.1.1966 – VI 89/65, BStBl. III 1966, 245). Den Gesellschaftern fließt selbst bei einer unentgeltlichen Einziehung eigener Anteile, die zB erfolgt, weil sich gezeigt hat, daß die Anteile nicht veräußerbar sind, keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 zu (BFH v. 29.7.1992 – I R 31/91, BStBl. II 1993, 369).

Veräußerung eigener Anteile: Veräußert die KapGes. eigene Anteile zu einem unangemessen niedrigen Preis an einen Gesellschafter, führt dies zu einer vGA. Eine Verrechnung der vGA mit der durch die Veräußerung unter Wert eintretenden Wertminderung der übrigen Anteile ist nicht zulässig (BFH v. 31.10.1990 – I R 47/88, BStBl. II 1991, 255).

IV. Rechtsfolgen

78

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Der Anteilseigner erzielt Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn die Beteiligung im PV gehalten wird. Gehört die Beteiligung zu einem BV, sind die Einnahmen nach Abs. 8 den Gewinneinkünften zuzurechnen (s. Anm. 650 ff.).

Abgeltungsteuer: Einnahmen aus Kapitalvermögen gem. Abs. 1 Nr. 1 unterliegen ab dem VZ 2009 nach § 32d Abs. 1 einem gesonderten Steuertarif von 25 % (Abgeltungsteuer). Ausnahmsweise können private Kapitaleinkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, wenn der Anteilseigner unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 25 % an der KapGes. beteiligt ist oder zu mindestens 1 % an der KapGes. beteiligt ist und beruflich für diese tätig ist. Voraussetzung für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist ein entsprechender Antrag des jeweiligen Anteilseigners (zu Einzelheiten s. § 32d Anm. 46 ff.).

► *Kein Werbungskostenabzug:* Nach Abs. 9 ist der Abzug der tatsächlich mit den Einnahmen in Zusammenhang stehenden WK ausgeschlossen (s. Anm. 680 ff.). Zur Verfassungsmäßigkeit des WK-Ausschlusses s. Anm. 8.

Teileinkünfteverfahren: Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 unterliegen ab dem VZ 2009 dem Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40, wenn sie zu den Gewinneinkünften oder den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehören (s. § 3 Nr. 40 Anm. 170). Die Bezüge werden nach § 3 Nr. 40 zu 40 % steuerfrei gestellt, während die damit im Zusammenhang stehenden BA/WK zu 60 % abgezogen werden können.

Halbeinkünfteverfahren: Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 unterlagen bis zum VZ 2008 dem Halbeinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40, unabhängig von der Frage, welcher Einkunftsart die Bezüge zuzurechnen waren (s. § 3 Nr. 40 Anm. 170). Somit wurden sowohl private als auch betriebliche Einnahmen aus Beteiligungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 zur Hälfte stfrei gestellt, während die damit im Zusammenhang stehenden BA/WK nach § 3c Abs. 2 nur zur Hälfte abgezogen werden konnten.

Bezüge ausländischer Körperschaften: Nach Abs. 1 Nr. 1 sind auch Bezüge von im Ausland ansässigen Gesellschaften stbar, soweit sie mit einer inländ. Körperschaft ihrer inneren Struktur nach vergleichbar sind (zum Typenvergleich s. Anm. 54). Gewinnausschüttungen ausländ. Körperschaften unterliegen den Regelungen der Abgeltungsteuer bzw. des Teil-/Halbeinkünfteverfahrens, da diese Vorschriften nicht nach der Herkunft der Leistung differenzieren. DBA stehen der inländ. Besteuerung regelmäßig nicht entgegen, da nach Art. 10 OECD-MA dem Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners das Besteuerungsrecht für Dividenden zugewiesen ist. Zu weiteren Einzelheiten s. Anm. 10.

► *Anrechnung ausl. KSt.*: Für Dividenden, die unter dem Regime des KStAnrechnungsverfahrens gezahlt wurden, ist Deutschland nach der Rspr. des EuGH zur Anrechnung ausl. KSt. verpflichtet (EuGH v. 6.3.2007 – C-292/04, Meilicke, DStR 2007, 485; s. kritisch ENGLISCH, Dividendenbesteuerung, 2005, 344 ff.; zu praktischen Umsetzungsproblemen s. FG Köln v. 14.5.2009, EFG 2009, 1491, mit erneuter Anrufung des EuGH).

Rückzahlung: Die Rückzahlung einer offenen Gewinnausschüttung oder einer Vorabauschüttung kann den Zufluss nicht rückwirkend beseitigen. Es liegen auch keine negativen Einnahmen oder WK beim Anteilseigner vor. Vielmehr handelt es sich sowohl aus der Sicht der KapGes. als auch aus der Sicht des Anteilseigners um eine Einlage (BFH v. 3.8.1993 – VIII R 82/91, BStBl. II 1994, 561; v. 29.8.2000 – VIII R 7/99, BStBl. II 2001, 173; v. 1.4.2003 – I R 51/02, BStBl. II 2003, 779).

Ausschüttungen auf Genussrechte führen wie offene und verdeckte Gewinnausschüttungen zu Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn die Genussrechte im PV gehalten werden. Sie unterliegen den Regelungen der Abgeltungsteuer. Bei Genussrechten im BV ist das Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 anzuwenden.

Zur Liquidation und Umwandlung der KapGes. sowie der Veräußerung eines Genussrechts s. Anm. 430 und § 8 KStG Anm. 243 ff.

► *Verluste:* Der Genussrechtsinhaber kann auch am Verlust der KapGes. beteiligt sein. Verlustanteile im PV können weder als WK noch als negative Einnahmen stmindernd berücksichtigt werden, da ein Verlust sich nur auf der Vermögensebene auswirkt. Zur Berücksichtigung von Verlusten im Anwendungsbereich des Abs. 2 Nr. 1 s. Anm. 430.

79 Einstweilen frei.

C. Verdeckte Gewinnausschüttungen (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2)

I. Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung

80 1. Unterschiedliche Voraussetzungen einer vGA bei der Körperschaft und dem Anteilseigner

Keine gesetzliche Definition: Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) sind im Gesetz nicht definiert. Der Gesetzgeber hat die Auslegung damit bewusst der Rspr. und Praxis überlassen (OPPENLÄNDER, vGA, 2004, 8). Für die Besteuerung einer Körperschaft bestimmt § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG lediglich die Rechtsfolge einer vGA, während Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 die Besteuerung beim Anteilseigner regelt. Nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG darf einen vGA ebenso wie eine offene Gewinnausschüttung das Einkommen der Körperschaft nicht mindern, weil Gewinnausschüttungen steuerlich eine Einkommensverwendung darstellen. Bei Leistungen von Körperschaften an ihre Anteilseigner ist daher zu differenzieren, ob der Sachverhalt der Einkommenserzielung oder der Einkommensverwendung zuzuordnen ist (s. § 8 KStG Anm. 100). Auf der Ebene des Anteilseigners führt eine vGA wie eine offene Gewinnausschüttung zu stpflichtigen Kapitalerträgen iSd. Abs. 1 Nr. 1.

Aufgabe der Einheitsdefinition: Zunächst hatte die Rspr. eine einheitliche Definition der vGA entwickelt, die für die Besteuerung der Körperschaft wie des Anteilseigners maßgebend war (zB BFH v. 21.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II

1973, 449; v. 28.1.1981 – I R 10/77, BStBl. II 1981, 612; sog. Einheitsdefinition). Die Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung hat der I. Senat des BFH mit einer Entscheidung vom 1.2.1989 (I R 73/85, BStBl. II 1989, 522) erstmals aufgegeben. Seit der Rechtsprechungsänderung durch den I. Senat ist ausschließlich aus Sicht der Körperschaft zu beurteilen, ob eine vGA iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vorliegt. Die Voraussetzung, dass dem Anteilseigner ein Vermögensvorteil zugewendet werden muss, wurde aufgegeben (WASSERMEYER, DStR 1990, 158; OPPENLÄNDER, vGA, 2004, 19). Die eigenständige Definition soll zum Ausdruck bringen, dass die für die Fälle einer vGA in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG angeordnete Hinzurechnung zum Einkommen der Körperschaft nicht den Zufluss eines entsprechenden Vermögensvorteils beim Gesellschafter weder in zeitlicher noch in tatsächlicher Hinsicht voraussetzt (GOSCH II. § 8 KStG Rn. 170; WASSERMEYER, FR 1989, 218, 220). Erst mit der Entscheidung vom 7.8.2002 (I R 2/02, BStBl. II 2004, 131) hat der BFH die Definition einer vGA auf der Ebene der Körperschaft dahingehend konkretisiert, dass die Unterschiedsbetragsminderung die objektive Eignung haben muss, beim Anteilseigner einen Beteiligungsertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1 auszulösen (HERLINGHAUS, GmbHR 2003, 373).

Definition der vGA iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG: Seit der Änderung seiner Rspr. im Jahre 1989 definiert der I. Senat des BFH eine vGA iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG auf der Ebene der Körperschaft als eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrags gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG iVm. § 8 Abs. 1 KStG auswirkt und in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht (BFH v. 1.2.1989 – I R 73/85, BStBl. II 1989, 522; v. 22.2.1989 – I R 44/85, BStBl. II 1989, 475; v. 6.12.1995 – I R 88/94, BStBl. II 1996, 383; v. 8.10.2008 – I R 61/07, BFH/NV 2009, 504). Ob eine vGA iSd. § 8 Abs. 3 KStG vorliegt, wird nur noch aus dem Blickwinkel der KapGes. beurteilt. Zwar ist die vGA nicht von einem (tatsächlichen) Zufluss eines entsprechenden Vermögensvorteils beim Anteilseigner abhängig. Jedoch muss der auf der Ebene der Körperschaft zu beurteilende Vorgang objektiv geeignet sein, bei dem begünstigten Anteilseigner einen sonstigen Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auszulösen (sog. Vorteilsgeneigntheit; BFH v. 7.8.2002 – I R 2/02, BStBl. II 2004, 131; v. 18.3.2009 – I R 63/08, BFH/NV 2009, 1842).

Zur Definition der vGA iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG s. ausführlich § 8 KStG Anm. 100 ff.

Definition einer vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2: Eine vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 liegt vor, wenn eine Körperschaft ihrem Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet, diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat und der Vermögensvorteil dem Gesellschafter zugeflossen ist (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; v. 21.8.2007 – I R 29/07, BFH/NV 2008, 2133).

Getrennte Beurteilung: Ob eine vGA beim Anteilseigner iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 vorliegt, ist unabhängig davon zu beurteilen, ob eine vGA auf der Ebene der Körperschaft anzunehmen ist. Dies gilt sowohl für die Beurteilung der materiellen Voraussetzungen einer vGA als auch für die formellrechtliche Zusammenhänge. Denn nach stRspr. des BFH stehen der StBescheid der vorteilsgewährenden Körperschaft und des empfangenden Anteilseigners nicht im Verhältnis von Grundlagen- zu Folgebescheid (BFH v. 27.10.1992 – VIII R 41/89, BStBl. II 1993, 569). Trotz der unterschiedlichen Definitionen der vGA bleiben die Besteuerungsebenen insoweit durch das gemeinsame Tatbestandsmerkmal

der Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis verbunden (HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 20. Aufl. § 11 Rn. 90; KOHLHEPP, DB 2007, 2446). Differenzen in der stl. Beurteilung können sich damit insb. bei der zeitlichen Berücksichtigung und bei der Bewertung einer vGA ergeben. Anschaulich verdeutlicht der Fall der überhöhten Pensionszusage, die wegen des frühzeitigen Todes des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht zur Auszahlung kommt, die unterschiedliche Behandlung einer vGA bei der Körperschaft und dem Anteilseigner.

Keine Änderung durch die Einführung eines materiellen und formellen Korrespondenzprinzips: Die Einführung einer materiellen und formellen Korrespondenz zwischen der Besteuerung einer vGA bei der vorteilsgewährenden Körperschaft und dem empfangenden Anteilseigner durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 hat sich an der getrennten Prüfung der Voraussetzungen einer vGA nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 nichts geändert. Mit dem JStG 2007 wurde eine materiell-rechtliche Korrespondenz zwischen der Behandlung einer vGA bei der Gesellschaft und dem Gesellschafter dahingehend hergestellt, dass eine (anteilige) StBefreiung nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d bzw. § 8b Abs. 1 KStG dem Anteilseigner nur noch gewährt wird, wenn die vGA das Einkommen der zuwendenden Körperschaft nicht gemindert hat (zu Einzelheiten s. § 3 Nr. 40 Anm. 125 ff. und § 8b KStG Anm. J 06-5 ff.). Dagegen unterliegt eine vGA im privaten Bereich unabhängig von der steuerlichen Behandlung auf der Ebene der Körperschaft dem gesonderten Steuertarif nach § 32d (KOLLRUSS, BB 2008, 2437). Neben der materiellen Korrespondenz wurde durch das JStG 2007 auch eine formelle Korrespondenz zwischen der Besteuerung einer vGA auf der Ebene der Körperschaft und der Ebene des Anteilseigners hergestellt, in dem nach § 32a KStG der StBescheid des Anteilseigners geändert werden kann, wenn der StBescheid einer Körperschaft hinsichtlich der Berücksichtigung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird (zu Einzelheiten s. § 32a KStG Anm. J 06-8 ff.).

81 2. Begriff der vGA auf der Ebene des Anteilseigners

VGA auf Anteilseignerebene: Eine vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 liegt vor, wenn eine Körperschaft ihrem Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet, diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat und der Vermögensvorteil dem Gesellschafter zugeflossen ist (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; v. 21.8.2007 – I R 29/07, BFH/NV 2008, 2133; v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568).

Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis: Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis liegt regelmäßig vor, wenn die Körperschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nicht-gesellschafter nicht gewährt hätte (stRspr., zB BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568). Es kann sich auch um ein früheres oder zukünftiges Gesellschaftsverhältnis handeln (BFH v. 31.10.1990 – I R 47/88, BStBl. II 1991, 255; v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621).

► *Feststellungslast für Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis:* Die Feststellungslast für das Vorliegen einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung trägt das FA. Ob eine Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter betrieblich oder gesellschaftsrechtlich veranlasst ist, muss aufgrund aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (BFH v. 14.7.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, 307).

Zur Problematik, ob die Prüfung des Veranlassungszusammenhangs eine Rechtsfrage oder eine Frage der Tatsachenfeststellung ist s. § 8 KStG Anm. 130; HEY in TIPKE/LANG, StR, 20. Aufl. 2010, § 11 Rn. 74; PEZZER, FR 2003, 1024; GOSCH II, § 8 Rn. 288; WEBER-GRELLET, DStZ 1998, 357; WASSERMAYER, FS Ofterhaus, 1999, 405.

Gewinnausschüttung durch Rechtsgeschäft verdeckt: Im Unterschied zur offenen Gewinnausschüttung ist die Vorteilsgewährung an den Anteilseigner im Falle des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 regelmäßig durch ein anderes Rechtsgeschäft „verdeckt“. Dem Anteilseigner wird im Rahmen einer vertraglich vereinbarten Leistungsbeziehung (Anstellungs-, Miet-, Pacht-, Darlehens- oder Kaufvertrag), ein Vermögensvorteil zugewandt, wobei die Veranlassung der Vorteilsgewährung nicht in der schuldrechtl. Leistungsbeziehung zu finden ist. Obwohl schuldrechtl. Leistungsbeziehungen zwischen Körperschaft und Anteilseigner wegen des bei der Besteuerung von Körperschaften geltenden Trennungsprinzips grds. stl. anzuerkennen sind.

Vorteilsgewährende Körperschaften: Bei welchen Körperschaften eine vGA vorkommen kann s. § 8 KStG Anm. 121.

Zinszahlungen iSd. § 8a KStG aF: Nach § 8a KStG aF können Vergütungen für Fremdkapital an Anteilseigner unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen bei der KapGes. als vGA zu behandeln sein (Gesellschafter-Fremdfinanzierung). Die ausdrückliche gesetzliche Qualifizierung solcher Zinszahlungen als vGA auf der Ebene der KapGes. führt dazu, dass auch dem Anteilseigner eine vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 zufließt (BFH v. 20.8.2008 – I R 29/07, FR 2009, 239; v. 18.3.2009 – I R 13/08, FR 2009, 1003). Mit Einführung der sog. Zinsschranke durch das UntStReformG v. 14.8.2007 wurde § 8a KStG grundsätzlich mit Wirkung ab dem VZ 2008 vollständig neu gefasst. Bestimmte Zinsaufwendungen stellen nunmehr nichtabzugsfähige BA dar; die gesetzliche Fiktion einer vGA wurde aufgegeben (s. § 8a KStG Anm. J 07-3).

Einstweilen frei.

82–84

II. Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung im Einzelnen

1. Gewährung eines Vermögensvorteils („Bezüge“)

a) Vorteilsgewährung an einen Anteilseigner

85

Maßnahmen der Kapitalgesellschaft: Für eine Vorteilsgewährung reicht jedes Tun oder Unterlassen der KapGes. aus. Zumeist wird der Leistung der KapGes., die einen Vorteil für den Gesellschafter enthält, ein Rechtsgeschäft zugrunde liegen, das auch in einem Verzicht der KapGes. auf Ansprüche oder sonstige Rechte zugunsten des Gesellschafters bestehen kann. Ein Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter ist aber nicht Voraussetzung der Vorteilsgewährung. Sie kann vielmehr auch dadurch erfolgen, dass eine KapGes. ohne entsprechende Vereinbarung die Verbindlichkeit eines Gesellschafters erfüllt (BFH v. 28.1.1981 – I R 10/77, BStBl. II 1981, 612; v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178). Durch Unterlassen der KapGes. empfängt der Gesellschafter einen Vermögensvorteil, wenn die KapGes. einen Vertrag nicht kündigt, der dem Gesellschafter früher angemessene, jetzt aber nicht mehr gerechtfertigte Vorteile bringt. Ferner entsteht ein Vermögensvorteil des Gesellschafters durch

Unterlassen, wenn eine KapGes. nicht rechtzeitig die erforderlichen Maßnahmen trifft, ein dem Gesellschafter gewährtes Darlehen hinreichend zu sichern (BFH v. 14.3.1990 – I R 6/89, BStBl. II 1990, 795). Schließlich ist der Vermögensvorteil des Gesellschafters auf das Unterlassen der KapGes. zurückzuführen, wenn sie einen Anspruch gegen den Gesellschafter nicht geltend macht.

VGA nicht nur durch Rechtshandlungen der zuständigen Organe: Die Vorteilsgewährung muss nicht auf einer Rechtshandlung der Gesellschaftsorgane beruhen. Es kommt nicht auf eine Handlung der Gesellschaftsorgane an, wenn diese – durch Tun oder Unterlassen – einem Gesellschafter oder einer ihm nahestehenden Person die Möglichkeit verschafft haben, über Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Auch Vermögensmehrungen, die für einen Gesellschafter durch eine von ihm begangene Unterschlagung von Gesellschaftsvermögen entstehen, sind dementsprechend vGA (BFH v. 14.10.1992 – I R 14/92, BStBl. II 1993, 351; v. 14.10.1992 – I R 17/92, BStBl. II 1993, 353; glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 62; WASSERMEYER, DB 1993, 1260; aA KOHLHEPP, DB 2007, 2446; FLUME, DB 1993, 1945; PAUS, DB 1993, 1258). Eine widerrechtliche Geldentnahme kann den Gesellschaftern jedoch nicht zugerechnet werden, wenn sie von einem Geschäftsführer ohne Kenntnis und auch nicht im Interesse der Gesellschafter vorgenommen wurde, selbst wenn der Geschäftsführer den Gesellschaftern nahe steht (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; aA DJPW/DÖRSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 67a mit dem Hinweis, der Verzicht der KapGes. auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs sei als vGA zu werten).

Kein subjektives Handlungserfordernis: Eine vGA setzt nicht voraus, dass die handelnden Personen subjektiv eine vGA vornehmen wollten. Sie müssen weder den Tatbestand einer vGA kennen noch ihre Handlungen rechtlich zutreffend einordnen. Auch ist keine Einigung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft über eine verdeckte Zuwendung notwendig (BFH v. 28.1.1992 – VIII R 207/85, BStBl. II 1992, 605). Erfüllt der Geschäftsführer eine zivilrechtlich tatsächlich nichtbestehende Verbindlichkeit in der irrigen Annahme, dazu verpflichtet zu sein, steht dies einer vGA grds. nicht entgegen (BFH v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621).

► *Rechtsirrtum nur ausnahmsweise Entschuldigungsgrund:* Ein Rechtsirrtum der handelnden Personen steht einer vGA daher regelmäßig nicht entgegen. Nur ausnahmsweise kann uE ein subjektiver Entschuldigungsgrund die Annahme einer vGA verhindern, wenn die (nachgewiesene) fehlerhafte Vorstellung des Handelnden den sicheren Schluss zulässt, dass eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung nicht besteht (glA GOSCH II. § 8 Rn. 277; WASSERMEYER, DB 2001, 2465; offen gelassen von BFH v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621).

Art des Vermögensvorteils: Die Art des Vermögensvorteils ist für die Erfassung als sonstiger Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1 unerheblich. Jeder hinreichend bestimmte, meßbare Vorteil reicht aus (BFH v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178). Eine Vorteilszuwendung liegt zB darin, dass die KapGes. einem Gesellschafter die Nutzung von Wirtschaftsgütern oder von Kapital ohne angemessene Gegenleistung überlässt. Der Vorteil kann auch in der Überlassung immaterieller Werte bestehen, zB eines Geschäftswerts (BFH v. 20.8.1986 – I R 150/82, BStBl. II 1987, 455), oder dadurch, dass die KapGes. einem Gesellschafter die Möglichkeit einräumt, eine Erfindung zu nutzen. Es genügt, wenn der Vorteil mittelbar zugewendet wird. Hat zB eine KapGes. auf Grund des Vertrages mit einem Dritten eine konkrete Geschäftschance und überlässt sie diese einem Gesellschafter, kann darin eine gesellschaftsrechtlich veranlasste

Vorteilsgewährung an den Gesellschafter liegen (BFH v. 3.11.1971 – I R 68/70, BStBl. II 1972, 227; v. 12.2.1990 – I R 73/89, BStBl. II 1991, 593; v. 13.11.1996 – I R 149/94, GmbHR 1997, 315; v. 6.11.2006 – I B 29/06, BFH/NV 2007, 465; s.a. § 8 KStG Anm. 307 ff.).

Vorteil in der Form der Ausgabensparnis: Die Vorteilsgewährung kann ferner darin bestehen, dass die Gesellschaft Aufwendungen trägt, die jedoch im Interesse des Gesellschafters liegen, zB die Kosten einer Feier anlässlich des Geburtstags des Gesellschafters (BFH v. 28.11.1991 – I R 34–35/90, BFH/NV 1992, 560). Dementsprechend handelt es sich auch um eine vGA, wenn eine KapGes. im Interesse eines Gesellschafters ein Wirtschaftsgut unterhält, zB eine Jacht, und sie aus diesem Anlass Aufwendungen trägt, ohne dass sich der Gesellschafter zu deren Ersatz verpflichtet (BFH v. 4.12.1996 – I R 54/95, FR 1997, 311; v. 7.10.2008 – I B 37/07, BFH/NV 2009, 216). Die Korrektur solcher durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasster Aufwendungen über eine vGA ist notwendig, weil eine KapGes. nach der Rspr. keine außerbetriebliche Sphäre haben kann (zB BFH v. 8.8.2001 – I R 106/99, BStBl. II 2003, 487; v. 7.2.2007 – I R 27–29/05, GmbHR 2007, 660; s. ausführlich § 8 KStG Anm. 41 ff.).

Vorteilsgewährung an den Anteilseigner: Der Vorteil muss dem Anteilseigner oder einer ihm nahestehenden Person zugeflossen sein (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. 2007, 830). Nur der Anteilseigner kann nach Abs. 5 Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 erzielen (s. dazu Anm. 600 ff.). Allerdings kann eine vGA auch im Zusammenhang mit einem früheren oder zukünftigen Gesellschaftsverhältnis stehen (BFH v. 31.10.1990 – I R 47/88, BStBl. II 1991, 255; v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621). Zu Einzelheiten s. ausführlich § 8 KStG Anm. 123. Zur nahestehenden Person s. Anm. 86.

b) Leistung an eine dem Gesellschafter nahestehende Person

86

Dem Gesellschafter kann eine Leistung der KapGes. auch ohne tatsächlichen Zufluss bei ihm zuzurechnen sein, wenn die Leistung einer dem Gesellschafter nahe stehenden Person zugewendet wird.

Tatsächlicher Zufluss bei nahestehender Person: Erhält eine dem Gesellschafter nahestehende Person eine Leistung, durch die ihr ein Vorteil gewährt wird, zB in der Form eines besonders günstigen Kaufpreises, so wertet die Rspr. dies als Indiz für eine vGA. Eine vGA liegt nicht vor, wenn die Gesellschaft selbst ein eigenes, ausschließlich betriebliches Interesse an der Leistung an die nahestehende Person hat (BFH v. 4.7.1984 – I R 195/81, BStBl. II 1984, 842; v. 18.12.1996 – I R 139/94, BStBl. II 1997, 301; v. 19.7.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830).

Gesellschaftsrechtliche Veranlassung: Die Zuwendung an die nahestehende Person muss ihre Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis haben, um eine vGA gegenüber dem Gesellschafter auslösen zu können. Auch hier gilt das Verhalten des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers als Maßstab (BFH v. 8.10.2008 – I R 61/07, BFH/NV 2009, 504). Eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung ist nicht davon abhängig, dass auch der Gesellschafter ein vermögenswertes Interesse an dieser Zuwendung hat (BFH v. 25.5.2004 – VIII R 4/01, BFH/NV 2005, 105; v. 22.2.2005 – VIII R 24/03, BFH/NV 2005, 1266).

Beherrschender Gesellschafter: Bei einem beherrschenden Gesellschafter kann sich eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Zuwendung an die nahestehende Person auch dadurch ergeben, dass es zwischen ihr und der KapGes. an einer klaren, im Voraus getroffenen, zivilrechtlich wirksamen und tatsächlich

durchgeführten Vereinbarung fehlt (BFH v. 17.12.1997 – I R 70/97, BStBl. II 1998, 545; v. 8.10.2008 – I R 61/07, BFH/NV 2009, 504).

Beweis des ersten Anscheins: Für die Annahme, dass dem Gesellschafter mit der Leistung der KapGes. an eine ihm nahestehende Person mittelbar selbst ein Vermögensvorteil zugewendet wird, spricht der Beweis des ersten Anscheins (BFH v. 27.11.1974 – I R 250/72, BStBl. II 1975, 306; v. 22.2.2005 – VIII R 24/03, BFH/NV 2005, 1266). Er kann nur durch Tatsachen entkräftet werden, die darauf schließen lassen, dass der Vermögensvorteil nicht gesellschaftsrechtlich, sondern ausschließlich durch die Beziehungen der dem Gesellschafter nahestehenden Person zu der KapGes. verursacht worden ist. Gehört auch die nahestehende Person zu den Gesellschaftern der KapGes., ist der Beweis des ersten Anscheins nicht verwendbar (BFH v. 29.9.1981 – VIII R 8/77, BStBl. II 1982, 248).

Nahestehende Personen: Ein Nahestehen kann sich aus familienrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen, schuldrechtlichen oder rein tatsächlichen Umständen ergeben (BFH v. 18.12.1996 – I R 139/94, BStBl. II 1997, 301). Zu Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 125.

Zurechnung beim Gesellschafter: Die Zuwendung aus gesellschaftsrechtlichen Gründen an eine nahestehende Person ist dem Gesellschafter als (eigener) stpflichtiger Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 zuzurechnen. Die Zuwendung ist so zu beurteilen, als ob der Gesellschafter selbst den Vorteil erhalten hätte und diesen an die nahestehende Person in Form einer stl. unbeachtlichen Einkommensverwendung weitergeleitet hätte (BFH v. 6.12.2005 – VIII R 70/04, BFH/NV 2006, 722). Eine Zurechnung scheidet allerdings aus, wenn dem Gesellschafter nicht nachgewiesen werden kann, dass er von der Begünstigung der ihm nahestehenden Person durch die KapGes. überhaupt Kenntnis hatte. Allein ein Überwachungsverschulden des Gesellschafters gegenüber dem Geschäftsführer reicht für eine Zurechnung der vGA nicht aus (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830).

Zu weiteren Einzelheiten zur Behandlung von Zuwendungen an nahestehende Personen insb. auch im Konzern s. ausführlich § 8 KStG Anm. 125.

87 c) Bewertung der vGA

Bewertung nach § 8: Der im Rahmen einer vGA gewährte Vermögensvorteil ist beim Anteilseigner, der seine Beteiligung im PV hält, nach § 8 zu bewerten (BFH v. 6.12.2005 – VIII R 70/04, BFH/NV 2006, 722). Nach § 8 Abs. 2 ist eine nicht in Geld bestehende vGA mit den um übliche Preisnachlässe gemindernden üblichen Endpreis am Abgabeort anzusetzen.

► *Gebören die Anteile an der KapGes. zum Betriebsvermögen* des Gesellschafters, ist der anzuwendende Bewertungsmaßstab bisher nicht eindeutig geklärt. Nach der Rspr. des BFH soll ein Wirtschaftsgut, das der Gesellschafter im Wege einer vGA erwirbt, im Vermögensvergleich des Gesellschafters mit seinem „wahren“ Wert angesetzt werden (BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348).

Bewertung bei Körperschaft und Anteilseigner nicht identisch: Die Bewertung der vGA beim Gesellschafter ist dabei nicht an deren Bewertung bei der KapGes. gebunden (BFH v. 23.2.2005 – I R 70/04, BStBl. II 2005, 882; v. 17.7.2008 – I R 83/07, BFH/NV 2009, 417; BMF v. 29.9.2005, BStBl. I 2005, 903; aA PEZZER, vGA, 1986, 104 ff.; OPPENLÄNDER, vGA, 2004, 232; BRIESE, GmbHR 2005, 1271). Damit setzt sich die getrennte Beurteilung der vGA auf der Ebene der KapGes. und des Anteilseigners bei der Bewertung fort (s. Anm. 80).

► *Private PKW-Nutzung*: Dies gilt insb. für die private PKW-Nutzung durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer, welche als vGA zu erfassen ist. Die Einnahmen sind auf Anteilseignerebene gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 nach der sog. 1 % Regelung wertmäßig zu erfassen, während die vGA auf Gesellschaftsebene unbeschadet der Erfassung beim Gesellschafter nach Fremdvergleichsmaßstäben zu bewerten ist (BFH v. 23.2.2005 – I R 70/04, BStBl. II 2005, 882; v. 23.1.2008 – I R 8/06, BFH/NV 2008, 1057; v. 17.7.2008 – I R 83/07, BFH/NV 2009, 417). Zur Abgrenzung der privaten PKW-Nutzung zwischen vGA und Arbeitslohn s. auch BFH v. 23.4.2009 – VI R 81/06, BFH/NV 2009, 1311.

Zur Bewertung der vGA bei der vorteilsgewährenden Körperschaft s. § 8 KStG Anm. 203 ff.

Einstweilen frei.

88–89

2. Gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Zuwendung

a) Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter

90

Fremdvergleich: Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis liegt regelmäßig vor, wenn die Körperschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte (stRspr., BFH v. 5.10.1994 – I R 50/94, BStBl. II 1995, 549; v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830). Eine vGA setzt voraus, dass die Leistung, die ein Gesellschafter von der KapGes. empfängt, an der er beteiligt ist, ihre Veranlassung nicht in betrieblichen Gründen, sondern im Gesellschaftsverhältnis hat. Wodurch Leistungen der KapGes. an ihre Gesellschafter veranlasst sind, ist regelmäßig im Rahmen eines Fremdvergleich zu beurteilen, wobei die Denkfigur des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters den objektiver Maßstab des Fremdvergleich darstellt (GOSCH II. § 8 Rn. 300).

Kriterien des Fremdvergleich: Ob die Gewährung eines Vermögensvorteils einem Fremdvergleich standhält, ist an den Kriterien der Angemessenheit, Üblichkeit und Ernsthaftigkeit zu messen (s. ausführlich § 8 KStG Anm. 132 ff.).

b) Vorteilsgewährung an beherrschenden Gesellschafter

91

Zusätzliche Anforderungen: Bei der Gewährung eines Vermögensvorteils an einen beherrschenden Gesellschafter sind zusätzliche Anforderungen zu beachten. Eine Zuwendung kann ihre Ursache auch im Gesellschaftsverhältnis haben, wenn die KapGes. eine Leistung an den beherrschenden Gesellschafter oder eine diesem nahe stehende Person erbringt, für die es an einer klaren, im Voraus getroffenen, zivilrechtlich wirksamen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung fehlt (BFH v. 5.10.2004 – VIII R 9/03, BFH/NV 2005, 526; v. 9.7.2003 – I R 100/02, BFH/NV 2003, 1666; v. 29.3.1999 – I R 20/98, BStBl. II 2001, 612; v. 17.9.1992 – I R 89–98/91, BStBl. II 1993, 141; v. 24.1.1990 – I R 157/86, BStBl. II 1990, 645; v. 21.7.1982 – I R 56/78, BStBl. II 1982, 761).

Gesamtwürdigung: Werden die zusätzlich bestehenden formellen Anforderungen nicht erfüllt, führt dies nicht „automatisch“ zur Annahme einer vGA. Vielmehr ist ein Verstoß gegen die formellen Anforderungen lediglich im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen (BFH v. 23.10.1996 – I R 71/95, BStBl. II 1999, 35; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 69). Es handelt sich weder um eine absolute Tatbestandsvoraussetzung noch um eine unwiderlegbare Vermutung (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568). Zu Einzelheiten s. ausführlich § 8 KStG Anm. 144.

Zeitpunkt der Vereinbarung und Rückwirkungsverbot: Die Vereinbarung mit dem beherrschenden Gesellschafter muss im Voraus getroffen werden, so dass Zahlungen aufgrund rückwirkender Vereinbarungen nicht anerkannt werden und zu einer vGA führen (Rückwirkungsverbot; BFH v. 11.12.1991 – I R 49/90, BStBl. II 1992, 434). Eine rückwirkende Vereinbarung innerhalb eines VZ wird ebenfalls nicht anerkannt (BFH v. 18.2.1972 – I R 165/70, BStBl. II 1972, 721). Zu weiteren Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 150.

Beherrschender Gesellschafter ist derjenige, der über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt (§ 133 AktG; § 47 GmbHG), so dass er den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen ihm und der KapGes. erzwingen kann. Daher ist bei Abweichungen zwischen der Kapital- und der Stimmeteiligung die Letztere maßgebend (BFH v. 23.10.1985 – I R 247/81, BStBl. II 1986, 195). Unter besonderen Umständen können Stimmrechte mehrerer Gesellschafter, die gleichgerichtete Interessen besitzen, zusammengerechnet werden (BFH v. 10.7.2002 – I R 37/01, BStBl. II 2003, 418; v. 13.12.1989 – I R 45/84, BFH/NV 1990, 455; s.a. § 8 KStG Anm. 147).

► *Zeitpunkt der beherrschenden Stellung:* Die Frage, ob ein Gesellschafter beherrschend war, ist nach dem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem die KapGes. ihm gegenüber die Zahlungsverpflichtung eingegangen ist (BFH v. 28.4.1982 – I R 51/76, BStBl. II 1982, 612; v. 18.12.1996 – I R 139/94, BStBl. II 1997, 301). War die beherrschende Stellung bei Abschluss des Vertrages bereits absehbar, kann dies bereits ausreichen (BFH v. 14.3.2006 – I R 38/05, BFH/NV 2006, 1515).

► *Nabestehende Person:* Auch bei Leistungen an eine dem beherrschenden Gesellschafter nahe stehenden Person sind die strengeren Anforderungen zu beachten (BFH v. 22.2.1989 – I R 9/85, BStBl. II 1989, 631).

Wegen der weiteren Einzelheiten zum beherrschenden Gesellschafter s. § 8 KStG Anm. 147.

Klare und eindeutige Vereinbarung: Die mit dem beherrschenden Gesellschafter geschlossene Vereinbarung muss klar und eindeutig sein, so dass ein außenstehender Dritter unmissverständlich erkennen kann, aus welchem Rechtsgrund und in welcher Höhe Leistungen erbracht werden. Die Auslegungsbedürftigkeit einer missverständlichen Vereinbarung ist unschädlich, wenn sich ihr Inhalt durch Auslegung zweifelsfrei bestimmen lässt (BFH v. 11.8.2004 – I R 40/03, BFH/NV 2005, 248; v. 24.3.1999 – I R 20/98, BStBl. II 2001, 612; zu weiteren Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 152).

Zivilrechtlich wirksam Vereinbarung: Die mit dem beherrschenden Gesellschafter geschlossene Vereinbarung muss zivilrechtlich wirksam sein. Zivilrechtlich unwirksame Vereinbarungen sind ein Indiz für die mangelnde Ernsthaftigkeit der Vereinbarung, so dass eine Leistung nicht auf Grund der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung erbracht wird (BFH v. 23.10.1996 – I R 71/95, BStBl. II 1999, 35; zu weiteren Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 155).

Zu grenzüberschreitenden Sachverhalten s. § 8 KStG Anm. 144.

Erlangung wirtschaftlicher Verfügungsmacht: Der Vorteil ist beim Anteilseigner nur stpflichtig, wenn er ihm zugeflossen ist (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568). Allein die Erfassung einer vGA bei der Körperschaft führt daher noch nicht zu Einkünften des Anteilseigners nach Abs. 1

Nr. 1 Satz 2 (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830). Der Zufluss einer vGA setzt voraus, dass der Anteilseigner die wirtschaftliche Verfügungsmacht erlangt hat (s. § 11 Anm. 18). Eine vGA kann allerdings auch ohne Zufluss beim Anteilseigner zu erfassen sein, wenn der Vorteil dem Anteilseigner mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahestehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; v. 6.12.2005 – VIII R 70/04, BFH/NV 2006, 722, zu Einzelheiten s. Anm. 86).

Beherrschender Gesellschafter: Abweichend von diesem Grundsatz ist dem beherrschenden Gesellschafter eine vGA bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit zufließen, vorausgesetzt, die Körperschaft ist zu diesem Zeitpunkt zahlungsfähig (BFH v. 14.2.1984 – VIII R 221/80, BStBl. II 1984, 480; v. 5.10.2004 – VIII R 9/03, BFH/NV 2005, 526; s. ausführlich § 11 Anm. 62).

Ratenzahlung: Wird dem Anteilseigner eine unangemessen hohe Leistung in Raten gezahlt, liegt der Zufluss einer vGA erst mit dem Überschreiten der Angemessenheitsgrenze vor (BFH v. 20.1.1999 – I R 21/98, BStBl. II 1999, 369).

IV. Rechtsfolgen einer vGA

93

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Eine vGA führt beim Anteilseigner nach Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 zu stpflichtigen Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die Beteiligung im PV gehalten wird. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich nicht von der einer offenen GA.

Abgeltungsteuer bzw. Teileinkünfteverfahren: Auch eine vGA unterliegt ab dem VZ 2009 – wie eine offene Gewinnausschüttung – grundsätzlich der Abgeltungsteuer (§ 32d). Das Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40, nach welchem 40 % der Bezüge steuerfrei gestellt werden, ist anzuwenden, wenn die Bezüge zu den Gewinneinkünften oder zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gehören (s. § 3 Nr. 40 Anm. 170). Die Optionsmöglichkeit zum Teileinkünfteverfahren nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 erfasst auch vGA (s. § 32d Anm. 48).

► *Halbeinkünfteverfahren:* Bis zum VZ 2008 werden alle vGA, unabhängig von der Zuordnung zu einer bestimmten Einkunftsart, nach dem Halbeinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 zur Hälfte steuerfrei gestellt (s. § 3 Nr. 40 Anm. 115).

Korrespondenzprinzip: Die Gewährung der StFreistellung des § 3 Nr. 40 ist für alle vGA, die nach dem 18.12.2006 zufließen, davon abhängig, dass die Leistungen das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert haben (zur materiellen Korrespondenz s. Anm. 80 und § 3 Nr. 40 Anm. 125 ff. und § 8b KStG Anm. J 06-5 ff.). Dagegen unterliegt eine vGA im privaten Bereich unabhängig von der steuerlichen Behandlung auf der Ebene der Körperschaft dem gesonderten Steuertarif nach § 32d (KOLLRUSS, BB 2008, 2437). Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit § 32a KStG eine eigenständige Änderungsnorm geschaffen, die die Änderung von StBescheiden des Anteilseigners ermöglicht, wenn der StBescheid der leistenden Körperschaft wegen der Berücksichtigung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird (zu Einzelheiten s. Anm. 80 und § 32a KStG Anm. J 06-8 ff.).

Rückzahlung einer vGA: Die Rückzahlung einer vGA kann die einmal eingetretenen Steuerfolgen nicht beseitigen (BFH v. 14.7.2009 – VIII R 10/07, DStR 2009, 2142). Sie ist sowohl aus Sicht des Anteilseigners als auch der Körperschaft als Einlage zu behandeln, wenn die Rückzahlung durch das Gesellschafts-

verhältnis veranlasst ist (BFH v. 29.5.1996 – I R 118/93, BStBl. II 1997, 92; v. 29.8.2000 – VIII R 7/99, BStBl. II 2001, 173; v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621; BMF v. 6.8.1981, BStBl. I 1981, 599). Dabei ist es unerheblich, ob die Rückzahlungsverpflichtung auf einer gesetzlichen Verpflichtung (zB § 31 GmbH; BFH v. 29.8.2000 – VIII R 7/99, BStBl. II 2001, 173) oder einer Satzungsklausel (BFH v. 25.5.1999 – VIII R 59/97, BStBl. II 2001, 226) oder einer gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht (BFH v. 14.7.2009 – VIII R 10/07, DSfR 2009, 2142) beruht. Als Kehrseite der vGA ist die Rückzahlung regelmäßig durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst. Die Rückzahlung führt beim Anteilseigner weder zu negativen Einkünften noch zu WK, sondern kann sich nur auf die AK der Beteiligung auswirken.

GLA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 79; KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. C 96; DERS., GmbHR 2005, 149; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 50; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 77; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 106; aA SCHWEDHELM/BINNEWIES, GmbHR 2005, 151 und GmbHR 2006, 1308.

Zu Zinszahlungen nach § 8a KStG aF s. Anm. 81.

94

V. Wichtige Anwendungsfälle

Für die Darstellung wichtiger Anwendungsfälle einer vGA wird auf die umfangreiche Darstellung bei § 8 KStG Anm. 250 ff. verwiesen.

95–99 Einstweilen frei.

D. Keine Einnahmen bei Verwendung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG (Abs. 1 Nr. 1 Satz 3)

I. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3

100 1. Grundlagen

Die Regelung soll sicher stellen, dass die Rückzahlung von Gesellschaftereinlagen, auch wenn sie nicht in das Nennkapital der KapGes. geleistet werden (§ 27 KStG), im Rahmen des Abs. 1 Nr. 1 beim Gesellschafter stneutral behandelt werden. Dieser Grundsatz galt schon unter dem alten Körperschaftsteueranrechnungsverfahren, unter dessen Regime Ausschüttungen, für die Eigenkapital iSd. § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG aF (sog. EK 04) als verwendet galt, nicht stbar waren. Die Rechtslage hat sich durch die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens in seiner grundsätzlichen Ausrichtung nicht geändert (LBP/SCHLOTTER, § 20 Rn. 415). Der Anwendungsbereich der Norm wurde durch das SEStEG v. 7.12.2006 auf Körperschaften aus dem EU-Ausland erweitert, da diese nach dem neu angefügten § 27 Abs. 8 KStG ein stl. Einlagekonto führen können (s. § 27 KStG Anm. J 06-19 ff.).

101 2. Bezüge

Nach Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 gehören Bezüge nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1, soweit sie aus Ausschüttungen einer Körperschaft stammen, für die Beträge aus der stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten. Satz 3 betrifft sämtliche Bezüge iSd. Nr. 1. Daher ist es insoweit unerheblich, ob die Bezüge offen oder verdeckt zugewendet worden sind.

3. Körperschaft oder Personenvereinigung

Körperschaften und Personenvereinigungen: Satz 3 erfasst Ausschüttungen aller Körperschaften und Personenvereinigungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 (s. Anm. 60 ff.).

Unbeschränkte Steuerpflicht: Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkte sich bis zum VZ 2006 auf die Ausschüttungen unbeschränkt stpfl. Körperschaften, weil nur diese nach der bis zum VZ 2006 geltenden Fassung des § 27 KStG ein stl. Einlagekonto führen konnten.

► *Altes Recht:* Zum alten Recht vertrat die FinVerw. die Auffassung, dass eine Einlagerückgewähr ausländ. KapGes. mangels stl. Einlagekonto stbar ist (BMF v. 4.6.2003, BStBl. I 2003, 366; glA DJPW/DÖTSCH, § 27 KStG Rn. 66 und 261; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 142; kritisch FÖRSTER/v. LISHAUT, FR 2002, 1205). Dagegen behandelte der BFH auch Kapitalrückzahlungen ausländ. KapGes. uE zutreffend als nicht stbar (BFH v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; v. 27.4.2000 – I R 58/99, BStBl. II 2001, 168; s. dazu auch RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909). Zur rückwirkenden Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG s. § 27 KStG Anm. 164.

Ausländische Körperschaften aus der EU: Mit dem SEStEG v. 7.12.2006 wurde § 27 KStG dahingehend ergänzt, dass Körperschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU unbeschränkt stpfl. sind, unter den dort genannten Voraussetzungen eine Einlagenrückgewähr iSd. § 27 erbringen können (s. § 27 KStG Anm. J 06-19 ff.). Somit können auch Ausschüttungen solcher Körperschaften als Einlagenrückgewähr iSd. § 27 KStG zu behandeln sein und somit dem Anwendungsbereich des Satzes 3 unterliegen (FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1481). Allerdings gelten nach § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG alle Leistungen dieser ausländ. Körperschaften als Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn eine gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 KStG nicht erfolgt ist. In diesem Fall sind die Leistungen wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Fiktion als stpfl. Einnahmen zu behandeln (zur Frage der Europarechtswidrigkeit des § 27 Abs. 8 KStG s. SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). Gesellschaften aus EWR-Staaten (Island, Norwegen, Liechtenstein) werden dem Wortlaut nach dagegen nicht von der Vorschrift erfasst. Unter Berücksichtigung der Rspr. des EFTA-Gerichtshofs hat uE eine entsprechende Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG auf KapGes. aus dem EWR-Raum zu erfolgen (zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 164).

Ausländische Körperschaften aus Drittstaaten unterliegen weiterhin nicht dem Anwendungsbereich des Satzes 3, weil sie kein stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG führen können. Ob nunmehr eine nicht stbare Kapitalrückzahlung dieser Körperschaften außerhalb einer handelsrechtl. wirksamen Nennkapitalrückzahlung noch möglich ist (BFH v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189), ist umstritten. Während einerseits von einer generellen StPflcht einer Kapitalrückzahlung ausgegangen wird (DJPW/DÖTSCH, § 27 KStG Rn. 267; WERRA/TEICHE, DB 2006, 1455), gehen andere Autoren von einer Fortgeltung der alten Rechtslage aus (SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1481).

► *Stellungnahme:* UE führt die Neuregelung dazu, dass eine Einlagenrückgewähr ausländ. Körperschaften aus Drittstaaten außerhalb einer Nennkapitalrückzahlung generell stbar sind. Die Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG ist ausdrücklich auf Körperschaften aus dem EU-Ausland beschränkt. Darüber hinaus würden bei einer anderen Auslegung Körperschaften aus EU-Staaten schlechter als aus

Drittstaaten behandelt werden, wenn die EU-Gesellschaft auf eine Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 verzichtet. Denn in diesem Fall gelten alle Zahlungen nach § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG als Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1. Eine Körperschaft aus Drittstaaten könnte aber auch ohne Feststellungsverfahren nicht stbare Kapitalrückzahlungen vermitteln. Daraus wird uE ersichtlich, dass der Gesetzgeber Kapitalrückzahlungen von Körperschaften aus Drittstaaten generell als stbar ansehen wollte. Diese Ungleichbehandlung verstößt allerdings gegen die europarechtl. verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV). Denn die Kapitalverkehrsfreiheit schützt auch Rechtsbeziehungen zu Drittstaaten (BFH v. 26.11.2008 – I R 7/08, BFH/NV 2009, 849), so dass eine Diskriminierung von KapGes. aus Drittstaaten europarechtl. unzulässig ist. Insbesondere können verwaltungstechnische Probleme mit der Administrierbarkeit einer europarechtl. gebotenen Gleichbehandlung eine Diskriminierung von KapGes. aus Drittstaaten nicht rechtfertigen.

103 4. Als verwendet geltende Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG

Steuerliches Einlagekonto: Die Bezüge gehören nicht zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Satz 1, wenn Beträge aus dem stl. Einlagekonto nach § 27 KStG als verwendet gelten. Im stl. Einlagekonto werden gem. § 27 Abs. 1 KStG nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen und ihnen gleichgestellte Beträge ausgewiesen. Der gesonderte Ausweis von Einlagen auf der Ebene der KapGes. ist notwendig, um die stneutrale Behandlung der Rückzahlung beim Anteilseigner sicher zu stellen (DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1345). Der Anfangsbestand des stl. Einlagekontos ist aus dem unter dem Körperschaftsteueranrechnungsverfahren zu führenden EK 04 hervorgegangen (FÖRSTER/v. LISHAUT, FR 2002, 1205).

Verwendungsreihenfolge nach § 27 KStG: Welche Beträge für eine Ausschüttung als verwendet gelten, richtet sich allein nach den Regelungen des § 27 KStG. Dementsprechend ist die nach § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG vorgeschriebene Verwendungsreihenfolge zu beachten. Nur die nach § 27 KStG bei der Körperschaft vorzunehmende Berechnung entscheidet, ob für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. Abs. 1 Satz 3 als verwendet gelten (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. C 107). Unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Verwendungsreihenfolge kann demnach auch eine von der KapGes. beschlossene Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen nicht in den Anwendungsbereich des Abs. 1 Satz 3 fallen (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. C 101).

Bescheinigung: Nach § 27 Abs. 3 KStG hat die KapGes. ihren Anteilseigner zu bescheinigen, wenn für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto als verwendet gelten. Die Bescheinigung ist bei der Besteuerung des Anteilseigners zu beachten; sie ist jedoch kein Grundlagenbescheid (BFH v. 19.7.1994 – BStBl. II 1995, 362). Die Vorlage der Bescheinigung ist auch keine materiellrechtliche Voraussetzung für die Anwendung des Abs. 1 Satz 3 (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 EStG Rn. 99; KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. 107). Der Nachweis über die Verwendung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto kann der Anteilseigner also auch durch Vorlage anderer Beweismittel erbringen (FG Ba.-Württ. v. 15.12.2008, EFG 2009, 875, rkr.).

Zur Festschreibung der Verwendungsreihenfolge durch Ausstellung einer Bescheinigung iSd. § 27 Abs. 3 KStG s. BFH v. 10.6.2009 – I R 10/09, BStBl. II 2009, 974.

II. Rechtsfolgen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3

104

Nichtsteuerbare Bezüge: Soweit für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten, sind die Bezüge des Anteilseigners nicht stbar (BFH v. 7.11.1990 – I R 68/88, BStBl. II 1991, 177). Es liegen keine Beteiligungserträge iSd. Abs. 1 Nr. 1 vor.

Verrechnung mit den Anschaffungskosten: Die Ausschüttung führt zu einer Minderung der AK der Anteile an der ausschüttenden Körperschaft oder Personenvereinigung (BFH 7.11.1990 – I R 68/88, BStBl. II 1991, 177; v. 16.3.1994 – I R 70/92, BStBl. II 1994, 527; v. 19.7.1994 – VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362). Werden die Anteile im BV gehalten, führt die Ausschüttung zu einem Beteiligungsertrag, wenn die Ausschüttung den BW der Beteiligung übersteigt (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647; BMF v. 9.1.1987, BStBl. I 1987, 171). Nach § 17 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 kann die Ausschüttung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto zu einem stpfl. Veräußerungsgewinn führen, wenn die Einlagenrückzahlung die AK überschreitet (zu Einzelheiten s. § 17 Anm. 325). Solche Gewinne sind bei nat. Pers. nach § 3 Nr. 40 und bei Körperschaften nach § 8b KStG (anteilig) stbefreit (s. § 3 Nr. 40 Anm. 113 und § 8b Anm. 32).

Einführung der Abgeltungsteuer: Zur stl. Auswirkung einer Ausschüttung iSd. Abs. 1 Satz 3 im Anwendungsbereich des Abs. 2 Nr. 1 s. Anm. 431.

Einstweilen frei.

105–109

E. Einnahmen aus Dividendenkompensationszahlungen (Abs. 1 Nr. 1 Satz 4)

I. Vorbemerkung

110

Zweck der Regelung: Mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878) wurde Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 eingeführt, um Steuerausfällen zu vermeiden, die bei Aktiengeschäften entstehen, die um den Termin der Hauptversammlung herum abgewickelt werden. Bei Aktiengeschäften, die vor dem Termin der Hauptversammlung abgeschlossen aber erst nach dem Termin erfüllt werden, konnte es nach altem Recht zu einer doppelten Bescheinigung der KapErtrSt. kommen, obwohl diese tatsächlich nur einmal an das FA gezahlt wurde (FEYERABEND in ERLE/SAUTER, KStG, 3. Aufl. 2010, § 20 EStG Rn. 82; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 Rn. 99a). Das führte in der Vergangenheit zu einer doppelten Anrechnung und damit zu Steuerausfällen, die mit der Einführung des neuen Satzes 4 und der Einführung von Folgeänderungen in §§ 43 ff. verhindert werden sollen (BTDrucks. 16/2712, 46). Dabei zielt die Regelung auf sog. Leerverkäufe. Mit dem Begriff „Leerverkauf“ werden alle Handlungen bezeichnet, die darauf ausgerichtet sind, Aktien, Effekten oder Derivate zu verkaufen, ohne im Besitz der Wertpapiere zu sein (KIRCHHOF/v. BECKENRATH IX. § 20 Rn. 55).

Beispiel: V erteilt seiner Depotbank den Verkaufsauftrag über die X-Aktien (mit Dividendenberechtigung) am 19.3.2007. Gleichzeitig erteilt auch E seiner Bank einen Kaufauftrag über die X-Aktien (mit Dividendenberechtigung). Da V noch nicht im Besitz der Aktien ist, und sich diese Aktien auch nicht im Wege einer Wertpapierleihe verschaffen will, erteilt er am 21.3.2007 zum Ausgleich des Leer-Verkaufs einen Kaufauftrag (Deckungsgeschäft) über entsprechende X-Aktien. Diese befinden sich zu diesem Zeitpunkt im Eigentum (Girosammelverwahrung) des D, der gleichzeitig, also am 21.3.2006, eine Verkaufs-Order erteilt. Der Gewinnverwendungsbeschluss der X-AG wird

auf der HV am 20.3.2007 gefasst. Die Lieferung der Aktien erfolgt nach der HV ohne Dividendenanspruch („ex“) an E.

Rechtliche Situation des V (Leer-Verkäufer): Im Zeitpunkt der HV am 20.3.2007 ist V weder wirtschaftlicher noch zivilrechtl. Eigentümer (Inhaber) der X-Aktien. Wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien ist am HV-Tag nach den Börsenansätzen bereits E, da nur das Verpflichtungsgeschäft maßgeblich ist. Zivilrechtl. Eigentümer der Aktien am 20.3.2007 ist dagegen noch D. V als Leerverkäufer ist nach Abs. 5 nicht als Anteilseigner anzusehen. Ihm werden keine Dividenden gutgeschrieben. V erhält auch keine StBescheinigung über abgeführte KapErtrSt. Da er die Aktien mit Dividendenberechtigung vor dem HV-Termin veräußert hat, hat er einen höheren Verkaufskurs realisiert als die Aktien bei Lieferung nach dem HV-Termin wegen des Dividendenabschlages wert sein werden.

Rechtliche Situation des E (Erwerber): E stehen nach den Börsenbestimmungen alle Rechte und Pflichten zu, die zum Zeitpunkt der schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftsbestanden (HÄUSELMANN, DStR 2009, 1996). Die ausführende Bank muss den Erwerber nun so stellen, wie er bei Erfüllung im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts gestanden hätte. Sie muss ihm folglich einen Ausgleich in Höhe der Dividende zahlen und eine StBescheinigung über einbehaltene KapErtrSt. ausstellen (DJPW/DÖRSCH/PUNG, § 20 Rn. 99b). Daher erhält E am 21.3.2007 eine von der Depotbank ausgehende Gutschrift über die sog. künstliche Dividende (manufactured dividends) und dazu eine Bescheinigung über erstattungsfähige bzw. anrechnungsberechtigte KapErtrSt. Zudem werden seinem Depot die Aktien, allerdings mit einem um den Dividendenabschlag reduzierten Wert, gutgeschrieben.

Rechtliche Situation des D (Verkäufer): Am Tag der HV (20.3.2007) ist D noch zivilrechtl. (dinglicher) Eigentümer der Aktien. Da sein Aktienbestand die veräußerten Aktien noch ausweist, erhält er von seiner Depotbank eine Gutschrift über die (echte) Netto-Dividende und eine StBescheinigung über die von der X-AG abgeführte KapErtrSt. und den SolZ.

Ergebnis: Da sowohl E als auch D Dividendengutschriften und jeweils eine gleichlautende StBescheinigung erhalten haben, die X-AG als Schuldner der (echten) Dividenden aber nur einmal die Netto-Dividende gezahlt und nur einmal KapErtrSt. (SolZ) abgeführt hat, sind das in den StBescheinigungen für E und D ausgewiesene Dividendenvolumen und die zur Anrechnung bzw. Erstattung berechtigende KapErtrSt. (SolZ) zu hoch. Während D seine Netto-Dividendenzahlung aus dem von der AG gezahlten Dividendenvolumen (echte Dividende) erhält, erhält E seine künstliche (Netto)Dividendengutschrift von der Depotbank des Leer-Verkäufers V. Diese Bank belastet deshalb ihren Kunden V einerseits mit der Netto-Dividende und andererseits mit der dem E bescheinigten KapErtrSt. Damit wird der wirtschaftliche Vorteil des V aus dem Verkauf der Aktien mit Dividendenberechtigung zu einem höheren Preis ausgeglichen, denn die Aktien werden dem Erwerber E nur ohne Dividendenanspruch (Dividendenabschlag am Tag nach der HV) geliefert. V steht wirtschaftlich am Ende der Transaktionen so da, als hätte er die Aktien ohne Dividendenanspruch veräußert.

Besteuerung nach altem Recht: Vor Einfügung des Satzes 4 hat der Anteilseigner iSd. Abs. 5 die von der AG gezahlten (echten) Dividenden als Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 zu versteuern. Die Zahlung an den Erwerber konnte nicht nach Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 erfasst werden, da er seine Dividenden nicht vom Schuldner der Dividenden, sondern von der Bank erhalten hatte. Aufgrund der ihm zugleich erteilten StBescheinigung war er aber gleichwohl in der Lage, sich die KapErtrSt. anrechnen bzw. erstatten zu lassen.

Neuregelung: Die Ergänzung in Satz 4 erweitert nun den Bezügebegriff um Einnahmen („künstliche Dividenden“), die anstelle der Bezüge aus Satz 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Abs. 5 bezogen werden, wenn Aktien mit Dividendenberechtigung („cum“) erworben, aber ohne Dividendenanspruch („ex“) geliefert werden. Mit dieser Ergänzung und den Folgeänderungen bei den kapertstl. Vorschriften der §§ 43 ff. sollen systembedingte Steuerausfälle bei der KapErtrSt. im Zusammenhang mit Leerverkäufen von Aktien verhindert werden.

Zeitliche Anwendung: Die Neuregelung ist auch § 52 Abs. 36 Satz 6 erstmals auf alle Verkäufe anzuwenden, die nach dem 31.12.2006 getätigt werden, wobei auf den Abschluss des schuldrechtl. Vertrags abzustellen ist.

II. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4

1. Einnahmen an Stelle der Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 von einem anderen als dem Anteilseigner 111

Als sonstige Bezüge gelten nach Nr. 1 Satz 4 auch Einnahmen des Spfl., die er von einem Dritten, der nicht Anteilseigner iSd. Abs. 5 ist, an Stelle von Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1 erhält.

Einnahmen an Stelle von Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1: Die Einnahmen iSd. Nr. 1 Satz 4 müssen an Stelle von Gewinnausschüttungen (Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1) gezahlt werden. Einerseits darf es sich nicht originär um Gewinnausschüttungen handeln und andererseits muss die Zahlung den Bezug einer Gewinnausschüttung ersetzen. Es muss sich also um eine Ausgleichszahlung des Verkäufers dafür handeln, dass die verkaufte Aktie nicht mehr einen Anspruch auf originäre Zahlung einer Gewinnausschüttung vermittelt (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 82).

Zahlung von einem anderen als dem Anteilseigner iSd. Abs. 5: Weiter wird für die Anwendung von Satz 4 vorausgesetzt, dass die Ausgleichszahlung, die an Stelle der Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 gewährt wird, nicht vom Anteilseigner iSd. Abs. 5 selbst stammt. Die Ausgleichszahlung muss also von einem Dritten, in der Regel von einer Bank, stammen. Zum Begriff des Anteilseigners iSd. Abs. 5 s. Anm. 600 ff.

2. Aktienerwerb mit Dividendenberechtigung erworben, jedoch ohne Dividendenanspruch geliefert 112

Die Ausgleichszahlung gilt nur als sonstiger Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung vom Käufer erworben wurden, bei Erfüllung die Aktien jedoch ohne Dividendenanspruch geliefert werden.

Tatsächliche Leerverkäufe: Damit erfasst die Regelung vorrangig tatsächliche Leerverkäufe (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 82). Aktienveräußerungen mit Dividendenberechtigung, bei denen die Aktien aus einem Wertpapierleihbestand heraus gegen Zahlung einer „Leihgebühr“ „cum“ geliefert werden, fallen nicht unter den Satz 4.

Anwendung auf vergleichbare Fälle: Die von Nr. 1 Satz 4 erfassten Verkaufsvorgänge sind idR Leerverkäufe. Erfasst werden aber auch alle Geschäftsvorgänge, bei denen Aktien „cum Dividende“ veräußert, aber aus einem Wertpapierdarlehen „ex Dividende“ geliefert werden. Dieser Geschäftsart bedienen sich oft Abwicklungsbanken, wenn sie feststellen, dass bei ihnen kein Lieferbestand vorhanden ist. Ein weiterer Anwendungsfall sind fehlerhafte abgewickelte Aktiengeschäfte, bei denen sich durch Bearbeitungsfehler von Bankmitarbeitern die Belieferung von Aktienveräußerungen „cum“ über den HV-Termin hinaus verzögern, sodass nur eine Lieferung der Aktien „ex“ möglich ist (BRDrucks. 622/06; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 Rn. 99h).

Börsliche und außerbörsliche Geschäfte: Die Regelung setzt nicht voraus, dass die Aktiengeschäfte über die Börse abgewickelt werden. Liegen die Voraussetzungen des Satzes 4 vor, werden auch außerbörsliche Geschäfte erfasst (kritisch zur Anwendung auf außerbörsliche Geschäfte RAU, DStR 2007, 1192).

III. Rechtsfolge des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4

Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1: Die Dividendenkompensationszahlungen gelten beim Stpfl. als Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1, obwohl es sich materiell nicht um eine Gewinnausschüttung handelt. Damit werden Einnahmen von einem Dritten als solche aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 fingiert und echten Dividenden gleichgestellt. Die Zahlungen unterliegen dem KapErtrStAbzug. Da sie als Dividende gelten, unterliegen sie der Abgeltungsteuer oder dem Teil-/Halbeinkünfteverfahren (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 Rn. 99g; FEYERABEND in ERLE/SAUTER, KStG, 3. Aufl. 2010, § 20 EStG Rn. 82).

114–119 Einstweilen frei.

F. Bezüge nach Auflösung und auf Grund einer Kapitalherabsetzung (Abs. 1 Nr. 2)

I. Überblick

Zweck der Vorschrift: Die Nr. 2 erfasst Bezüge, die zwar im Zusammenhang mit der Auflösung einer Körperschaft oder Kapitalherabsetzung anfallen, jedoch stl. gesehen keine Kapitalrückzahlung darstellen. Die Rückzahlung von Kapital führt im PV außerhalb des Anwendungsbereichs des Abs. 2 nicht zu einem steuerrelevanten Kapitalertrag (BFH v. 10.8.2005 – VIII R 26/03, BStBl. II 2006, 22; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 85). Daher ordnet die Regelung ausdrücklich an, dass die Rückzahlung von Nennkapital und von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG nicht zu stpfl. Kapitalerträgen führt. Die Regelung von Abs. 1 Nr. 2 soll jedoch sicher stellen, dass im Zusammenhang mit der Auflösung einer Körperschaft oder der Kapitalherabsetzung anfallende Kapitalerträge der Besteuerung nach § 20 Abs. 1 unterworfen werden. Nach Nr. 2 Satz 1 gehören Zahlungen nach einer Auflösung zu den stpfl. Kapitalerträgen, die über das Nennkapital und die Gesellschaftereinlagen iSd. § 27 KStG hinausgehen. Nach Nr. 2 Satz 2 ist ausnahmsweise auch die Rückzahlung von Nennkapital nach einer Auflösung oder einer Kapitalherabsetzung einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft als Einnahmen aus Kapitalvermögen zu erfassen, soweit sie nach § 28 Abs. 2 Satz 2 und 4 KStG als Gewinnausschüttung zu behandeln ist. Es werden nur solche Bezüge von Nr. 2 erfasst, die nicht schon nach Nr. 1 zu besteuern sind (KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 186).

Steuerliches Einlagekonto iSd. § 27 KStG: Die Vorschrift verklammert die Regelungen über das stl. Einlagekonto, das eine Körperschaft nach § 27 KStG zu führen hat, mit der Besteuerung auf Anteilseignerebene. Soweit das stl. Einlagekonto keinen ausreichenden positiven Bestand ausweist, sollen darüber hinausgehende Auszahlungsbeträge dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren beim Anteilseigner unterworfen werden (BT-Drucks. 16/3369, 19). Gleiches gilt für Gewinnrücklagen, die in Nennkapital umgewandelt wurden. Soweit Auszahlungen den Sonderausweis nach § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG mindern, soll ihre Besteuerung auf Anteilseignerebene sicher gestellt werden, weil es sich bei diesen Bezügen im Ergebnis nicht um die Rückzahlung zuvor eingezahlten Kapitals handelt (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 188).

Abgrenzung zu Einkünften iSd. § 17 Abs. 4: Leistungen an die Anteilseigner im Zusammenhang mit der Auflösung einer KapGes. oder mit einer Kapital-

herabsetzung können zu Einkünften iSd. § 17 Abs. 4 führen. Nach § 17 Abs. 4 Satz 3 tritt die Besteuerung nach § 17 Abs. 4 Satz 1 zurück, wenn die Bezüge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören.

II. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1

1. Bezüge

121

Bezüge: Der Begriff der Bezüge ist mit dem der Nr. 1 identisch. Daher kann auf Anm. 60 ff. verwiesen werden. Zu den Bezügen gehören sowohl Liquidationsraten als auch Abschlusszahlungen (BT-Drucks. 14, 7344, 17; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 58).

Sachbezüge: Auch Sachbezüge können zu den Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 2 gehören (KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 190). Denn in Ausnahmefällen erhalten die Gesellschafter einer KapGes. auch nach deren Auflösung Sachbezüge als Anteil am Liquidationsüberschuss. Der Anspruch der Gesellschafter ist zwar regelmäßig ein Geldanspruch (§ 271 AktG, § 72 GmbHG). Bei einer GmbH kann jedoch die Teilung in Natur erfolgen, wenn dies zumutbar ist. Dabei kann es auch zur Zuteilung einzelner WG unter Anrechnung auf die Liquidationsquote kommen.

► *Rückübertragung überlassener WG:* Keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 2 liegen vor, wenn die KapGes. anlässlich der Liquidation WG zurücküberträgt, die ihr lediglich zum Gebrauch überlassen worden waren, da es insoweit an einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung fehlt.

Drittgläubigerrechte: Auch die Erfüllung sog. Drittgläubigeransprüche der Gesellschafter führt nicht zu Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 2, denn insoweit stehen die Gesellschafter der KapGes. wie Dritte als Gläubiger außerhalb gegenüber (LUTTER/HOMMELHOFF XVII. § 72 GmbHG Rn. 6). Rückzahlungen eines Gesellschafterdarlehens ausserhalb eines Insolvenzverfahrens führen daher nicht zu Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 2, da es sich um solche Drittgläubigeransprüche handelt. Dies gilt insb. seit der Abschaffung der Eigenkapitalersatzregeln durch das MoMiG v. 28.10.2008, da die besonderen Beschränkungen für eine Rückzahlung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen entfallen sind (LUTTER/HOMMELHOFF XVII. § 70 GmbHG Rn. 10 f. und § 72 Rn. 8).

Abgrenzung gegen Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1: Abs. 1 Nr. 2 erfasst nur Bezüge, die nicht zu den Einnahmen iSd. Nr. 1 gehören (KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 186). Einnahmen iSd. Nr. 1 liegen vor, wenn eine KapGes. nach ihrer Auflösung beschliesst, den Gewinn eines vor der Auflösung abgelaufenen Wj. auszuschütten (BFH v. 12.9.1973 – I R 9/72, BStBl. II 1974, 14; v. 9.3.1983 – I R 202/79, BStBl. II 1983, 433).

2. Körperschaft oder Personenvereinigung

122

Körperschaften oder Personenvereinigungen: Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 betrifft nur Bezüge, die aus Leistungen von Körperschaften oder Personenvereinigungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 stammen. Zu Einzelheiten s. Anm. 50 ff.

► *Unbeschränkte StPflcht ab VZ 2007 nicht mehr erforderlich:* Die Körperschaft oder Personenvereinigung muss nicht unbeschränkt kstpflichtig sein, um in den Anwendungsbereich des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 zu fallen (FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147). Nicht unbeschränkt stpfl. Körperschaften werden erst seit der Än-

derung des Abs. 1 Nr. 2 durch das SEStEG v. 7.12.2006 (BStBl. I 2007, 4) von der Vorschrift erfasst. Die Neuregelung gilt erstmals ab dem VZ 2007 (§ 52 Abs. 1). Die Aufnahme nicht unbeschränkt stpflchtiger Körperschaften in den Anwendungsbereich der Nr. 2 steht mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 27 KStG auf KapGes., die in einem Mitgliedstaat der EU unbeschränkt stpflchtig sind, in engen systematischen Zusammenhang (s. § 27 Anm. 160 ff.). Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Streichung der Voraussetzung der unbeschränkten StPflcht in der Nr. 2 lediglich eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund des erweiterten Anwendungsbereichs des § 27 KStG darstellen (BT-Drucks. 16/2710, 29). Die Erweiterung beschränkt sich nicht nur auf im EU-Ausland ansässige Körperschaften, sondern erfasst uneingeschränkt auch Körperschaften aus Drittstaaten (zur Kritik der Neuregelung s. FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147; SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). Das zuvor für die Liquidation ausl. Körperschaften bestehende Privileg, nach dem der Vorgang bei nicht unter § 17 fallende Beteiligungen nicht stbar war, ist somit entfallen (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 Rn. 175; FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147).

► *Verzicht auf eine Feststellung nach § 27 Abs. 8 KStG:* Eine Einlagenrückgewähr iSd. § 27 Abs. 8 Satz 1 KStG setzt voraus, dass die in einem Mitgliedstaat der EU unbeschränkt stpflchtigen Körperschaft eine gesonderte Feststellung der entsprechenden Beträge nach einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck beantragt. Verzichtet die ausländische Körperschaft auf eine gesonderte Feststellung, gelten alle ihre Leistungen nach § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG als Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1. Unter diesen Voraussetzungen liegen auf Grund der gesetzlichen Fiktion keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 2 vor.

Rechtslage bis VZ 2006: Bis zur Änderung durch das SEStEG unterfielen nur Bezüge von unbeschränkt stpflchtigen Körperschaften den Regelungen des Abs. 1 Nr. 2. Zahlungen von ausländischen Körperschaften konnten daher nicht zu Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 2 führen, sondern kann dem Anwendungsbereich des § 17 Abs. 4 unterliegen (s. § 17 Abs. 4 Anm. 325; FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147).

123 3. Bezüge, die nach der Auflösung anfallen

Die Vorschrift erfasst nur Bezüge, die nach der Auflösung der Körperschaft oder Personenvereinigung iSd. Abs. 1 Nr. 1 anfallen.

Auflösung einer Körperschaft: Als Auflösung der Körperschaft ist eine solche im handelsrechtlichen Sinne gem. § 262, § 289 AktG, § 60 GmbHG zu verstehen (KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 58). Eine Körperschaft kann kraft Gesetzes oder durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst werden. Die Auflösung bedeutet nicht die Beendigung der Körperschaft, sondern eine Zweckänderung. Der Zweck ist nunmehr auf die Abwicklung der Gesellschaft gerichtet. Die Gläubiger der Gesellschaft sind zu befriedigen und das Restvermögen ist an die Mitglieder zu verteilen.

► *Umwandlung einer Körperschaft:* Umwandlungsvorgänge wie Spaltung oder Verschmelzung führen nicht zu einer Auflösung iSd. Abs. 1 Nr. 2 (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. D 12).

Nach der Auflösung anfallen: Die Zugehörigkeit zu den Bezügen iSd. Nr. 2 ist zeitlich eingegrenzt, denn nur nach der Auflösung anfallende, gesellschaftsrechtlich veranlasste Bezüge werden von der Vorschrift erfasst. Fallen derartige Bezüge vor dem Auflösungszeitpunkt an, zählen sie zu den Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1. Andererseits fallen nicht alle Bezüge, die nach der Auflösung anfallen, in den Anwendungsbereich der Nr. 2. Schüttet eine Körperschaft einen Gewinn, der aus der Zeit vor der Auflösung stammt, nach dem Auflösungszeitpunkt aus,

handelt es sich nämlich um Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 und nicht iSd. Nr. 2 (BFH v. 9.3.1983 – I R 202/79, BStBl. II 1983, 433).

4. Keine Rückzahlung von Nennkapital

124

Keine steuerbaren Bezüge: Soweit nur die Rückzahlung von Nennkapital vorliegt, fallen die Bezüge nicht unter Abs. 1 Nr. 2, denn die Rückzahlung von Nennkapital führt im PV nicht zu einem steuerrelevanten Kapitalertrag (BFH v. 10.8.2005 – VIII R 26/03, BStBl. II 2006, 22). Zur Behandlung einer Kapitalrückzahlung im Rahmen des § 17 Abs. 4 s. § 17 Anm. 260 ff.

5. Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3

125

Keine Steuerpflicht für Beträge aus dem stl. Einlagekonto: Die in Satz 2 angeordnete Anwendung der Nr. 1 Satz 3 bedeutet, dass nach der Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung anfallenden Bezüge nicht steuerbar sind, soweit Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten. Denn insoweit handelt es sich lediglich um eine Rückzahlung von Gesellschaftereinlagen, die im Anwendungsbereich von Abs. 1 Nr. 1 und 2 steuerneutral behandelt werden. Die Beträge können bei einer Besteuerung nach § 17 Abs. 4 zu berücksichtigen sein (s. § 17 Anm. 325 ff.; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 20 Rn. 173). Zu Einzelheiten s. Anm. 100 ff.

III. Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 2

1. Gleiches gilt für Bezüge auf Grund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung

a) Bezüge auf Grund einer Kapitalherabsetzung

126

Kapitalherabsetzung: Bezüge iSd. Nr. 2 Satz 2 müssen dem Gesellschafter auf Grund einer Kapitalherabsetzung zufließen. Unter Kapitalherabsetzung ist die Verringerung des Nennkapitals einer KapGes. in Erfüllung der dafür vorgeschriebenen handelsrechtl. Voraussetzungen zu verstehen (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. D 7). Nur Bezüge auf Grund einer handelsrechtlich wirksamen Kapitalherabsetzung (für AG: § 222 AktG; für KGaA: §§ 278, 222 AktG; für GmbH: § 58 GmbHG) sind erfasst. Eine Kapitalherabsetzung ist erst wirksam, wenn der dahin gehende Gesellschafterbeschluss in das Handelsregister eingetragen worden ist (§ 224 AktG, § 54 Abs. 3 GmbHG).

Verstoß gegen handelsrechtliche Voraussetzungen: Die Rückzahlung von Nennkapital unter Verletzung der handelsrechtlichen Voraussetzungen löst eine vGA aus, so dass keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 2 vorliegen (BFH v. 17.10.1984 – I R 22/79, BStBl. II 1985, 69).

Vereinfachte Kapitalherabsetzung: Die vereinfachte Kapitalherabsetzung (§ 229 AktG) ist im Zusammenhang mit Nr. 2 ohne Bedeutung, weil die Aktionäre bei ihr keine Bezüge erhalten (§ 230 AktG). Sie soll nur dazu dienen, Wertminderungen auszugleichen, sonstige Verluste zu decken oder Beträge in die Kapitalrücklage einzustellen (§ 229 Abs. 1 AktG).

Erwerb oder Einziehung von Anteilen: Erwirbt eine KapGes. eigene Anteile oder werden Gesellschaftsanteile eingezogen (§ 237 AktG, § 34 GmbHG) oder säumige Gesellschafter ausgeschlossen (§ 64 AktG, § 31 GmbHG), handelt es sich nicht um eine Kapitalherabsetzung, so dass Nr. 2 in diesen Fällen nicht anwendbar ist (s.a. Anm. 77 f.). Erwirbt eine AG eigene Anteile zum Zweck der

Einziehung handelt es sich nach Auffassung der FinVerw. um eine Kapitalherabsetzung und anschließender Auszahlung an dem Anteilseigner (BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509; s.a. Anm. 70).

Bezüge auf Grund der Kapitalherabsetzung: Unter Nr. 2 Satz 2 fallen Bezüge, die der Gesellschafter auf Grund der Kapitalherabsetzung erhält. Nach dem Wortlaut der Nr. 2 müssen die Bezüge somit die Folge einer Kapitalherabsetzung sein. Da der Anspruch auf die Rückzahlung von Einlagen erst mit der Eintragung in das Handelsregister entsteht, müsste also gefordert werden, dass er erst nach der Eintragung erfüllt wird (so KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. D 9). UE sind aber auch Leistungen vor der Eintragung der Kapitalherabsetzung begünstigt, wenn die Gesellschafter bis zum Zeitpunkt der Kapitalrückzahlung alles getan haben, was notwendig ist, um die Eintragung herbeizuführen (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725; glA KORN/HAMACHER/DAHME, § 20 Rn. 199; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 59). Haben die Beteiligten bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung nicht alles unternommen, was für die Eintragung erforderlich ist, liegt eine vGA vor, so dass Nr. 1 die Anwendbarkeit der Nr. 2 ausschliesst.

127 b) Bezüge, die nach Auflösung anfallen

Nr. 2 Satz 2 erfasst wie Nr. 2 Satz 1 Bezüge, die nach der Auflösung einer Körperschaft anfallen. Daher wird zur Erläuterung auf Anm. 50 ff. verwiesen.

128 2. Unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft oder Personenvereinigung

Nr. 2 Satz 2 findet im Unterschied zu Satz 1 nur bei einer Auflösung einer unbeschränkt stpflchtigen Körperschaft oder Personenvereinigung oder bei der Kapitalherabsetzung einer solchen Anwendung.

Kapitalherabsetzung einer ausländische Körperschaft: Fehlt die unbeschränkte KStPflcht, gelten für Bezüge, die bei dem Anteilseigner auf Grund einer Kapitalherabsetzung anfallen, die allgemeinen Grundsätze.

► *Anteile im BV:* Gehören die Anteile an der KapGes. zum BV, mindern Zahlungen auf Grund einer Kapitalherabsetzung in voller Höhe die Anschaffungskosten der Anteile (BFH v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; v. 16.3.1994 – I R 70/92, BStBl. II 1994, 527; v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725).

► *Anteile im PV:* Liegen die Anteile im PV, sind Zahlungen auf Grund einer Kapitalherabsetzung stl. nur von Bedeutung, wenn der Anteilseigner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Kapitalherabsetzung wesentlich beteiligt war (§ 17 Abs. 4 und 1). Auch in diesem Fall mindert die auf Grund der Kapitalherabsetzung vorgenommene Rückzahlung von Nennkapital die Anschaffungskosten der Anteile in voller Höhe des zurückgezählten Betrags.

129 3. Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 und 4 KStG

Regelungsinhalt des § 28 KStG: Nach § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG sind Beträge des Nennkapitals, die durch die Umwandlung von (Gewinn-)Rücklagen stammen, gesondert auszuweisen (Sonderausweis). Um eine Besteuerung dieser Beträge auf den Ebene des Anteilseigners sicher zu stellen, ordnet § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG an, dass die Rückzahlung von Nennkapital, soweit der Sonderausweis zu mindern ist, als GA iSd. Abs. 1 Nr. 2 gilt. Ein den Sonderausweis übersteigender Betrag ist gem. § 28 Abs. 2 Satz 3 KStG vom positiven Bestand des

stl. Einlagekontos abzuziehen. Als GA iSd. Abs. 1 Nr. 2 gilt in diesem Zusammenhang nach § 28 Abs. 2 Satz 4 KStG der Betrag, um den der abzuziehende Sonderausweis den positiven Bestand des stl. Einlagekontos übersteigt. Mit der Regelung des § 28 Abs. 2 Satz 4 KStG soll das Entstehen eines negativen stl. Einlagekontos vermieden werden (BT-Drucks. 16/3369, 19; s.a. § 28 KStG Anm. J 06-2).

Einnahmen aus Kapitalvermögen: Korrespondierend zu diesen Regelungen des KStG bestimmt (auch) Abs. 1 Nr. 2 Satz 2, dass die in Abs. 2 Satz 2 und 4 KStG beschriebenen Beträge beim Anteilseigner zu stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen führen. Ob solche Bezüge vorliegen, richtet sich allein nach den Regelungen des § 28 KStG. Zu Einzelheiten des § 28 KStG s. daher § 28 Anm. 24 ff. und Anm. J 06-4 ff.).

Einstweilen frei.

130–134

G. Anzurechnende oder zu vergütende Körperschaftsteuer nach altem Recht (Abs. 1 Nr. 3 aF)

135

Anteilseigner konnten bis zur Einführung des Halbeinkünfteverfahrens durch das StSenkG v. 23.10.2000 die von der Körperschaft geschuldete KSt. im Fall einer Gewinnausschüttung auf ihre eigene Steuerschuld anrechnen (sog. KStAnrechnungsverfahren). Die anzurechnende oder zu vergütende KSt. gehörte daher zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 aF). Nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 aF war die Erfassung der KSt. als Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 3 aF Voraussetzung für die Möglichkeit, die KSt. auf die eigene Steuerschuld anrechnen zu können. Die Körperschaft hatte nach §§ 44, 45 oder 46 KStG aF eine Steuerbescheinigung über die anzurechnende KSt. auszustellen, ohne deren Vorlage beim FA keine Anrechnung erfolgen konnte (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b aF).

Die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, nach der die anzurechnende oder zu vergütende KSt. zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehörte, galt für sämtliche Anteilseigner, auf deren Steuerschuld KSt. anzurechnen oder zu vergüten war. Sie war auch anzuwenden, wenn die Anteile an der ausschüttenden Körperschaft zum BV des Anteilseigners gehörten. Da die anzurechnende KSt. Teil der Gesamtdividende war, musste sie derselben Einkunftsart wie die ihr zugrundeliegende Nettodividende zugeordnet werden (BFH v. 26.6.1991 – XI R 24/89, BStBl. II 1991, 877). Befanden sich die Anteile im BV, erhöhte die anzurechnende KSt. den Gewinn.

Einstweilen frei.

136–139

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4: Einnahmen aus stiller Gesellschaft und partiarischen Darlehen

A. Einnahmen aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter (Satz 1 Halbs. 1 Alt. 1)

I. Einnahmen

140 1. Begriff der Einnahmen

Einnahmen sind nach § 8 Abs. 1 alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen und dem Stpfl. im Rahmen einer Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter zufließen. Dies sind alle Bezüge, die ein stiller Gesellschafter als Gegenleistung für die Überlassung der Einlage erhält, soweit es sich nicht um die Rückzahlung seiner Einlage handelt (BFH v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II 1981, 453; v. 18.10.2006 – IX R 7/04, BStBl. II 2007, 258). Dazu gehören eine neben den Gewinnanteilen gewährte feste Verzinsung ebenso wie eine für Verlustjahre vereinbarte Mindestverzinsung der Einlage und die besonderen Entgelte oder Vorteile, die neben den in Abs. 1 bezeichneten Einkünften oder an deren Stelle gewährt werden (Abs. 3).

Zahlungszeitpunkt unerheblich: Für die Qualifizierung als Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 ist auf den Veranlassungszusammenhang und nicht auf den Zahlungszeitpunkt abzustellen (KSM/DÖRSCH, § 20 Rn. F 93). Dementsprechend können auch Zahlungen, die dem Stillen nach der Beendigung der Gesellschaft zufließen, zu Einnahmen gem. Abs. 1 Nr. 4 führen (BFH v. 1.6.1978 – IV R 139/73, BStBl. II 1978, 570). Die Zahlungen müssen lediglich durch die stille Gesellschaft veranlasst sein.

Auffüllen des Einlagekontos: Für die stl. Behandlung von Gewinnanteilen, die zum Auffüllen eines durch Verluste geminderten Einlagekontos verwendet werden, ist zwischen einem positive und einem negativen Einlagekonto zu unterscheiden. Gewinnanteile, die der Auffüllung des durch Verluste geminderten positiven Einlagekontos dienen, sind beim stillen Gesellschafter steuerpflichtige Einnahmen, selbst wenn es dadurch nie zu einer Auszahlung des Gewinnanteils kommt (BFH v. 24.1.1990 – I R 55/80, BStBl. II 1991, 147). Das Auffüllen eines negativen Einlagekontos durch Gewinnanteile erfolgt dagegen erfolgsneutral (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858).

Besteuerung von Scheinrenditen: Beteiligt ein Stpfl. als stiller Gesellschafter an einem sog. Schneeballsystem, sind auch nicht ausgezahlte sondern wiederangelegte Gewinnanteile nach Abs. 1 Nr. 4 zu versteuern (BFH v. 22.7.1997 – VIII R 13/96, BStBl. II 1997, 767; v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190). Ein Schnellballsystem zeichnet sich dadurch aus, dass dem Anleger die Erzielung von Erträgen nur vorgespiegelt wird (Scheinrendite). Der stille Gesellschafter hat nicht ausgezahlte Gewinnanteile zu versteuern, weil mit der Entscheidung, den Gewinnanteil wieder anzulegen, über den Gewinnanteil verfügt wird, so dass ein Zufluss der Scheinrendite vorliegt. Stpfl. Einnahmen liegen allerdings nur vor, wenn der Unternehmer auf Verlangen des Anlegers zur Auszahlung des Gewinnanteils fähig gewesen wäre. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Unternehmer alle zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verbind-

lichkeiten hätte auszahlen können. Eine Besteuerung scheidet im Regelfall erst aus, wenn der Schuldner einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat (BFH v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190).

Negative Einnahmen: Die Rückzahlung zuvor ausgezahlter Gewinnanteile sind negative Einnahmen (s. Anm. 161). Ob Verluste negative Einnahmen oder WK darstellen s. Anm. 142.

2. Gewinnbeteiligung

141

Vereinbarung über Gewinnbeteiligung: Die Einnahmen aus einer stillen Beteiligung iSd. Nr. 4 bestehen aus den zugeflossenen Gewinnanteilen und zwar soweit die Gewinnanteile während der Dauer der stillen Gesellschaft verursacht worden sind. Die Höhe des Gewinnanteils richtet sich nach den Vereinbarungen des stillen Gesellschafters und des Geschäftsinhabers. Die Beteiligten können vereinbaren, dass sich die Höhe der Gewinnbeteiligung nach der Handels- oder der Steuerbilanz richtet (BFH v. 13.9.2000 – I R 61/99, BStBl. II 2001, 67). Wird auf die Steuerbilanz abgestellt, die endgültige, von der FinVerw. anerkannte und uU korrigierte Bilanz maßgeblich (BFH v. 2.4.1971 – I R 114/70, BStBl. II 1971, 600). Da der Gewinnanteil des stillen Gesellschafters den Steuerbilanzgewinn mindert, ist im Zweifel vom Gewinn vor Abzug des Gewinnanteils auszugehen (BFH v. 14.8.1974 – I R 35/74, BStBl. II 1974, 774).

Keine Vereinbarung über die Gewinnbeteiligung: Treffen die Beteiligten keine ausdrückliche Vereinbarung, ist für die Bemessung des Gewinnanteils auf die gesetzlichen Regelungen des HGB zurückzugreifen. Nach § 231 Abs. 1 HGB ist davon auszugehen, dass ein den Umständen nach angemessener Anteil am Gewinn oder Verlust vereinbart ist. Ein Rückgriff auf die gesetzliche Regelung scheidet bei Verträgen zwischen nahestehenden Personen jedoch wegen des fehlenden Interessengegensatzes aus (BFH v. 26.4.1989 – I R 96/85, BFH/NV 1990, 63).

Zufluss von Gewinnanteilen: Die zeitliche Berücksichtigung von Gewinnanteilen eines stillen Gesellschafters richtet sich nach dem Zuflussprinzip des § 11 Abs. 1 (zu Einzelheiten s. Anm. 161 und § 11 Anm. 64).

3. Verlustbeteiligung

142

Das Handelsrecht geht davon aus, dass der stille Gesellschafter auch am Verlust des Handelsgewerbes teilnimmt, allerdings nur bis zum Betrag seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage (§ 232 Abs. 2 Satz 1 HGB). Nach § 232 Abs. 1 HGB können die Beteiligten vereinbaren, dass der Stille am Verlust des Handelsgewerbes nicht beteiligt sein soll. Andererseits können die Beteiligten auch vereinbaren, dass der stille Gesellschafter über seine Einlage hinaus am Verlust teilnimmt (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858).

Ausgleich von Verlusten: Wurde die Verlustbeteiligung nicht ausgeschlossen, so ist der Gesellschafter nicht verpflichtet, die schon bezogenen Gewinnanteile zurückzuzahlen, wenn später Verluste entstehen; doch wird der jährliche Gewinn solange zur Deckung der Verluste verwendet, wie die Einlage durch Verlustanteile gemindert ist (§ 232 Abs. 2 Satz 2 HGB). Das Risiko des stillen Gesellschafters beschränkt sich danach lediglich auf den Verlust der Vermögens-einlage und den Verzicht auf zukünftige Gewinnanteile. Über diese gesetzliche Regelung hinaus können die Gesellschafter jedoch vereinbaren, dass der Stille immer, also unabhängig von zukünftigen Gewinnen, zum Ausgleich entstandener Verluste beitragen soll.

Verlustanteile als Werbungskosten: Der stl. zu berücksichtigende Verlustanteil des stillen Gesellschafters wird nach hM bisher als WK und nicht als negative Einnahme qualifiziert (BFH v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126; v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858; v. 10.11.1987 – VIII R 53/84, BStBl. II 1988, 186; MEILICKE, BB 1989, 465; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 98; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 226; KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 148 f.; aA FICHELTMANN, BB 1989, 1461; LBP/SCHLOTTER, § 20 Rn. 525; KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 213; negative Einnahmen). Der nach § 9 erforderliche Veranlassungszusammenhang der Verlustanteile mit den Einnahmen aus Kapitalvermögen besteht darin, dass sich ein Gesellschafter, der sich zur Übernahme einer Verlustbeteiligung bereit erklärt, das dadurch eingegangene Risiko durch eine höhere Gewinnbeteiligung und somit höhere Einnahmen vergüten lassen wird (BFH v. 10.11.1987 – VIII R 53/84, BStBl. II 1988, 186). Die Verluste sind somit durch Einnahmen aus der Beteiligung veranlasst; negative Einnahmen liegen nicht vor.

Höhe der Verlustberücksichtigung: Verluste können nur bis zur Höhe der Einlage als WK beim stillen Gesellschafter berücksichtigt werden (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858). Für die Berücksichtigung eines Verlustes ist es somit nicht Voraussetzung, dass der stille Gesellschafter den Verlust durch entsprechende Nachschüsse tatsächlich ausgeglichen hat (glA KSM/DÖRSCH, § 20 Rn. F 208). Auch der die Einlage übersteigende Betrag ist dem Stillen und nicht dem Geschäftsinhaber als Verlust zuzurechnen und führt in sinngemäßer Anwendung des § 15a zu einem negativen Kapitalkonto (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858, zu Einzelheiten s. Anm. 207 f.).

Zeitliche Berücksichtigung der Verlustanteile: Verlustanteile dürfen beim stillen Gesellschafter stl. erst dann als WK berücksichtigt werden, wenn der Geschäftsinhaber den Jahresabschluss festgestellt hat, der Verlustanteil des stillen Gesellschafters berechnet worden und der Verlustanteil außerdem noch von der Einlage des stillen Gesellschafters abgebucht worden ist (BFH v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126; v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; v. 22.7.1997 – VIII R 57/95, BStBl. II 1997, 755; v. 10.11.1987 – VIII R 53/84, BStBl. II 1988, 186). Ausnahmsweise kommt eine Verlustberücksichtigung ohne Aufstellung eines Jahresabschlusses in Betracht, falls das FA den Verlust geschätzt hat und der Geschäftsinhaber keinen Jahresabschluss mehr erstellt oder erstellen kann (BFH v. 23.2.2007 – VIII B 105/06, BFH/NV 2007, 1118; v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724). Verluste aus der Zeit vor Eingehen der stillen Gesellschaft sind dem Stillen nicht zuzurechnen (BFH v. 25.3.2008 – VIII B 148/07, BFH/NV 2008, 1148).

Neue Rechtslage ab 2009: Mit der Einführung der Abgeltungsteuer hat sich eine einschneidende Änderung dadurch ergeben, dass tatsächlich entstandene WK nach Abs. 9 ab dem VZ 2009 nicht mehr abgezogen werden können, so dass der Verlustanteil des stillen Gesellschafters nicht mehr berücksichtigt werden könnte (DINKELBACH, DB 2009, 870; KLEINMANN, DStR 2009, 2359). Diese stl. systemwidrige Konsequenz hat die Diskussion um die Frage, ob Verlustanteile des stillen Gesellschafters als WK oder negative Einnahmen zu qualifizieren sind, wiederbelebt.

► *Verlustanteil als negative Einnahmen:* Ein Teil des Schrifttums vertritt die Auffassung, dass nach Einführung des WKAbzugsverbots gem. Abs. 9 der Verlustanteil des stillen Gesellschafters keine WK, sondern negative Einnahmen darstellt. Als Folge dieser Einordnung unterliegt ein Verlustanteil nicht dem WK-Abzugsverbot des Abs. 9. Der Verlust könnte somit beim Stillen stl. weiterhin

berücksichtigt werden (KLEINMANN, DStR 2009, 2359; FICHELTMANN, BB 1989, 1461; LBP/SCHLOTTER, § 20 Rz. 525; KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 213). Die Nichtberücksichtigung des Verlustanteils verstoße gegen das objektive Nettoprinzip. Dieser (drohende) Verstoß könne durch die Qualifizierung des Verlustanteils als negative Einnahme im Wege der Auslegung verhindert werden (KLEINMANN, DStR 2009, 2359). Die Abzugsfähigkeit entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, denn die Anordnung der sinngemäßen Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkungen des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und § 15a gem. Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 mache nur Sinn, wenn der Gesetzgeber grds. von einer Berücksichtigungsfähigkeit eines Verlustanteils ausgehe (KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 213).

► *Stellungnahme*: Bei dem Verlustanteil des stillen Gesellschafters handelt es sich uE weiterhin um WK und nicht um negative Einnahmen. Der Begriff der negativen Einnahmen ist nicht erfüllt. Allerdings unterliegt der Verlustanteile nicht dem WKAbzugsverbot des Abs. 9.

► *Begriff „negative Einnahmen“*: Den Begriff der negativen Einnahmen kennt das EStG nicht. Er wurde von der Rspr. entwickelt, um die Rückzahlung zuvor zugeflossener Einnahmen an den Leistenden stl. berücksichtigen zu können (BFH v. 13.12.1963 – VI 22/61, BStBl. III 1964, 184). Will man überhaupt an dem Begriff der negativen Einnahmen festhalten (s. ausführlich zum Streitstand § 9 Anm. 80; ausdrücklich offen gelassen von zB BFH v. 25.5.1999 – VIII R 59/97, BStBl. II 2001, 226; v. 4.5.2006 – VI R 33/03, BStBl. II 2006, 911; v. 17.9.2009 – VI R 24/08, BFH/NV 2010, 101), so setzt er also die Rückzahlung rechtsgrundlos erlangter Einnahmen voraus. Die Rückzahlung muss sich als „actus contrarius“ der rechtsgrundlosen Leistung darstellen (BFH v. 7.5.2009 – VI R 37/08, BStBl. II 2010, 135). Diese Voraussetzungen sind bei einem Verlustanteil nicht erfüllt, da der Stille aufgrund des ihm zugewiesenen Verlusts nicht zur Rückzahlung von zuvor erzielten Gewinnen verpflichtet ist (BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl., 2010, Rn. 22226). Eine Erweiterung des Begriffs „negative Einnahmen“ zur Erfassung des Verlustanteils eines stillen Gesellschafters ist aus systematischen Gründen uE abzulehnen (so aber wohl LBP/SCHLOTTER, § 20 Rn. 525).

Verlustanteil dennoch abziehbar: Der Verlust des stillen Gesellschafters ist dennoch uE als WK abziehbar, weil das WKAbzugsverbot des Abs. 9 insoweit nicht anzuwenden ist. Der Gesetzgeber ist erkennbar von einer Verlustberücksichtigung entsprechend der bis 2008 geltenden Rechtslage ausgegangen, weil er weiterhin die Verlustverrechnungsbeschränkungen der § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und des § 15a auf die stille Gesellschaft anwenden will (Abs. 1 Nr. 4 Satz 2). Er hat aber wohl lediglich übersehen, dass der in Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 verwendete Begriff der Einnahmen – anders als der Begriff Gewinn – nicht eine Verlustzurechnung erfasst. Unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens und der systematischen Zusammenhänge der Vorschriften des Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 9 ist uE der Anwendungsbereich des WKAbzugsverbot in Rahmen einer teleologischen Reduktion zu beschränken. Aus systematischer Sicht ist zu bedenken, dass Abs. 9 grds. die auf der Ebene des Einkünftebeziehers anfallenden WK beschränken will, der dem stillen Gesellschafter zugerechnete Verlustanteil aber auf der Ebene der stillen Gesellschaft entsteht. Der zu berücksichtigende Verlust unterliegt uE der Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 9.

Verlust der Einlage durch Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsinhabers: Verliert der stille Gesellschafter seine Einlage durch Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsinhabers ganz oder teilweise (zB durch Insolvenz), so liegt insoweit

ein Verlust auf der Vermögensebene vor, der im Rahmen des Abs. 1 Nr. 4 unbeachtlich ist (BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724). Lediglich soweit die Einlage durch die Zurechnung des Verlustanteils des letzten Wj. aufgebraucht wird, liegen abzugsfähige WK vor (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 232). Der Verlust der Einlage kann sich stl. auswirken, wenn der Stille die Beteiligung im BV hält.

Auswirkungen der Abgeltungsteuer: Nach Einführung der StPflcht von Veräußerungsvorgängen bei privaten Einkünften aus Kapitalvermögen durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 kann ein Verlust nach Abs. 2 Nr. 4 steuerlich zu berücksichtigen sein. Zu Einzelheiten s. Anm. 490 ff.

143–144 Einstweilen frei.

4. Einnahmen aus der Übertragung und der Auflösung einer stillen Gesellschaft

145 a) Vorbemerkung

Auswirkung der Abgeltungsteuer: Die steuerliche Behandlung von Einnahmen aus der Übertragung oder Auflösung einer stillen Gesellschaft hat durch die Einführung der StPflcht von Veräußerungsgeschäften gem. § 20 Abs. 2 durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 eine grundlegende Änderung erfahren. Veräußerungsgewinne im PV unterlagen bis zur Neufassung des Abs. 2 grds. nicht den Einkünften aus Kapitalvermögen. Sie konnten lediglich unter den Voraussetzungen des § 23 stpfl. sein. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 wurde der Anwendungsbereich des § 20 jedoch auf Veräußerungsgeschäfte erstreckt. Nach der Neufassung des Abs. 2 Nr. 4 ist ab dem VZ 2009 auch der Gewinn aus der Veräußerung von WG, die Erträgen iSd Abs. 1 Nr. 4 erzielen, als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu besteuern. Abs. 2 Satz 2 ordnet ausdrücklich an, dass die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens zu den stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört.

Fortgeltung der alten Rechtslage: Die Neuregelung des Abs. 2 ist allerdings nur auf stille Beteiligungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2008 erworben oder geschaffen wurden (§ 52a Abs. 10 Satz 4). Für stille Beteiligungen, die bis zu diesem Zeitpunkt begründet wurden, gilt somit im Falle einer Veräußerung die alte Rechtslage ohne zeitliche Begrenzung fort (s. Anm. 420 ff.); zur Behandlung der Veräußerung für nach dem Stichtag erworbene oder begründete stille Beteiligungen s. Anm. 490 f.

146 b) Veräußerung einer stillen Beteiligung nach altem Recht

Übertragung an einen Dritten ist nur zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies zulässt oder der Geschäftsinhaber zustimmt (BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 10.29 ff.). § 717 BGB ist insoweit abänderbar. Die Übertragung erfolgt durch Abtretung der Forderung auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben nach §§ 398 ff. BGB.

Übertragung der Beteiligung an den Geschäftsherrn, zB durch Veräußerung, bewirkt die Auflösung der Gesellschaft; zur Auflösung s. Anm. 147 f.

Veräußerung zum Nennwert der Einlage: Deckt sich das Veräußerungsentgelt mit dem Nennbetrag der Einlage, liegen keine Einnahmen iSd. Nr. 4 vor, weil die Rückzahlung der Einlage nicht erfasst wird (zu Einzelheiten s. Anm. 140).

Veräußerung zu einem Entgelt über dem Nennwert der Einlage: Die Veräußerung einer im PV gehaltenen stillen Beteiligung zu einem Entgelt über dem Nennwert der Einlage führt grds. nicht zu Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 2, da ein im PV nicht stbarer Veräußerungsgewinn vorliegt (BFH v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. 1981, 465). Jedoch kann ausnahmsweise eine über den Nennwert der Einlage liegende Zahlung nach Abs. 1 Nr. 4 zu besteuern sein:

▶ *Zahlung eines Mehrbetrags ausschließlich für die Abtretung der Einlage:* In diesem Fall ist die Zahlung nicht nach Nr. 4 steuerbar. Hier liegt (anders als im Falle der Übertragung der Einlage an den Geschäftsherrn und der Zahlung einer Abfindung durch diesen s. Anm. 147) ein nichtsteuerbarer Vorgang auf der privaten Vermögensebene vor (BFH v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. 1981, 465). Die Zahlung gehört beim Erwerber zu den Anschaffungskosten der Beteiligung.

▶ *Zahlung eines Mehrbetrags zur Abgeltung des Gewinnanteils für ein abgelaufenes Jahr:*

– Ist der Gewinnanteil dem Veräußerer bereits iSd. § 11 Abs. 1 zugeflossen (also von ihm schon versteuert), aber noch nicht ausgezahlt, ist die Zahlung des Mehrbetrags durch den Erwerber der stillen Beteiligung beim Veräußerer nicht steuerbar (KSM/DÖRSCH, § 20 Rn. F 129).

– Ist der Gewinnanteil dem Veräußerer noch nicht iSd. § 11 Abs. 1 zugeflossen (also von ihm auch noch nicht versteuert), hat er den Mehrbetrag nach Abs. 1 Nr. 4 zu versteuern (BFH v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. 1981, 465). Ein Zufluss beim Veräußerer ist nicht schon bei der Vereinnahmung des Kaufpreises anzunehmen sondern erst, wenn dem Erwerber der stillen Beteiligung der Gewinnanteil zufließt (KSM/DÖRSCH, § 20 Rn. F 131; s.a. § 11 Anm. 58). Der Erwerber erzielt uE mit der Auszahlung des Gewinnanteils durch den Geschäftsinhaber keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4.

▶ *Zahlung des Mehrbetrags zur Abgeltung von Gewinnanteilen für das laufende Jahr:* Das Entgelt für die Anwartschaft auf den Gewinnanteil des laufenden Geschäftsjahrs (Jahr der Veräußerung) ist danach aufzuteilen, wer bis zu welchem Zeitpunkt die Einkünfte nach Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 erzielt. Bis zum Zeitpunkt der Veräußerung verwicklicht der Veräußerer den Tatbestand der Einkünfteerzielung, nach diesem Zeitpunkt der Erwerber (BFH v. 22.5.1984 – VIII R 316/83, BStBl. II 1984, 746; v. 30.4.1991 – VIII R 38/87, BStBl. II 1991, 574). Der bisherige stille Gesellschafter erzielt also bis zur Veräußerung selbst (pro rata temporis) Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 und danach der zukünftige Gesellschafter (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 231).

▶ *Zahlung eines Mehrbetrags zur Abgeltung von Gewinnaussichten:* Das Entgelt für künftige Gewinne ist bei Veräußerung keine stbare Einnahme iSd. Abs. 1 Nr. 4 (BFH v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II 1981, 465; STERNER, BB 1983, 2176; SÖFFING, FR 1982, 446; DERS., DStR 1984, 268; KSM/DÖRSCH § 20 Rn. F 135). Das Entgelt wird vom zukünftigen Gesellschafter nicht für eine Kapitalnutzung, sondern für die Abtretung der Beteiligung gezahlt (glA BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 231; LBP/CONRADI, § 20 Rn. 201). Beim Erwerber stellen die Zahlungen Anschaffungskosten der Beteiligung dar.

Veräußerung zu einem Entgelt unter dem Nennwert der Einlage (Veräußerungsverlust): Erhält der bisherige stille Gesellschafter aus der Veräußerung weniger, als dem Nennwert seiner Einlage entspricht, so liegt ein im Anwendungsbereich des Abs. 1 Nr. 4 unbeachtlicher Vermögensverlust vor, wenn die Beteiligung zum PV gehört.

Beteiligung im Betriebsvermögen: Die Veräußerung einer stillen Beteiligung, die im BV gehalten wird, sind nach den allgemeinen Gewinnermittlungsgrundsätzen regelmäßig stbar.

147 c) Auflösung der stillen Gesellschaft nach altem Recht

Handelsrechtliche Voraussetzungen der Auflösung:

► *Folgen der Auflösung:* Als reine Innengesellschaft bedeutet die Auflösung der stillen Gesellschaft keine Liquidation. Das Gesellschaftsvermögen verbleibt beim Inhaber des Handelsgeschäfts. Lediglich die schuldrechtlich Ansprüche des stillen Gesellschafters sind abzuwickeln. Nach § 235 HGB Abs. 1 ist das Guthaben des stillen Gesellschafters zu ermitteln und zu berichtigen, wobei er auch an den im Zeitpunkt der Auflösung bestehenden schwebenden Geschäfte teilnimmt (§ 235 Abs. 2 HGB). Mit der Auflösung steht dem stillen Gesellschafter somit ein Anspruch auf Auszahlung eines Auseinandersetzungsguthabens zu.

► *Auflösungsgründe:* Die stille Gesellschaft kann u.a. durch Zeitablauf, Kündigung, Tod des Geschäftsinhaber und durch Insolvenz des Geschäftsinhabers oder der Gesellschaft aufgelöst werden (zu Einzelheiten s. K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 234 Rn. 5 ff.).

► *Keine Auflösung* liegt vor, wenn der Gesellschaftsvertrag nachträglich geändert wird (BFH v. 27.1.1982 – I R 5/78, BStBl. II 1982, 374). Auch die Veräußerung des Handelsgeschäfts, die grds. der Zustimmung des stillen Gesellschafters bedarf, ist kein Auflösungsgrund. Sie gibt dem stillen Gesellschafter lediglich einen außerordentlichen Kündigungsgrund.

▷ *Die Einbringung einer stillen Gesellschaft in eine Personengesellschaft* führt nur bei einer ausdrücklichen Vereinbarung des Geschäftsinhabers mit dem Stillen zur Fortsetzung der stillen Gesellschaft (BFH v. 18.12.1970 – VI R 248/69, BStBl. II 1971, 426).

▷ *Umwandlungsvorgänge* wie Formwechsel, Verschmelzung oder Spaltung führen nur ausnahmsweise zur Auflösung der stillen Gesellschaft (zu Einzelheiten s. K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 234 Rn. 30 ff.).

Zahlungen des Geschäftsinhabers an den stillen Gesellschafter:

► *Die Rückzahlung der Einlage* durch den Geschäftsinhaber ist nicht nach Abs. 1 Nr. 4 steuerbar, sofern sich die Rückzahlung mit dem Nennbetrag der Einlage deckt oder geringer ist als diese. Dies gilt auch, wenn der Stpfl. die stille Beteiligung von einem Dritten unter dem Nennwert der Einlage erworben hat, so dass das Auseinandersetzungsguthaben den Kaufpreis übersteigt (BFH v. 18.10.2006 – IX R 7/04, BStBl. II 2007, 258).

► *Auseinandersetzungsguthabens höher als Nennwert der Einlage:* Übersteigen Abfindungszahlungen den Nennwert der Einlage, gehört der der Mehrerlös zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 iVm. Abs. 2 Nr. 1, weil die Zahlung des Mehrerlöses nicht erfolgt, um damit einen höheren Wert der Einlage abzugelten, sondern den Grund hat, dem stillen Teilhaber ein zusätzliches Entgelt für die Überlassung der Einlage zu gewähren (BFH v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 16.8.1995 – VIII B 156/94, BFH/NV 1996, 125). Dem steht auch die Entscheidung des IX. Senats des BFH v. 18.10.2006 (IX R 7/04, BStBl. II 2007, 258) nicht entgegen (aA KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 224). Dieser hat uE zutreffend entschieden, dass die Vereinnahmung eines Ausauseinandersetzungsguthabens zum Nennwert nicht stbar ist, selbst wenn die stille Betei-

ligung zuvor vom Stpfl. zu einem Betrag unter dem Nennwert erworben worden war. Denn der Stpfl. erhält auch in dieser Konstellation nur den Nennwert der (erworbenen) Beteiligung ausgezahlt, so dass es sich um eine im PV nicht stbare Kapitalrückzahlung handelt.

► *Mehrerlös ausnahmsweise nicht steuerbar*: Nur ausnahmsweise ist eine Abfindungszahlung über dem Nennwert der Einlage uE nicht stbar, nachgewiesen werden kann, dass der Mehrerlös tatsächlich auf einer Werterhöhung der Einlage beruht, die durch den Mehrerlös abgegolten wird. Denn die Rechtfertigung einer StPfl. des Mehrerlöses basiert auf der Annahme, dass damit ein zusätzliches Entgelt für die Kapitalüberlassung gezahlt wird. Ist diese Annahme nachweislich widerlegt, ist der Mehrerlös nicht stbar.

► *Vorzeitige Auflösung der stillen Gesellschaft*: Der den Nennbetrag übersteigende Mehrerlös kann nach § 24 Nr. 1 Buchst. a oder Buchst. b iVm. § 34 ermäßigt zu besteuern sein (BFH v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; s.a. § 24 Anm. 56).

► *Zahlungen nach beendeter Auseinandersetzung*: Zahlungen nach erfolgter Abwicklung der stillen Gesellschaft bilden noch Einnahmen aus der Gesellschaft, soweit sie als Entgelt für die vom stillen Gesellschafter während des Bestehens und in Erfüllung des Gesellschaftsverhältnisses erbrachten Leistungen zu beurteilen sind (BFH v. 17.2.1972 – IV R 40/68, BStBl. II 1972, 586; v. 1.6.1978 – IV R 139/73, BStBl. II 1978, 570). Über die Steuerpflicht einer Zahlung entscheidet nicht der Zeitpunkt des Zuflusses sondern der wirtschaftliche Zusammenhang mit der Kapitalüberlassung (KSM/DÖTSCH § 20 Rn. F 93).

► *Sachwert als Abfindung*: Werden als Einlage übereignete WG zurückübereignet, so ist die Abfindung insoweit mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsorts anzusetzen (§ 8 Abs. 2). Bei einer Abweichung dieses Wertansatzes vom Nennbetrag der Einlage entsteht kein stpflichtiger Ertrag, wenn schon der Gesellschaftsvertrag die Vereinbarung vorsieht, dass der stille Gesellschafter ein bestimmtes WG erhalten soll (KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 118). Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Rückübereignung vor, so ist von Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 4 in Höhe der positiven Wertdifferenz auszugehen.

► *Wertsicherungsklauseln* können bewirken, dass ein über den Nennwert der Einlage hinausgehender Betrag an den stillen Gesellschafter ausgezahlt wird. Diese Mehrzahlung gehört zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 4, weil sie wirtschaftlich mit einer Zinsvereinbarung vergleichbar ist (BFH v. 27.7.1967 – IV 300/64, BStBl. II 1967, 690; v. 1.6.1978 – IV R 139/73, BStBl. II 1978, 570; KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 110 f.).

► *Verlust der Einlage bei Insolvenz des Geschäftsinhabers*: Die Insolvenz des Geschäftsinhabers führt zur Auflösung der stillen Gesellschaft. Wird die Einlage (teilw.) nicht zurückgezahlt, liegt ein stl. unbeachtlicher Verlust auf der Vermögensebene vor (BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; zu Einzelheiten s. Anm. 142).

▷ *Ist die Einlage rückständig*, so hat sie der Stille bis zur Höhe des auf ihn entfallenden Verlustanteils in die Insolvenzmasse einzuzahlen (§ 236 Abs. 2 HGB), ohne dass er die Zahlung als im Rahmen des Abs. 1 Nr. 4 geltend machen kann.

d) Veräußerung und Auflösung nach neuem Recht

Veräußerung und Auflösung ab VZ 2009 für nach neuem Recht begründete Beteiligungen steuerpflichtig: Mit der Einführung der Abgeltungsteuer

ab dem VZ kann die Veräußerung einer stillen Beteiligung gem. Abs. 2 Nr. 4 zu stbaren Einkünften aus Kapitalvermögen führen. Nach Abs. 2 Satz 2 gilt auch die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens durch den stillen Gesellschafter als Veräußerung (s. Anm. 530 f.).

Veräußerung einer stillen Beteiligung: Die Veräußerung einer stillen Beteiligung kann ab dem VZ 2009 nach Abs. 2 Nr. 4 stpflichtig sein. Die Neuregelung ist jedoch nur auf stille Beteiligungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2008 begründet wurden. UE ist die nach altem Recht notwendige differenzierte Beurteilung des Veräußerungsgewinns nicht mehr notwendig. Im Falle der Veräußerung ist der gesamte Veräußerungsgewinn nach Abs. 2 Nr. 4 zu besteuern, auch wenn Gewinnansprüche des Vorjahres oder des laufenden Jahres in die Bemessung des Veräußerungsgewinns eingeflossen sind (zu Einzelheiten s. Anm. 146).

Auflösung einer stillen Gesellschaft: Da die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens nach Abs. 2 Satz 2 als Veräußerung gilt, kann die Auflösung ab dem VZ 2009 zu stpflichtigen Einkünften aus Kapitalvermögen führen (s. Anm. 531).

Berücksichtigung von Verlusten: Aus der StPflcht des Veräußerungsgewinns und eines Auseinandersetzungsguthabens folgt notwendig, dass auch ein Veräußerungsverlust stl. zu berücksichtigen ist (s. Anm. 490 f.).

II. Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter

149 1. Voraussetzungen einer stillen Gesellschaft

Stille Gesellschaft: Eine stille Gesellschaft liegt nach § 230 HGB vor, wenn sich ein Dritter an einem von einem anderen betreibenden Handelsgewerbe durch Zahlung einer Einlage beteiligt und eine Gewinnbeteiligung erhält (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 63/03, BFH/NV 2008, 194). Die Einlage geht in das alleinige Eigentum des Geschäftsinhabers über, ohne das die Gesellschaft Gesamtvermögen bildet. Nach §§ 230 ff. HGB ist der Stille nur am laufenden Gewinn und Verlust des Unternehmens, nicht aber am Vermögen der Gesellschaft beteiligt. Ihm steht deshalb bei Auflösung der Gesellschaft lediglich ein Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage (§ 235 HGB) zu. Während die Beteiligung am Gewinn Voraussetzung für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft ist, kann die Beteiligung am Verlust nach § 232 HGB vertraglich ausgeschlossen werden. Sie bildet daher kein zwingendes Merkmal einer stillen Gesellschaft.

► *Typisch und atypisch stille Gesellschaft:* Stl. wird zwischen der typisch und der atypisch stillen Gesellschaft unterschieden. Abs. 1 Nr. 4 erfasst die typisch stille Gesellschaft, während die atypisch stille Gesellschaft eine Mitunternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist. Zur Abgrenzung s. Anm. 199 ff.

Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks: Eine stille Gesellschaft erfordert die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks von Unternehmer und stillem Gesellschafter. Das gemeinsame Streben zur Erreichung gemeinsamer Ziele muss im Vordergrund stehen (BGH v. 11.7.1951 – II ZR 45/50, BGHZ 3, 75; BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852; BLAUROCK, Handbuch der Stillen Gesellschaft, 7. Aufl., 2010, Rn. 4.6; K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 230 Rn. 4).

► *Substantielles „Mehr“:* Für das Vorliegen einen gemeinsamen Zwecks ist allein die Hingabe von Geld, das zur Erzielung von Einkünften genutzt werden soll, nicht ausreichend. Die Hingabe von Geld kann nicht ausschlaggebend im Sinne

eines gemeinsamen Zwecks sein, weil ansonsten die bloße Kapitalhingabe und die nachfolgende Verwendung des Kapitals stets einen gemeinsamen Zweck und damit eine stille Gesellschaft begründen würden. Ein gemeinsamer Zweck kann nur angenommen werden, wenn über die bloße Kapitalhingabe und die Verwendung des Kapitals hinaus ein substantielles „Mehr“ zwischen dem Stillen und dem Inhaber des Handelsgewerbes festgestellt werden kann (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852).

Zustandekommen durch Vertrag: Die stille Gesellschaft kommt durch einen ausdrücklich oder konkludent geschlossenen Gesellschaftsvertrag zustande (K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 230 Rn. 95). Ausschließlich faktische Verhältnisse werden nicht als stille Gesellschaft anerkannt.

► *Inhalt des Gesellschaftsvertrags:* Der Gesellschaftsvertrag muss auf die Begründung einer stillen Gesellschaft gerichtet sein. Die Vertragspartner müssen sich auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, gerichtet auf den Betrieb eines Handelsgewerbes, einigen (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852; BGH v. 11.7.1951 – II ZR 45/50, BGHZ 3, 75). Der Vertrag begründet die Verpflichtung des Geschäftsinhabers, das Handelsgeschäft für gemeinsame Rechnung zu errichten und fortzuführen. Die Fortführungsverpflichtung gehört allerdings nicht zu den unabdingbaren Voraussetzungen einer stillen Gesellschaft, denn es kann nachträglich vereinbart werden, dass künftig ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters neue Gesellschafter aufgenommen sowie Form und Gegenstand des Unternehmens geändert werden dürfen. Eine solche Vereinbarung führt nicht zur Beendigung der stillen Gesellschaft (BFH v. 27.1.1982 – I R 5/78, BStBl. II 1982, 374).

► *Form des Gesellschaftsvertrags:* Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist an keine besonderen Formvorschriften gebunden. Besteht die Einlage des stillen Gesellschafters aus einem Grundstück oder einem Geschäftsanteil an einer GmbH, so bedarf der Vertrag der notariellen Beurkundung (§ 311b BGB, § 15 Abs. 4 GmbHG). Ein Vollzug der Einbringung heilt jedoch den Formmangel (K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 230 Rn. 96). Zu Formvorschriften bei Schenkung einer stillen Beteiligung s. Anm. 178 f.

► *Bedeutung von Formmängeln:* Für die Besteuerung der Einnahmen des stillen Gesellschafters sind formelle Mängel des Gesellschaftsvertrags ohne Bedeutung, soweit die Vertragsparteien den Gesellschaftsvertrag tatsächlich durchführen und sein wirtschaftliches Ergebnis eintreten lassen (§ 41 Abs. 1 AO). Zu den Besonderheiten bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen s. Anm. 168 ff.

Börsentermingeschäfte: Stellt eine Vielzahl von Kapitalanlegern einen Unternehmer gegen hohe Erfolgsbeteiligung auf einem Sammelkonto Geldbeträge zur Verfügung, die der gegenüber den Anlegern nicht weisungsabhängige Unternehmer zu nicht näher bezeichneten Börsentermingeschäften oder anderen Anlagegeschäften verwenden soll, so kann dieses Rechtsverhältnis eine typische stille Gesellschaft iSd. Abs. 1 Nr. 4 darstellen (BFH v. 22.7.1997 – VIII R 13/96, BStBl. II 1997, 767; v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BFH/NV 2008, 2117; PANNEN, DB 1995, 153, MEYER-SCHARENBERG, DStR 1994, 889 [896]). Für die Beurteilung dieses Sachverhalts als stille Gesellschaft spricht vor allem, dass die Kapitalanleger erhebliche Gewinnchancen haben und beträchtliche Risiken tragen.

Einstweilen frei.

150

2. Beteiligung an einem Handelsgewerbe

151 a) Handelsgewerbe

Handelsgewerbe iSd. HGB: Eine stille Gesellschaft liegt nur vor, wenn der Geschäftsinhaber ein Handelsgewerbe betreibt. Die Voraussetzungen für den Betrieb eines Handelsgewerbes sind dem Handelsrecht zu entnehmen. Nicht erforderlich ist, dass es sich um ein Grundhandelsgewerbe iSd. § 1 Abs. 2 HGB handelt. Für die Errichtung einer stillen Gesellschaft ist ohne Bedeutung, ob der Inhaber des Handelsgewerbes Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist. Es ist auch ausreichend, wenn der Geschäftsinhaber nur aufgrund seiner Rechtsform die Kaufmannseigenschaften (Formkaufmann) erfüllt, so dass eine stille Gesellschaft an einer GmbH bzw. UG (§ 13 GmbHG) oder einer AG (§ 3 AktG) wirksam begründet werden kann (hM, BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563; KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 10; BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 5.20).

Beteiligung an einem nichtgewerblichen Unternehmen: Betreibt der Geschäftsherr ein nichtgewerbliches Unternehmen, zB. einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb oder übt er eine freiberufliche Tätigkeit aus, liegt mangels Handelsgewerbe keine stille Gesellschaft iSd. § 230 Abs. 1 HGB vor. Beteiligungen an einem dieser Unternehmen in der Art einer stillen Gesellschaft führen zivilrechtlich zur Gesellschaft (Innengesellschaft) bürgerlichen Rechts iSd. §§ 705 ff. BGB (BGH v. 22.6.1981 – II ZR 94/80, NJW 1982, 99). Einnahmen des Innengesellschafters sind uE nicht solche nach Abs. 1 Nr. 4, da es an der Beteiligung an einem Handelsgewerbe fehlt (glA KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 11).

Handelsregistereintragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs: Hat ein Unternehmer sein land- und forstwirtschaftliches Unternehmen ins Handelsregister gem. § 3 Abs. 2 HGB eintragen lassen, betreibt er ein Handelsgewerbe mit der Folge, dass sich daran ein stiller Gesellschafter beteiligen kann, der daraus Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 erzielt (BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 5.16).

Beteiligung an Zweigniederlassung oder Teilbetrieb: Die stille Gesellschaft kann sich handelsrechtlich auf das Betriebsergebnis einer Zweigniederlassung, eines Geschäftszweigs oder einer Geschäftsabteilung beschränken. Dem ist auch steuerrechtlich zu folgen, wenn die Geschäfte, auf die sich die Gesellschaft erstrecken soll, im Gesellschaftsvertrag eindeutig abgegrenzt werden (BFH v. 27.2.1975 – I R 11/72, BStBl. II 1975, 611). Dagegen führt die Beteiligung an einzelnen Geschäften nicht zu einer stillen Gesellschaft (BFH v. 13.5.1998 – VIII R 81/96, BFH/NV 1999, 355; nunmehr zweifelnd BFH v. 23.4.2009 – IV R 73/06, BFH/NV 2009, 1534).

152 b) Person des Geschäftsinhabers

Handels- und steuerrechtlich ist anerkannt, dass der Inhaber des Handelsgeschäfts ein Einzelunternehmer als natürliche Person, eine PersGes. oder KapGes. sein kann (BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 5.10 ff.). Zivilrechtl., nicht aber strechtl. zulässig ist die (typisch) stille Gesellschaft mit einer PersGes., an der der stille Gesellschafter bereits als Mitunternehmer beteiligt ist (KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 14).

Stille Beteiligung an einem ausländischen Unternehmen: Es ist auch möglich, sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe eines ausländischen Geschäftsherrn zu beteiligen (BFH v. 4.6.2008 – I R 62/06, BStBl. II 2008, 793). Ob der Beteiligte Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 4 als stiller Gesellschafter be-

zieht, ist grds. nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen. Das Besteuerungsrecht für Gewinnanteile eines typisch stillen Gesellschafters steht nach Art. 11 OECD-MA dem Wohnsitzstaat zu, weil die Gewinnanteile abkommensrechtlich als Zinsen behandelt werden (VOGEL/LEHNER, DBA, 5. Aufl., Art. 11 Rn. 63a). Die Besteuerung im Inland richtet sich selbst nach Abs. 1 Nr. 4, wenn der Gewinnanteil nach dem jeweils einschlägigen DBA zwischenstaatlich als Dividende behandelt wird (BFH v. 4.6.2008 – I R 62/06, BStBl. II 2008, 793 zum DBA-Luxemburg).

3. Beteiligung als stiller Gesellschafter

a) Person und Stellung des stillen Gesellschafters

153

Als stiller Gesellschafter können sich natürliche oder jur. Personen, aber auch PersGes., zB Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder Erbengemeinschaften (RG v. 20.12.1929, RGZ 126, 385) am Handelsgewerbe eines anderen beteiligen. Die Beteiligung mehrerer stiller Gesellschafter führt grds. zu mehreren stillen Gesellschaften (BFH v. 22.7.1997 – VIII R 57/95, BStBl. II 1997, 755). Abweichende Vereinbarungen sind zulässig (BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 5.46). Der Gesellschafter einer KapGes. kann mit stl. Wirkung zugleich stiller Gesellschafter der KapGes. sein, wobei dies auch für einen beherrschenden Gesellschafter gilt (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. II 1980, 477; v. 7.12.1983 – I R 70/77, BStBl. II 1984, 384). Ob in diesem Fall eine atypisch stille Gesellschaft vorliegt, s. Anm. 200.

b) Einlage des stillen Gesellschafters

154

Die stille Gesellschaft setzt eine Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters voraus, die zu einer Vermögenmehrung beim Geschäftsinhaber führen muss (BGH v. 24.9.1952 – II ZR 136/51, BGHZ 7, 174). Ohne Vereinbarung einer Vermögenseinlage kann die stille Gesellschaft auch stl. nicht anerkannt werden (BFH v. 19.10.2005 – I R 48/04, BStBl. II 2006, 334).

Art der Vermögenseinlage: Als Einlage kommen alle geldwerten, übertragbaren Vermögenswerte, wie Geld, Sachen, Rechte und sonstige Wirtschaftsgüter in Betracht. Die Rspr. hat bisher die Überlassung von Nutzungsrechten (zB Grundstücke, know-how oder Kundenstamm) sowie die Erbringung von Dienstleistungen als Gegenstand einer Einlage anerkannt (BFH v. 27.2.1975 – I R 11/72, BStBl. II 1975, 611; v. 7.12.1983 – I R 144/79, BStBl. II 1984, 373; v. 16.12.1997 – VIII R 32/90, BStBl. II 1998, 480). Der Abschluss eines bloßen Patent-Lizenzvertrags führt dagegen nicht zur Entstehung einer stillen Gesellschaft (RFH v. 9.12.1930, RStBl. II 1931, 236).

► *Dienstleistung als Einlage:* Die Frage, ob Dienstleistungen oder die Hingabe von Darlehen eine Einlage darstellen können, hat der BFH in neueren Entscheidungen – auch mit dem Hinweis auf die kontroverse Diskussion im Handelsrecht – ausdrücklich offen gelassen (BFH v. 10.7.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339; v. 16.12.2003 – VIII R 6/93, BFH/NV 2004, 1080; v. 23.4.2009 – IV R 73/06, BFH/NV 2009, 1534; s.a. BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 6.31 ff.; K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 230 Rn. 149).

Zur Abgrenzung der stillen Gesellschaft zum Dienstverhältnis s. Anm. 158.

Leistung der Vermögenseinlage: Der stille Gesellschafter ist verpflichtet, seine versprochene Einlage zu erbringen. Nach § 230 Abs. 1 HGB muss die Einlage in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergehen (BFH v.

19.10.2005 – I R 48/04, BStBl. II 2006, 334). Sie wird deshalb nicht gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, sondern geht in das alleinige Vermögen des Geschäftsinhabers über. Es wird kein Gesamthandsvermögen gebildet (BFH v. 2.5.1984 – VIII R 276/81, BStBl. II 1984, 820).

► *Entnahme der Einlage durch den Geschäftsbherrn*: Entnimmt der Geschäftsherr die Einlage für private Zwecke, soll nach Auffassung des BFH die darauf gezahlten Gewinnanteile nicht als BA beim Geschäftsherrn und folglich nicht als Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 zu qualifizieren sein (BFH v. 6.3.2003 – XI R 24/02, BStBl. II 2003, 656). Der BFH begründet seine Entscheidung mit der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der stillen Gesellschaft mit einem Darlehensverhältnis.

155 c) Gewinnbeteiligung als Voraussetzung der Gesellschaftsstellung

Gewinnbeteiligung: Die Beteiligung am Gewinn des Geschäftsinhabers ist zwingende Voraussetzung für die Anerkennung einer stillen Gesellschaft (BFH v. 7.5.2009 – I B 214/08, juris; v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563). Die Höhe der Gewinnbeteiligung ist frei vereinbar. Die Vereinbarungen dazu sind grds. auch strechtl. zugrunde zu legen (BFH v. 15.11.1967 – IV R 139/67, BStBl. II 1968, 152); zu den Einschränkungen bei Familiengesellschaften und beherrschenden Gesellschaftern s. Anm. 173 und 187. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Gewinnverteilungsabrede, so gilt nach § 231 Abs. 1 HGB ein den Umständen des Einzelfalls nach angemessener Anteil als ausbedungen.

Verlustbeteiligung: Dagegen muss der stille Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt werden, da schon nach § 231 Abs. 2 HGB eine Verlustbeteiligung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann. Die Vereinbarung einer Verlustbeteiligung spricht andererseits für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Eine Vereinbarung über die Höhe der Gewinnbeteiligung gilt im Zweifel auch für die Verlustbeteiligung, wenn eine solche nicht ausgeschlossen wurde (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858).

Feste Verzinsung: Die Gewinnbeteiligung kann nicht durch eine feste Verzinsung der Vermögenseinlage ersetzt werden. In einem solchen Fall ist nicht von einer stillen Gesellschaft, sondern einem Darlehen iSd. §§ 605 ff. BGB auszugehen (BFH v. 18.3.1970 – I R 98/68, BStBl. II 1970, 425).

Formen der Gewinnbeteiligung: Die Kombination von Gewinnanteil und fester Verzinsung steht der Annahme einer stillen Gesellschaft nicht entgegen (KSM/DÖRSCH, § 20 Rn. F 24). Ebenso ist die Vereinbarung einer Mindestgewinnngarantie oder einer Mindestverzinsung der Einlage für die steuerliche Anerkennung der stillen Gesellschaft ausreichend (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

Umsatzbeteiligung: Keine stille Gesellschaft liegt vor, wenn lediglich eine Umsatzbeteiligung vereinbart wurde (BFH v. 11.11.1965 – IV 82/62, BStBl. III 1966, 95), die Gewinnbeteiligung jederzeit widerruflich ist (BFH v. 8.8.1974 – IV R 101/73, BStBl. II 1975, 34) oder die Erfolgsbeteiligung nur auf den Verlust bezogen ist (BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751). Auch die ausschließlich auf den Gewinn aus einzelnen Geschäften gerichtete Beteiligung reicht nicht aus (BFH v. 29.10.1969 – I R 80/67, BStBl. II 1970, 180).

d) Unterbeteiligung

156

Die Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil stellt keine stille Gesellschaft dar. Dennoch werden die Einkünfte aus einer Unterbeteiligung von der Rechtsprechung als Einkünfte nach Abs. 1 Nr. 4 behandelt (zB BFH v. 28.11.1990 – I R 111/88, BStBl. II 1991, 313; ablehnend KSM/Dörsch, § 20 Rn. F 299 ff.).

4. Abgrenzung von anderen partiarischen Rechtsverhältnissen**a) Grundsatz**

157

Die stille Gesellschaft muss auch von anderen partiarischen Rechtsverhältnissen, deren Gegenstand zB eine Vermietung, Verpachtung oder Dienstleistung sein kann, abgegrenzt werden. Einnahmen aus der Beteiligung an einer stillen Gesellschaft und Einnahmen aus einem partiarischen Darlehen sind Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 4. Einnahmen aus einem partiarischen Dienstverhältnis sind den Einkünften iSd. § 19 und Einnahmen aus partiarischen Miet- oder Pachtverträgen beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen den Einkünften iSd. § 21 zuzurechnen.

Bezeichnung nur indizielle Bedeutung: Für die steuerrechtliche Einordnung eines Rechtsverhältnisses ist nicht die Bezeichnung maßgebend, sondern sein wirtschaftlicher Gehalt. Der Bezeichnung kommt nur indizielle Bedeutung zu (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852). So kann trotz einer handelsrechtlich stillen Gesellschaft wirtschaftlich und damit steuerrechtlich ein partiarisches Rechtsverhältnis vorliegen.

Unterscheidungsmerkmale: Der Vertrag über die stille Gesellschaft unterscheidet sich von partiarischen Vertragsverhältnissen, zB partiarischen Darlehen, partiarischen Miet- oder Pachtverträgen, durch die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks und das gemeinsame Streben zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852). Indiz für ein partiarisches Vertragsverhältnis kann die fehlende Fortführungsverpflichtung des Geschäftsherrn sein, es sei denn, sie wird erst nachträglich aufgehoben (BFH v. 27.1.1982 – I R 5/78, BStBl. II 1982, 374). Kein partiarisches Vertragsverhältnis liegt vor, wenn der Beteiligte am Verlust beteiligt ist (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Ausschlaggebend sind immer eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls, der vertraglichen Regelungen und ihre tatsächliche Durchführung (BFH v. 28.1.1982 – IV 197/79, BStBl. II 1982, 389; v. 25.3.1992 – I R 41/91, BStBl. II 1992, 889; v. 8.5.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852).

b) Abgrenzung von partiarischen Dienstverhältnissen iSd. § 19

158

Die Einlage eines stillen Gesellschafters kann nach der bisherigen Rechtsprechung des BFH in Form von Dienstleistungen erbracht werden (BFH v. 16.12.1997 – VIII R 32/90, BStBl. II 1998, 480; zweifelnd zuletzt BFH v. 23.4.2009 – IV R 73/06, BFH/NV 2009, 1534; s.a. Anm. 154). Eine solche stille Gesellschaft und ein partiarisches Dienstverhältnis unterscheiden sich durch die Zweckrichtung der versprochenen Dienstleistung. Wenn die Einlage des stillen Gesellschafters in einer Dienstleistung besteht, muss sie aber im Hinblick auf ein partnerschaftliches, gleichberechtigtes Zusammenwirken der Gesellschafter zur Erreichung des gemeinsamen Ziels erbracht werden (BFH v. 28.1.1982 – IV R 197/79, BStBl. II 1982, 389; v. 7.12.1983 – I R 144/79, BStBl. II 1984, 37). Der ArbN leistet seine Dienste im Rahmen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses, während bei der stillen Gesellschaft von einer Nebenordnung der Betei-

lichten auszugehen ist. Der ArbN steht im Unterschied zum stillen Gesellschafter in einem Abhängigkeitsverhältnis vom Geschäftsinhaber (Arbeitgeber) und ist dessen Weisungen unterworfen. Für die Erbringung einer Einlage ist es darüber hinaus notwendig, dass der stille Gesellschafter am Unternehmen mit einer (buchungsfähigen) Einlage beteiligt und diese auch buchmäßig auszuweisen ist. Fehlt ein buchmäßiger Ausweis einer Einlage, liegt keine stille Gesellschaft vor (BFH v. 23.4.2009 – IV R 73/06, BFH/NV 2009, 1534).

► *Ein am Gewinn des Unternehmens beteiligter Geschäftsführer* ist nicht allein deshalb stiller Gesellschafter, weil der Unternehmer mit ihm wichtige, den Betrieb betreffende Entscheidungen erörtert und ihm Einsicht in die Bilanzen und Geschäftsbücher gewährt. Die Verpflichtung des Geschäftsinhabers, nicht ohne Zustimmung des Dienstleistenden grundlegende Veränderungen durchzuführen oder den Betrieb zu verkaufen oder aufzugeben, spricht jedoch für eine stille Gesellschaft (BFH v. 6.10.1971 – I R 215/69, BStBl. II 1972, 572).

► *Besteht das Entgelt ausschließlich in gewinnabhängigen Bezügen*, so dass die Dienste in gewinnlosen Zeiten unvergütet bleiben, liegt idR eine stille Gesellschaft vor, weil ein ArbN für die gewinnlose Zeit nicht auf seinen Lohnanspruch verzichten würde (BFH v. 7.12.1983 – I R 144/79, BStBl. II 1984, 37).

► *Hobe Gewinnbeteiligungen* im Verhältnis zum festen Gehalt sprechen für sich allein nicht für die Annahme einer stillen Gesellschaft (BFH v. 7.2.1968 – I 233/64, BStBl. II 1968, 356).

► *Umsatzbeteiligungen* können einen ArbN nicht zum stillen Gesellschafter machen, weil die stille Gesellschaft eine Gewinnbeteiligung voraussetzt (§ 230 Abs. 1 HGB).

► *Hoher Arbeitseinsatz/Rechtsnachfolge*: Ein überdurchschnittlicher Arbeitseinsatz, die Absicht, dem ArbN das Unternehmen später zu übertragen, und der Rückzug des Geschäftsinhabers (auch der Teilrückzug) sind Indizien für ein stilles Gesellschaftsverhältnis (BFH v. 7.12.1983 – I R 144/79, BStBl. II 1984, 37).

Doppelstellungen als Arbeitnehmer und stiller Gesellschafter eines Geschäftsinhabers (ArbG) sind möglich (RFH v. 16.11.1927, RStBl. 1928, 90; BFH v. 20.1.1971 – I R 17/69, BStBl. II 1971, 308; v. 14.2.1978 – VIII R 11/75, BStBl. II 1978, 427). Sie sind auch strechtl. zu beachten, dh. Gewinnbeteiligung und Arbeitslohn sind getrennt zu beurteilen. Der beteiligte ArbN bezieht sowohl Arbeitslohn iSd. § 19 als auch Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Abs. 1 Nr. 4 Satz 1. Die Anlage von Arbeitslohn in stille Beteiligungen am Unternehmen des ArbG wird ausdrücklich gefördert (§ 19a Abs. 3 Nr. 9, ab 1.4.2009: § 3 Nr. 39, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. i 5. VermBG). Saldierung von Arbeitslohn und Gewinnbeteiligung ist grds. ausgeschlossen.

159 c) Abgrenzung von partiarischen Rechtsverhältnissen und anderen partiarischen Verträgen

Abgrenzung von Pachtverhältnissen: Wird bei Pachtverträgen zugunsten des Verpächters ein erfolgsabhängiges Pachtentgelt vereinbart, so kann mit stlicher (und zivilrechtlicher) Wirkung statt eines Pachtverhältnisses eine stille Gesellschaft anzunehmen sein. Für ein partiarisches Miet- und Pachtverhältnis sprechen ein weitgehender Ausschluss von Kontrollrechten, der Ausschluss von der Geschäftsführung, die Einschränkung von Kündigungsmöglichkeiten, ein Ausschluss der Verlustbeteiligung, ein Ausschluss der Fortführungsverpflichtung oder die große Bedeutung des überlassenen WG für den Betrieb des Handelsgewerbes.

Abgrenzung von der Unterbeteiligung: Unter einer Unterbeteiligung versteht man die schuldrechtliche Beteiligung an dem Anteil, den ein Gesellschafter einer PersGes. besitzt; sie besteht also anders als die stille Gesellschaft nicht unmittelbar an dem Handelsgewerbe eines Dritten. Der BFH behandelt die typisch stille Unterbeteiligung wegen ihrer wirtschaftlichen Vergleichbarkeit wie eine stille Gesellschaft, so dass die Einkünfte aus einer Unterbeteiligung in entsprechender Anwendung des Abs. 1 Nr. 4 zu versteuern sind (BFH v. 28.11.1990 – I R 111/88, BStBl. II 1991, 313; v. 21.2.1991 – IV R 35/89, BStBl. II 1995, 449; kritisch KSM/Dörsch § 20 Rn. F 301).

Abgrenzung von partiarischen Darlehen: s. Anm. 191.

Einstweilen frei.

160

III. Rechtsfolgen

161

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Bei einer stl. anzuerkennenden stillen Gesellschaft erzielt der Stille Einkünfte aus Kapitalvermögen nach Abs. 1 Nr. 4. Ist eine dieser für die stl. Anerkennung der stillen Gesellschaft notwendigen Voraussetzungen nicht gegeben, ist Abs. 1 Nr. 4 nicht anzuwenden; in diesem Fall wird idR eine Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 7 (Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen) in Betracht kommen.

Ermittlung der Einkünfte: Der stille Gesellschafter hat seine Einkünfte gem. Abs. 1 Nr. 4 durch die Bildung des Überschusses der Einnahmen über die WK (§ 2 Abs. 2 Nr. 2) zu ermitteln. Dies gilt unabhängig davon, dass der Schuldner der Einnahmen – also der Inhaber des Handelsgewerbes – seinen Gewinn ggf. durch einen Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1 und § 5) ermitteln muss.

► *Einnahmen:* Unter Einnahmen sind alle Güter zu verstehen, die in Geld oder Geldeswert bestehen und dem Stpfl. aufgrund der Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter zufließen (§ 8). Zum Begriff der Einnahmen des stillen Gesellschafters im Einzelnen s. Anm. 140 ff.

► *Negative Einnahmen:* Müssen vorausgezählte Gewinnanteile später nach der Ermittlung des tatsächlichen Gewinnanteils ganz oder teilweise zurückgezahlt werden, weil das Unternehmen keinen ausreichenden Gewinn erwirtschaftet hat, so liegen im Zeitpunkt der Rückzahlung oder Minderung der Vermögenseinlagen negative Einnahmen vor (zum Begriff der negativen Einnahmen s. BFH v. 27.7.1999 – VIII R 79/98, BFH/NV 2000, 188; v. 7.5.2009 – VI R 37/08, BFH/NV 2009, 1513; v. 17.9.2009 – VI R 24/08, BFH/NV 2010, 101; s.a. § 9 Anm. 80 ff.).

► *Zufluss:* Die Besteuerung des Gewinnanteils setzt den Zufluss iSd. § 11 Abs. 1 beim stillen Gesellschafter voraus, wenn die Beteiligung im PV gehalten wird (s. § 11 Anm. 64; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 276). Der stille Gesellschafter muss die Verfügungsmacht erlangen, d.h. er muss wirtschaftlich über die Einnahmen verfügen können (BFH v. 26.7.1986 – VIII R 30/82, BStBl. II 1983, 755). Dies ist unzweifelhaft bei Barauszahlung oder Überweisung auf eine Bankkonto der Fall. Ohne eine solche tatsächliche Auszahlung kann ein Zufluss vorliegen, wenn der Gewinn des Unternehmens ermittelt, der Gewinnanteil des Stillen berechnet und der Betrag dem Einlagekonto gutgeschrieben wurde (BFH v. 6.9.1963 – VI 153/62, HFR 1964, 42). Auch durch Novation (Schuldumschaffung) kann ein Zufluss bewirkt werden (s. § 11 Anm. 51 und 56). Zur Scheinrendite s. Anm. 140.

- ▶ *Gewinnänderungen nach Außenprüfung*: Die Mehrgewinne aufgrund von Außenprüfungen fließen dem Gesellschafter nicht bereits mit Feststellung durch die Außenprüfung, sondern erst bei Auszahlung oder Gutschrift zu (BFH v. 6.9.1963 – VI R 153/62, HFR 1964, 42). Im Fall eines nachträglich niedriger festgestellten Gewinns hat der stille Gesellschafter die überhöhten Gewinnanteile an den Geschäftsherrn zurückzuzahlen. Die Rückzahlungsbeträge stellen negative Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen dar.
- ▶ *Werbungskosten*: WK des stillen Gesellschafters sind alle Aufwendungen (§ 9 Abs. 1 Satz 1), die durch die stille Beteiligung veranlasst worden sind. Dazu gehören zB Schuldzinsen für die Finanzierung der Einlage (BFH v. 23.2.2007 – VIII B 105/06, BFH/NV 2007, 1108), Kosten der Beratung und Reisekosten, die der Gesellschafter anlässlich einer bestehenden Beteiligung aufgewendet hat. WK einer im PV gehaltenen stillen Beteiligung unterliegen ab dem VZ 2009 nach Abs. 9 einem generellen Abzugsverbot (s. Anm. 680 ff.).
- ▶ *Zeitliche Berücksichtigung von WK*: Für die zeitliche Berücksichtigung von WK beim stillen Gesellschafter gilt das Zu- und Abflussprinzip des § 11 EStG.
- ▶ *Verluste*: Zur Berücksichtigung der Verlustanteile beim stillen Gesellschafter s. Anm. 142

162–164 Einstweilen frei.

IV. Stille Gesellschaft zwischen nahen Angehörigen

165 1. Grundsatz

Bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen kann es an einem zwischen fremden Dritten üblicherweise bestehenden Interessengegensatz fehlen, der eine Unterscheidung zwischen betrieblicher veranlasster Gewinnbeteiligung und steuerlich irrelevanter Einkommensverwendung erschwert (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BStBl. II 2009, 798). Deshalb stellt die Rspr. erhöhte Anforderungen an Form und Inhalt solcher Verträge sowie an ihre tatsächliche Durchführung. Dies gilt grds. auch für Gesellschaftsverträge.

Steuerliche Anerkennung: Die stl. Anerkennung von Vertragsverhältnissen zwischen nahen Angehörigen ist nach stRspr. davon abhängig, dass die Verträge bürgerlich-rechtlich wirksam vereinbart worden sind und sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbartem dem zwischen Fremden Üblichen entspricht (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 29/97, BStBl. II 2000, 386; v. 19.2.2002 – IX R 32/98, BStBl. II 2002, 674; v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826; v. 7.7.2006 – IX R 4/04, BStBl. II 2007, 294). Die Vereinbarungen müssen darüber hinaus klar und eindeutig sein, wobei allerdings eine Auslegung der Vereinbarungen möglich ist (BFH v. 7.11.2000 – VIII R 16/97, BStBl. II 2001, 186; FG Nürnberg. v. 15.6.1999, EFG 1999, 917).

Anwendung auf die stille Gesellschaft: Diese Regeln gelten im Grundsatz auch für stl. Anerkennung von stillen Gesellschaften, die insbesondere zwischen Familienangehörigen (und hier vornehmlich zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und Kindern) vereinbart werden (BFH v. 31.5.1989 – III R 91/87, BStBl. II 1990, 10; v. 21.2.1991 – IV R 35/89, BStBl. II 1995, 449). Im Folgenden wird daher nur auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit stillen Gesellschaften eingegangen. Zu Einzelheiten der steuerlichen Anerkennung von Familienpersonengesellschaften s. ausführlich § 15 Anm. 852 ff.

166 Einstweilen frei.

2. Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung

a) Zivilrechtliche Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags

167

Indizielle Bedeutung der zivilrechtlichen Wirksamkeit: Während die ältere Rspr. die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrags als wesentliche Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung ansah (zB BFH v. 5.6.1986 – IV R 53/82, BStBl. II 1986, 798), misst die neuere Rspr. der zivilrechtlichen Wirksamkeit uE zu Recht nur noch indizielle Bedeutung bei (BFH v. 7.7.2006 – IX R 4/04, BStBl. II 2007, 294).

► *Auffassung der FinVerw.:* Die FinVerw. wendet die neuere Rspr. nur eingeschränkt an. Ein Vertrag sei bei zivilrechtlicher Unwirksamkeit nicht anzuerkennen, wenn der Mangel den Beteiligten wegen einer eindeutigen Rechtslage zuzurechnen ist (BMF v. 2.4.2007, BStBl. I 2007, 441 unter Hinweis auf BFH v. 13.7.1999 – VIII R 29/97, BStBl. II 2000, 386). Zu Einzelheiten s. § 15 Anm. 845 ff.

Zur Frage, ob die zivilrechtliche Wirksamkeit wegen § 41 Abs. 1 AO überhaupt Voraussetzung für die Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen sein kann s. ausführlich § 15 Anm. 853.

b) Zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

168

Auch wenn die Rspr. die Relevanz des Kriteriums eingeschränkt hat, ist die zivilrechtliche Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags im Rahmen der Gesamtbetrachtung weiterhin von wesentlicher Bedeutung. In der Praxis sollte daher besonders auf die Einhaltung der Anforderungen an die zivilrechtliche Wirksamkeit der Vereinbarungen geachtet werden.

Formbedürftigkeit: Verträge über die Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter können grds. formfrei abgeschlossen werden. Die Schriftform ist notwendig, wenn eine AG oder KGaA als Geschäftsinhaber eine stille Gesellschaft begründet (§§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 293 Abs. 3 Satz 1, 278 Abs. 3 AktG). Der Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft bedarf der notariellen Beurkundung, wenn der stille Gesellschafter ein Grundstück oder einen Geschäftsanteil einer GmbH einbringt (§ 313 BGB, § 15 Abs. 3 und 4 Satz 1 GmbHG). Eine notarielle Beurkundung kann auch bei eine schenkweisen Begründung der stillen Gesellschaft notwendig sein (s.a. Anm. 178).

Ergänzungspfleger: Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zur Gründung einer stillen Gesellschaft zwischen einem Elternteil und einem minderjährigen Kind bedarf, damit er steuerlich anerkannt wird, der Bestellung und Mitwirkung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 Abs. 1 BGB). Der Vertragsabschluss bringt dem Kind nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil (§ 107 BGB), weil es aufgrund des Vertrags verpflichtet wird, die Vermögenseinlage zu leisten (BFH v. 28.11.1973 – I R 101/72, BStBl. II 1974, 289; v. 31.5.1989 – III R 91/87, BStBl. II 1990, 10). Von einem lediglich rechtlichen Vorteil kann auch nicht gesprochen werden, wenn der stille Gesellschafter am Verlust teilnimmt (BFH v. 21.2.1991 – IV R 35/89, BStBl. II 1995, 449).

► *Schenkweise Überlassung der Einlage:* Die Bestellung eines Pflegers ist auch dann notwendig, wenn dem Kind die Vermögenseinlage vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags geschenkt wird. Das Rechtsgeschäft bleibt auch in diesem Fall wegen der Verpflichtung zur Einlageleistung rechtlich nachteilig. Die Einlage ist immer vom wirtschaftlichen Schicksal des elterlichen Unternehmens abhängig (BFH v. 28.11.1973 – I 101/72, BStBl. II 1974, 289; aA TIEDTKE, BB 1977, 1964; KLAMROTH, BB 1975, 527; SUDHOFF, DStR 1973, 596). Die Notwendigkeit

der Pflegerbestellung soll nach Auffassung des BFH unabhängig davon notwendig sein, ob das Kind nur am Gewinn oder zusätzlich auch am Verlust beteiligt werden soll (BFH v. 28.11.1973 – I 101/72, BStBl. II 1974, 289). Dies ist zivilrechtlich umstritten, wenn der Beschenkte nicht am Verlust beteiligt ist (s. ausführlich K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, § 230 Rn. 105).

► *Dauerpflegschaft* während des Bestehens der stillen Gesellschaft ist nicht erforderlich (BFH v. 29.1.1976 – IV R 102/73, BStBl. II 1976, 328; BGH v. 18.9.1975 – II ZB 6/74, BB 1975, 1452; aA noch BFH v. 1.2.1973 – IV R 61/72, BStBl. II 1973, 309).

Vormundschaftliche Genehmigung (§§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB):

► *Stiller Gesellschafter minderjährig*: Die vormundschaftliche Genehmigung ist nach der Rspr. nicht erforderlich, wenn die Vermögenseinlage dem nicht voll geschäftsfähigen Kind geschenkt wird und der Gesellschaftsvertrag eine Teilnahme des stillen Gesellschafters am Verlust des Geschäftsbetriebs ausschließt (BFH v. 28.11.1973 – I R 101/72, BStBl. II 1974, 289). Ist das Kind dagegen auch am Verlust beteiligt, muss der Abschluss des Vertrags über eine stille Beteiligung vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden (BFH v. 24.7.1986 – IV R 103/83, BStBl. II 1987, 54; v. 21.2.1995 – VI R 35/89, BStBl. II 1995, 449).

► *Zeitliche Wirkung der Genehmigung*: Die Genehmigung des Gesellschaftsvertrags durch das Vormundschaftsgericht wirkt zivilrechtlich nicht aber steuerlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück. Eine steuerlich anzuerkennende Rückwirkung kommt nur in Betracht, wenn die Genehmigung unverzüglich innerhalb angemessener Frist nach Vertragsabschluss beantragt wird (BFH v. 1.2.1973 – IV R 49/68, BStBl. II 1973, 307).

169 c) **Fremdvergleich**

Die zwischen nahen Angehörigen vereinbarte Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter wird steuerlich nur anerkannt, wenn der Vertrag dem entspricht, was üblicherweise zwischen Fremden vereinbart wird (Fremdvergleich; BFH v. 21.10.1992 – X R 99/88, BStBl. II 1993, 286). Ein Vertrag über die Beteiligung als stiller Gesellschafter unter nahen Angehörigen entspricht dem, was üblicherweise zwischen Fremden vereinbart wird, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag und den ergänzenden gesetzlichen Vorschriften die wirtschaftliche Stellung des beteiligten Angehörigen im wesentlichen der Stellung des stillen Gesellschafters iSd. §§ 230 ff. HGB entspricht (KSM/DÖRSCH, § 20 Rn. F 273). Einschränkungen dieser Rechte des stillen Gesellschafters, insbesondere hinsichtlich der Gewinnauszahlung, der Kontroll- und Informationsrechte sowie der Kündigungsmöglichkeiten können zur Nichtanerkennung der stillen Gesellschaft führen (BFH v. 6.7.1995 – IV R 79/94, BStBl. II 1996, 269).

Beteiligung am Gewinn: Bei Einschränkung der Gewinnbeteiligungsrechte des stillen Gesellschafters kann der steuerlichen Anerkennung des Vertrags entgegenstehen, zB wenn über den Gewinnanteil 10 Jahre nicht verfügt werden kann (BFH v. 25.10.1969 – IV R 179/68, BStBl. II 1970, 114), der Stille nur mit Zustimmung des Geschäftsinhabers oder eines Dritten verfügen kann (BFH v. 22.1.1970 – IV R 178/68, BStBl. II 1970, 416; v. 20.2.1975 – IV R 72/74, BStBl. II 1975, 569; v. 6.7.1995 – IV R 79/74, BStBl. II 1996, 269) oder die Gewinnbeteiligung jederzeit widerrufen werden kann (BFH v. 8.8.1974 – IV R 101/73, BStBl. II 1975, 34).

Höhe der Gewinnbeteiligung: Zur stl. zulässigen Höhe einer Gewinnbeteiligung s. Anm. 173

Kontrollrechte: Dem stillen Gesellschafter stehen nach § 233 HGB Kontroll- und Informationsrechte zu. Bei einer stillen Gesellschaft zwischen nahen Angehörigen muss dem Stillen mindestens im Wesentlichen diese gesetzlichen Kontrollrechte eingeräumt werden (BFH v. 21.2.1991 – IV R 35/89, BStBl. II 1995, 449; v. 6.7.1995 – IV R 79/84, BStBl. II 1996, 269).

Kündigungsrechte: Der BFH hat zeitliche oder faktische Kündigungsbeschränkungen ausschließlich in den Fällen als stschädlich erachtet, in denen sie sich einseitig zu Lasten des stillen Gesellschafter (Kinder des Geschäftsinhabers) auswirkten (BFH v. 20.2.1975 – IV R 72/74, BStBl. II 1975, 569; v. 31.5.1989 – III R 91/87, BStBl. II 1990, 10). Entsprechendes gilt bei Vereinbarung eines Rechts des Geschäftsinhabers „auf Rückübertragung der Beteiligung“. Einschränkungen der Kündigungsrechte, die den stillen Gesellschafter und den Geschäftsinhaber gleichmäßig treffen, hindern die stl. Anerkennung der zwischen nahen Familienangehörigen vereinbarten stillen Gesellschaft nicht (BFH v. 29.4.1981 – IV R 121/78, BStBl. II 1981, 663; v. 24.7.1986 – IV R 103/83, BStBl. II 1987, 54).

Eine Rückfallklausel, nach der die Beteiligung ersatzlos an den Vater (Geschäftsinhaber) zurückfällt, wenn das Kind (stiller Gesellschafter) vor dem Vater stirbt und keine leiblichen ehelichen Abkömmlinge hinterlässt, steht der steuerlichen Anerkennung nicht entgegen (so zur Unterbeteiligung eines Kindes am Kommanditanteil seines Vaters, BFH v. 27.1.1994 – IV R 114/91, BStBl. II 1994, 635).

d) Tatsächliche Durchführung der Vereinbarungen

170

Stille Gesellschaftsverträge können stl. nur berücksichtigt werden, wenn sie entsprechend den Vereinbarungen tatsächlich durchgeführt werden (zB BFH v. 18.10.1989 – I R 203/84, BStBl. II 1990, 68). Zur tatsächlichen Durchführung gehören insbesondere die tatsächliche Leistung der versprochenen Vermögens-einlage, die Einrichtung eines Gesellschafterkontos, die jährliche Gutschrift und die vereinbarungsgemäße Auszahlung der Gewinnanteile des stillen Gesellschafter.

Gewinnanteile: Verbleiben die Gewinnanteile im Unternehmen des Geschäftsinhabers, bedarf es einer zivilrechtlich wirksamen Darlehensvereinbarung, insbesondere bei Beteiligung minderjähriger Kinder; fehlt es an einer solchen Abrede, wird die stille Beteiligung strechtl. nicht anerkannt (BFH v. 13.6.1989 – VIII R 47/85, BStBl. II 1989, 720; v. 18.10.1989 – I R 203/84, BStBl. II 1990, 68). Sieht der Gesellschaftsvertrag – wie üblich – die Auszahlung der Gewinnanteile nach Ablauf des Geschäftsjahrs und Feststellung des Gewinns vor, so fehlt es an einer tatsächlichen Durchführung des Vertrags, wenn der Gewinn des stillen Gesellschafter vor Ablauf des Geschäftsjahrs und vor Feststellung des Gesamtgewinns ausgezahlt wird (BFH v. 21.9.1989 – IV R 126/88, BFH/NV 1990, 692).

Einstweilen frei.

171

e) Stille Gesellschaft mit einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft als Geschäftsinhaberin

172

Die Grundsätze der stl. Anerkennung von Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen gelten auch dann, wenn der Vertrag mit einer PersGes. oder KapGes. geschlossen wird und der beherrschende Gesellschafter ein naher Angehöriger

des anderen Vertragspartners ist (BFH v. 20.9.1990 – IV R 17/89, BStBl. II 1991, 18; v. 18.12.1990 – VIII R 290/82, BStBl. II 1991, 391; BMF v. 1.12.1992, BStBl. I, 729). Diese Grundsätze sind auch anzuwenden, wenn eine stille Gesellschaft zwischen einer PersGes. oder KapGes. als Geschäftsinhaberin und einem Familienangehörigen eines beherrschenden Gesellschafters der PersGes. oder KapGes. vereinbart wird.

3. Gewinnbeteiligung in unangemessener Höhe

173 a) Ermittlung der Angemessenheit

Fremdvergleich: Bei stillen Gesellschaften zwischen nahen Angehörigen ist auch die Gewinnbeteiligung einem Fremdvergleich zu unterziehen, um die betrieblich veranlasste Gewinnbeteiligung von der ertragsteuerlich irrelevanten privaten Einkommensverwendung abzugrenzen (BFH v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Fehlt es an der zwischen fremden Dritten üblicherweise bestehenden Interessengegensatz, kann eine Gewinnbeteiligung nur in Höhe einer angemessenen Gegenleistung für die Einlage des stillen Gesellschafters anerkannt werden (BFH v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BStBl. II 2001, 299). Eine unangemessene Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters, der naher Angehöriger des Geschäftsinhabers ist, berührt die stl. Anerkennung der stillen Gesellschaft idR dem Grunde nach nicht (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 21.9.1989 – IV R 126/88, BFH/NV 1990, 692). Führt die Prüfung zu dem Ergebnis, dass die vorgenommene Gewinnverteilung unangemessen ist, so wird der Gesellschaftsvertrag grds. zwar anerkannt, der strechtl. zu berücksichtigende Gewinn des stillen Gesellschafters jedoch auf das angemessene Maß reduziert (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5). Das bedeutet, dass einerseits der den angemessenen Gewinn übersteigende Betrag beim stillen Gesellschafter nicht als Einnahme iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 zu versteuern, andererseits beim Geschäftsinhaber auch nicht als BA abziehbar ist.

Zu weiteren Einzelheiten s. § 15 Anm. 888 ff.

Gegenstand der Angemessenheitsprüfung ist die Gewinnverteilungsabrede des Gesellschaftsvertrags, so wie sie tatsächlich vollzogen worden ist. Der nach Gesellschaftsvertrag im einzelnen Jahr auf den stillen Gesellschafter entfallene Gewinnanteil ist also unbeachtlich, falls die tatsächliche Gestaltung nicht dem Vereinbarten entspricht.

Maßgebender Zeitpunkt der Angemessenheitsprüfung ist der des Vertragsabschlusses (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 247). Die Gewinnverteilung ist angemessen, wenn im Zeitpunkt der Vereinbarung auf Grund der Abrede nach den Erfahrungen der vorausgegangenen Jahre und vernünftiger kaufmännischer Beurteilung der Zukunftsaussichten eine angemessene durchschnittliche Rendite der Kapitalanlage zu erwarten war. Der Beurteilungszeitraum wird dabei im Regelfall mit 5 Jahren angesetzt (BFH v. 14.2.1973 – I R 131/70, BStBl. II 1973, 395; v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650; v. 27.3.2001 – I R 52/00, BFH/NV 2002, 537; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

Künftige Entwicklung: Eine nach diesen Grundsätzen als angemessen anzusehende Gewinnverteilungsabrede ist der Besteuerung aber auch dann zugrunde zu legen, wenn sich später herausstellt, dass die Ertragsprognose unzutreffend war. Erst bei einer wesentlichen Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, die unter einander fremden Personen zu einer Anpassung der Gewinnverteilung Anlass gegeben hätte, verlangt die Rspr. Überprüfung und Anpassung der zu

kontrollierenden Gewinnverteilungsabrede (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Eine nach diesen Kriterien zu hohe Gewinnbeteiligung ist nicht deshalb (rückwirkend) anzuerkennen, wenn später unerwartet hohe Gewinne anfallen (FG Münster v. 25.6.1971, EFG 1979, 91, rkr.; HENNINGER, FR 1970, 445).

Beurteilung der Angemessenheit: Ebenso wie bei der Frage nach der strechtl. Anerkennung des Gesellschaftsvertrags als Ganzes ist die Frage nach der Angemessenheit der Gewinnverteilungsabrede anhand einer Würdigung und Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu beantworten. Es ist nicht ein konkreter Fremdvergleich durchzuführen, sondern es ist eine angemessene Durchschnittsrendite der Einlage zu bestimmen (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Es ist das Verhältnis zwischen dem Wert der Vermögenseinlage, der grds. mit dem Nennwert (Nominalbetrag) angesetzt wird (BFH v. 27.9.1973 – IV R 33/71, BStBl. II 1974, 51), und dem nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussichtlich erzielbaren durchschnittlichen jährlichen Gewinnanteil. Dieses Verhältnis entspricht letztlich der vom stillen Gesellschafter erzielbaren Rendite seiner Einlage. Zu berücksichtigen ist ferner, ob bei geschenkter Einlage der Gesellschafter nur am Gewinn oder auch am Verlust des Unternehmens beteiligt ist (BFH v. 14.2.1973 – I R 131/70, BStBl. II 1973, 395; v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650). Im Wege typisierender Betrachtung legt der BFH einen bestimmten Prozentsatz vom Nennwert der Einlage als angemessen fest (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Dabei ist der maßgebliche Prozentsatz der Rendite in einen Prozentsatz der Gewinnbeteiligung oder Gewinn- und Verlustbeteiligung umzurechnen (BFH v. 21.9.2000 – I R 50/99, BStBl. II 2001, 299). Vertraglich muss nicht zwingend eine Obergrenze für den Gewinnanteil zur Wahrung der Fremdüblichkeit vereinbart werden, wenn die Länge der Kündigungsfristen eine Korrektur der Gewinnbeteiligung in angemessener Zeit ermöglichen (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

► *Als Obergrenze* für eine angemessene Gewinnverteilung hat der BFH folgende Renditen angesehen (kritisch dazu KSM/DÖTSCHE, § 20 Rn. F 290 und Voraufll.):

- *bei geschenkter Beteiligung:* 12 % ohne Verlustbeteiligung; 15 % mit Verlustbeteiligung (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650; BFH v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BStBl. II 2001, 299);
- *Beteiligung aus eigenen oder fremden Mitteln:* 25 % ohne Verlustbeteiligung (BFH v. 14.2.1973 – I R 131/70, BStBl. II 1973, 395), 35 % mit Verlustbeteiligung (BFH v. 16.12.1981 – I R 167/78, BStBl. II 1982, 387; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

► *Ermittlung des angemessenen Gewinnanteils:* Der so ermittelte Wert ist in der Folgezeit auf den tatsächlich erzielten Gewinn anzurechnen, so dass der stl. anzuerkennende Gewinnanteil des Stillen die Rendite von 35 % (bzw. 12–25 %) der Einlage im Ergebnis überschreiten darf (BFH v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BStBl. II 2001, 299; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

► *Teilweise Schenkung der Einlage* führt zur Anwendung eines gemischten Prozentsatzes für die Renditeberechnung. Der angemessene Gewinn ist aus den für die Schenkung geltenden und den bei Einlage eigener Mittel geltenden Renditegrundsätzen zu ermitteln (BFH v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650).

► *Anpassung bei ungenügender Gewinnbeteiligung des Geschäftsherrn:* Verbleibt bei dem so gefundenen Ergebnis im Vergleich zur Einlagenrendite des stillen Gesellschafters keine angemessene Abgeltung von Unternehmertätigkeit, Haftungsübernahme und Kapitaleinsatz des Geschäftsherrn, so ist die Rendite des Stillen soweit zu ermäßigen, bis sich auch für den Geschäftsherrn eine entsprechende Rendite ergibt (BFH v. 29.3.1973 – IV 56/70, BStBl. II 1973, 650).

Bei Einbringung der Arbeitskraft als Einlage des stillen Gesellschafters versagen die oben erwähnten, nur auf den Kapitaleinsatz bezogenen Renditeüberlegungen des BFH. Es ist zu fragen, was der Geschäftsinhaber einem Fremden als Arbeitnehmer für eine gleichwertige Arbeit zahlen würde (zuzüglich Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung, sonstigen sozialen Leistungen usw.), und dann zu berücksichtigen, dass ein Fremder als stiller Gesellschafter mehr verlangen wird als ein ArbN, weil er das Risiko schwankender Gewinnanteile und ggf. einer Verlustbeteiligung übernimmt und mit größerer persönlicher Anteilnahme am Geschick des Geschäfts mitarbeitet.

Einbringung der Arbeitskraft und Geldeinlage: Besteht die Einlage des stillen Gesellschafters in der Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft und der Leistung eines Geldbetrags, so muss man für beide Einlagen getrennt angemessene Gewinnanteile schätzen. Zur Doppelstellung als stille Gesellschafter und ArbN s. Anm. 158.

174 Einstweilen frei.

175 b) Folgen einer unangemessenen Gewinnbeteiligung

Eine unangemessen hohe Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters steht einer stl. Anerkennung der stillen Gesellschaft grds. nicht entgegen (s. Anm. 173). Anders ist es, wenn die vereinbarte Gewinnbeteiligung außer jedem Verhältnis zur erbrachten Leistung steht (BFH v. 21.9.1989 – IV R 126/88, BFH/NV 1990, 693). Der unangemessen hohe Gewinnanteil wird stl. als unbeachtliche private Zuwendungen des Geschäftsinhabers an den stillen Gesellschafter behandelt. Diese Teile des Gewinns des stillen Gesellschafters hat dieser nicht nach Abs. 1 Nr. 4 zu versteuern; der Geschäftsherr kann sie nicht als BA abziehen. Kommen zur unangemessenen Gewinnverteilung noch andere Umstände, die der stl. Berücksichtigung der stillen Gesellschaft entgegenstehen, hinzu, so ist der Gesellschaft als ganzes die stl. Anerkennung zu versagen. Die Gewinnanteile sind dann beim stillen Gesellschafter in voller Höhe nicht steuerbar (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BStBl. II 2001, 299; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

Anpassung wegen geänderter Gewinnverhältnisse: Eine ursprünglich angemessene Gewinnbeteiligung ist bei einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse (zB bei einem unerwarteten Gewinnsprung) zu korrigieren, wenn auch fremde Dritte die Gewinnverteilungsabrede angepasst hätten. Bei der Ermittlung der neuen Angemessenheit der Gewinnbeteiligung ist die zum Zeitpunkt der Anpassung zu erwartenden Gewinne der Folgejahre zu berücksichtigen (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Offen gelassen hat der BFH, ob eine Korrektur nur unter Beachtung einer angemessenen Kündigungsfrist erfolgen darf. UE sind vereinbarte Kündigungsfristen bei einer Korrektur der Gewinnabrede grds. zu beachten, soweit diese selbst dem unter Fremden Üblichen entsprechen. Denn auch unter fremden Dritten werden Vertragsanpassungen regelmäßig nur unter Beachtung von Kündigungsfristen möglich sein.

Eine unangemessen niedrige Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters hat nicht die stl. Nichtanerkennung der Gesellschaft zur Folge (s. Anm. 173). Stl. ist die vertraglich festgelegte Gewinnverteilung der Besteuerung zugrunde zu legen. Der stille Gesellschafter hat also den unangemessen niedrigen Gewinn nach Abs. 1 Nr. 4 zu versteuern.

Einstweilen frei.

176

4. Schenkweise Überlassung der stillen Beteiligung

Es sind Besonderheiten zu beachten, wenn die stille Beteiligung im Wege der Schenkung an einen nahen Angehörigen übertragen wird.

a) Begriff der Schenkung

177

Schenkungen sind Zuwendungen, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (§ 516 Abs. 1 BGB).

Keine Schenkungen sind Ausstattungen iSd. § 1624 Abs. 1 BGB. Danach sind Ausstattungen, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird. Eine Schenkung liegt nur insoweit vor, als die Ausstattung das den Umständen – insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter – entsprechende Maß übersteigt. Auch die Einräumung einer stillen Beteiligung kann Gegenstand einer Ausstattung sein (K. SCHMIDT in Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 230 Rn. 98). Liegt eine Ausstattung iSd. § 1624 Abs. 1 BGB vor, bedarf es keiner notariellen Beurkundung der unentgeltlichen Zuwendung.

b) Formerfordernisse bei Schenkung durch den Geschäftsinhaber

178

Form: Überlässt der Geschäftsinhaber die stille Beteiligung an dem von ihm betriebenen Handelsgewerbe einem nahen Angehörigen schenkweise, so ist das Schenkungsversprechen nach § 518 Abs. 1 BGB notariell zu beurkunden; beurkundungspflichtig ist aber nur das schuldrechtlich Schenkungsversprechen, nicht die Zuwendung des Schenkungsgegenstands (§ 516 Abs. 2 HGB, sog. „Handschenkungs“). Der steuerlich grundsätzlich schädliche Formmangel kann aber durch den Vollzug der Schenkung zivilrechtlich geheilt werden.

Heilung des Formmangels: Nach § 518 Abs. 2 BGB wird der Mangel der notariellen Beurkundung durch das Bewirken der versprochenen Leistung geheilt.

► *Schenkungs der stillen Beteiligung:* Eine Heilung gem. § 518 Abs. 2 BGB verneint der BGH (v. 29.10.1952 – II ZR 16/52, BGHZ 7, 378), wenn der Geschäftsinhaber den Anteil „buchmäßig, steuerlich oder sonstwie als Vermögen des anderen führt“. Die Auffassung des BGH ist zwar zivilrechtlich umstritten (s. ausführlich K. SCHMIDT, Münchner Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2007, § 230 Rn. 98 ff.; BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 6.18 ff.), stl. uE aber dennoch zu beachten (BFH v. 8.8.1979 – I R 82/76, BStBl. II 1979, 1990).

Ergänzungspfleger und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung: Zur Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers oder der vormundschaftlichen Genehmigung bei schenkweiser Überlassung der stillen Beteiligung s. die in Anm. 168 dargestellten Grundsätze.

Einstweilen frei.

179

180 c) **Schenkweise Überlassung der Geldmittel zur Erfüllung der Einlageverpflichtung**

Grundsätze der Rechtsprechung zur schenkweise begründeten Darlehensforderung: Der BFH hat entschieden, dass die Verpflichtung eines Stpfl. in einem Vertrag, seinen Kindern Geldbeträge zuzuwenden, die sie dem Vater sogleich wieder als Darlehen zur Verfügung zu stellen haben, stl. nicht anzuerkennen ist (BFH v. 10.4.1984 – VIII R 134/81, BStBl. II 1984, 705; v. 12.2.1992 – X R 121/88, BStBl. II 1992, 468). Es fehle an einer endgültigen Vermögensverschiebung zwischen den Beteiligten.

Anwendung dieser Rechtsprechung auf stille Beteiligungen: Diese Grundsätze sind nach Auffassung der FinVerw. und des BFH auch auf stille Beteiligungen anzuwenden, die schenkweise zwischen nahen Angehörigen dadurch begründet worden sind, dass die unentgeltliche Zuwendung des Geldbetrags an den nahen Angehörigen davon abhängig gemacht wird, dass der Empfänger den Betrag als stille Einlage zurückgeben muss, es sei denn, es ist eine Beteiligung am Verlust vereinbart (BMF v. 1.2.1992, BStBl. I 1992, 729 Tz. 12 iVm. Tz. 8 ff.; BFH v. 21.10.1992 – X R 99/88, BStBl. II 1993, 289; WEBER-GRELLET, DStR 1993, 1010; SCHULZE ZUR WIESCHE, DB 1993, 1008; kritisch FELIX, FR 1996, 729). Zur Begründung führt der BFH aus, dass stille Beteiligungen, bei denen der Stille nicht am Verlust teilnehme, stl. wie Darlehen zu behandeln seien (BFH v. 6.3.2003 – XI R 24/02, BStBl. II 2003, 656).

Stellungnahme: Die Rspr. zur Darlehensgewährung kann uE nicht auf die Begründung einer stillen Gesellschaft übertragen werden (glA KSM/DÖTSCHE, § 20 Rn. F. 278a ff). Denn im Unterschied zu einer Darlehensgewährung sind mit der Begründung einer stillen Gesellschaft, die auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet ist, auf Dauer weitergehende Rechte des stillen Gesellschafters zB Kontrollrechte verbunden. Insoweit liegt also keine Vergleichbarkeit zwischen Darlehen und stiller Gesellschaft vor.

181 d) **Ermittlung der Angemessenheit und Folgen der Unangemessenheit**

Ist die stille Beteiligung schenkweise eingeräumt worden und stl. anzuerkennen, ist davon auszugehen, dass nur eine geringere Gewinnbeteiligung angemessen ist; s. hierzu Anm. 173.

182 e) **Schenkung von einem Dritten**

Schenkt nicht der Geschäftsinhaber, sondern ein Dritter dem stillen Gesellschafter die zur Tilgung der Einlageverpflichtung erforderlichen Mittel, sind die in Anm. 178 dargestellten Regeln nicht anzuwenden; dies gilt selbst dann, wenn der Dritte ein naher Angehöriger des stillen Gesellschafters ist und die Schenkung den Zweck hatte, den Abschluss des Gesellschaftsvertrags zu ermöglichen. Mit dem Vollzug der Schenkung hat der stille Gesellschafter Eigenmittel. Für das rechtswirksame Zustandekommen des Gesellschaftsvertrags und für seine stl. Anerkennung gelten somit die gleichen Grundsätze, die zur Anwendung kämen, wenn der stille Gesellschafter die erforderlichen Geldmittel nicht durch eine Schenkung erworben hätte.

183–184 Einstweilen frei.

V. Stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

1. Zulässigkeit einer stillen Beteiligung

185

Es ist zivilrechtlich anerkannt, dass ein Anteilseigner gleichzeitig eine stille Gesellschaft mit der KapGes. eingehen kann (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. II 1980, 477; BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 5.37). Auch steuerrechtlich besteht die Möglichkeit, dass sich der Anteilseigner als stiller Gesellschafter an der KapGes. beteiligt (BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563). Eine stille Gesellschaft kann sowohl der Minderheitsgesellschafter als auch der beherrschende Gesellschafter eingehen (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 252). Der Anerkennung einer solchen Beteiligung steht nicht entgegen, dass das Stamm- oder Grundkapital der KapGes. vom Gesellschafter noch nicht voll eingezahlt ist (BFH v. 18.3.1966 – I 218/65, BStBl. III 1966, 197).

2. Gesellschafter der Kapitalgesellschaft als stiller Gesellschafter

a) Voraussetzung der stillen Gesellschaft

186

Ein Anteilseigner kann sich gleichzeitig als stiller Gesellschafter an der KapGes. beteiligen. Die Anerkennung setzt voraus, dass das zivilrechtlich wirksam begründete Gesellschaftsverhältnis im Voraus klar und eindeutig vereinbart und tatsächlich durchgeführt wird (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. 1980, 477; v. 25.8.1988 – I R 92/84, BFH/NV 1989, 258; v. 26.4.1989 – I R 96/85, BFH/NV 1990, 63; v. 12.12.1990 – I R 85/88, BFH/NV 1992, 59). Nach den vertraglichen Regelungen muss klar erkennbar sein, ob der Gesellschafter seine Leistungen an die KapGes. aufgrund des stillen Gesellschaftsverhältnisses oder aufgrund seiner kapitalmäßigen Beteiligung an der KapGes. erbringt (KSM/DÖTSCH § 20 Rn. F 211).

b) Angemessenheit der Gewinnverteilung

187

Angemessene Gewinnverteilung: Der Gewinn wird dem Beteiligten nur im Rahmen einer stillen Gesellschaft iSd. Nr. 4 zugerechnet, wenn die Gewinnverteilung angemessen ist. Zahlungen stellen dagegen eine vGA dar, soweit die Gewinnverteilungsabrede unangemessen ist (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. II 1980, 477; v. 12.12.1990 – I R 85/88, BFH/NV 1992, 59; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 253).

Begriff der Angemessenheit: Für die Prüfung der Angemessenheit gelten die allgemeinen Grundsätze der vGA (s. Anm. 80 ff.). Angemessen ist die Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters, wenn die Gesellschaft bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters den stillen Gesellschaftsvertrag unter sonst gleichen Umständen so, wie die gegenwärtigen und voraussichtlichen künftigen Verhältnisse sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darstellen, auch mit einem Nichtgesellschafter geschlossen hätte (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. II 1980, 477; v. 12.12.1990 – I R 85/88, BFH/NV 1992, 59).

Unangemessen hohe Gewinnbeteiligung: Ist die Gewinnbeteiligung unangemessen hoch, steht dies der stl. Anerkennung der stillen Gesellschaft dem Grunde nach nicht entgegen. Der Teil der Gewinnbeteiligung, der unangemessen hoch ist, ist eine vGA (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. II 1980, 477); der stille Gesellschafter erzielt also (in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der KapGes.) insoweit Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1; die KapGes. kann diesen Teil nicht als BA absetzen. In Höhe des Teils, der einer angemessenen Gewinnbeteiligung

entspricht, erzielt der stille Gesellschafter Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4; die KapGes. kann insoweit BA geltend machen.

188–189 Einstweilen frei.

B. Einnahmen aus partiarischen Darlehen (Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 Alt. 2)

190

I. Einnahmen

Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 gehören auch die Einnahmen aus partiarischen Darlehen. Einnahmen aus partiarischen Darlehen sind alle Vergütungen iSd. § 8 Abs. 1, die der Darlehensnehmer für die Nutzung des überlassenen Kapitals an den Darlehensgeber zu zahlen hat. Dazu zählen die gewinnabhängigen Vergütungen und außerdem alle anderen gewinnunabhängigen Nutzungsentgelte, die zusätzlich zu den gewinnabhängigen Vergütungen zu zahlen sind.

191

II. Partiarisches Darlehen und Abgrenzung zur stillen Gesellschaft

Partiarische Darlehen sind Darlehen (§§ 607 ff. BGB), für deren Hingabe der Darlehensgeber anstelle von Zinsen oder neben einer festen Verzinsung einen Anteil am Gewinn des Unternehmens, dem das Darlehen dient, erhält. Dabei ist die Vereinbarung eines Mindestgewinnanteils möglich. Eine Verlustbeteiligung ist nicht möglich. Der Gewinnanspruch bedingt – im Gegensatz zu herkömmlichen Darlehen – gewisse Kontrollrechte des Darlehensgebers. Der Darlehensnehmer ist deshalb zur Rechnungslegung (§ 259 BGB) verpflichtet (BGH v. 28.10.1953 – II ZR 149/52, BGHZ 10, 385).

Abgrenzung des partiarischen Darlehens zur stillen Gesellschaft: Die stille Gesellschaft unterscheidet sich vom partiarischen Darlehen dadurch, dass sich der Stille mit dem Unternehmensträger zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließt (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852; BGH v. 11.7.1951 – II ZR 45/50, BGHZ 3, 75). Bei einem partiarischen Darlehen handelt es sich dagegen um eine bloße Kreditgewährung. Entscheidend ist, ob die Beteiligten sich durch den Vertrag zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks verbunden haben und ihre schuldrechtlichen Beziehungen demgemäß ein gesellschaftsrechtliches Element in sich tragen oder ob die Beteiligten ohne jeden gemeinsamen Zweck lediglich ihre eigenen Interessen verfolgen und ihre Beziehungen zueinander ausschließlich durch die Verschiedenheit ihrer beiderseitigen Interessen bestimmt werden (BFH v. 21.6.1983 – VIII 237/80, BStBl. II 1983, 563).

► *Abgrenzungskriterien:* Die Abgrenzung ist nicht allein nach den von den Beteiligten gewählten Bezeichnungen und Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Diese haben nur indizielle Bedeutung für die Auslegung der Vereinbarungen (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852). Vielmehr erfolgt eine Abgrenzung unter einer umfassenden Würdigung des Vertragsinhalts und Vertragszwecks sowie einer Ermittlung der wirtschaftlichen Ziele der Beteiligten im Einzelfall (BFH v. 19.10.2005 – I R 48/04, BStBl. II 2006, 334; v. 22.8.2002 – IV R 6/01, BFH/NV 2003, 36; v. 25.3.1992 – I R 41/91, BStBl. II 1992, 889). Da die Vereinbarung einer Verlustbeteiligung bei einem partiarisches Darlehen nicht

zulässig ist, spricht eine solche Abmachung für die Eingehung einer stillen Gesellschaft (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021). Die Stellung des Kapitalgebers als beherrschender Gesellschafter spricht für eine stille Beteiligung an der Gesellschaft und nicht für ein partiarisches Darlehen (BFH v. 16.7.1986 – I R 78/79, BFH/NV 1987, 326).

► *Steuerliche Relevanz der Abgrenzung:* Die Abgrenzung war bis zum VZ 2008 für die GewSt. von Bedeutung, da nach § 8 Nr. 3 GewStG aF der Gewinnanteil des Stillen in voller Höhe hinzugerechnet wurde, während Zinsen für partiarische Darlehen nur hälftig hinzugerechnet wurden. Seit dem VZ 2009 werden stille Beteiligungen und partiarische Darlehen gleich behandelt (§ 8 Nr. 1 Buchst. a und c GewStG). Darüber hinaus können sich Unterschiede bei der Besteuerung grenzüberschreitender Sachverhalte ergeben (s. BLAUROCK, Hdb. der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 29.1 ff.).

Einstweilen frei.

192–194

III. Vereinbarung eines partiarischen Darlehens zwischen nahen Angehörigen

1. Steuerliche Anerkennung dem Grunde nach

195

Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung: Partiarische Darlehen zwischen nahen Angehörigen sind ebenso wie andere Verträge zwischen nahen Angehörigen stl. nur anzuerkennen, wenn sie rechtswirksam zustande gekommen sind und sowohl die Gestaltung als auch die tatsächliche Durchführung dem zwischen Fremden Üblichen entsprechen (BFH v. 7.11.1990 – X R 126/87, BStBl. II 1991, 291; v. 21.10.1992 – X R 99/88, BStBl. II 1993, 289 zur stillen Gesellschaft ohne Verlustbeteiligung; BMF v. 1.12.1992, BStBl. I 1992, 729). Darlehensverträge zwischen Fremden werden üblicherweise ausreichend gesichert. Ohne ausreichende Sicherheitsleistung werden deshalb Darlehensvereinbarungen zwischen Familienangehörigen stl. nicht anerkannt (BFH v. 18.12.1990 – VIII R 290/82, BStBl. II 1991, 391). Dies gilt auch für partiarische Darlehensvereinbarungen zwischen Familienangehörigen. Im Übrigen s. hierzu Anm. 165 ff.

Unentgeltliche Zuwendung der Darlehensgelder: Wird ein Geldbetrag einem Familienangehörigen unentgeltlich zugewendet und sogleich vom Empfänger als Darlehen an den Zuwendenden zurückgegeben, liegt keine vollzogene Schenkung, sondern lediglich ein Schenkungsversprechen vor, so dass die „Zinszahlungen“ keine Einnahmen des Empfängers iSd. Abs. 1 Nr. 7, sondern zusätzliche Schenkungen sind und damit auch keine BA des Zuwendenden sein können (BFH v. 10.4.1984 – VIII R 134/81, BStBl. II 1984, 705; v. 16.4.1985 – VIII R 26/85, BFH/NV 1985, 83). Dies gilt auch für partiarische Darlehen (BFH v. 21.10.1992 – X R 99/88, BStBl. II 1993, 289; BMF v. 1.12.1992, BStBl. I 1992, 729).

Umdeutung einer Unterbeteiligung in ein partiarisches Darlehen? Wird die Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil des Vaters stl. nicht anerkannt, kommt eine Umdeutung dieser Vereinbarung in ein partiarisches Darlehen nicht in Frage (BFH v. 6.7.1995 – IV R 79/94, BStBl. II 1996, 269).

2. Unangemessene Gewinnbeteiligung

196

Bei partiarischen Darlehen zwischen nahen Angehörigen darf die dem Darlehensgeber für die Kapitalhingabe gezahlte gewinnabhängige Vergütung eine den

Umständen nach angemessene Höhe nicht überschreiten; es gelten die gleichen Grundsätze wie für die Gewinnbeteiligung im Rahmen der stillen Gesellschaft (BFH v. 27.1.1971 – I R 169/69, BStBl. II 1971, 424; s. Anm. 173 ff.). Die gewinnabhängige Verzinsung beim partiarischen Darlehen muß grds. in einem angemessenen Verhältnis zur Darlehenssumme stehen. Bei der Übertragung der Grundsätze, die für die stille Gesellschaft entwickelt wurden, ist zu berücksichtigen, dass der Darlehensgeber im Unterschied zum stillen Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt ist.

197 Einstweilen frei.

198 **IV. Partiarisches Darlehen eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft an diese Kapitalgesellschaft**

Der (beherrschende) Gesellschafter einer KapGes. kann dieser Gesellschaft zivilrechtlich und mit stl. Anerkennung ein partiarisches Darlehen gewähren (BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563). Ob ein partiarisches Darlehen oder eine stille Beteiligung vorliegt (s. Anm. 191), hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

C. Stiller Gesellschafter und Darlehensgeber keine Mitunternehmer (Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2)

199 **I. Grundsatz**

Ein stiller Gesellschafter oder partiarischer Darlehensgeber kann auch Mitunternehmer iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sein (BFH v. 22.1.2009 – IV R 90/05, BFH/NV 2009, 843). Es ist für die Mitunternehmereigenschaft unschädlich, dass der Stille bzw. der Darlehensgeber nach außen nicht in Erscheinung tritt. Ist er Mitunternehmer, erzielt er keine Einkünfte nach Abs. 1 Nr. 4 sondern gewerbliche Einkünfte nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2). Ist der stille Gesellschafter Mitunternehmer, spricht man stl. von einer atypischen stillen Gesellschaft. Der Begriff der atypischen stillen Gesellschaft im stl. Sinne ist nicht identisch mit dem Begriff der atypischen stillen Gesellschaft im zivilrechtlichen Sinne.

Beteiligung im Betriebsvermögen: Gehört die typisch stille Beteiligung zu einem Betriebsvermögen, sind die Einkünfte nach § 20 Abs. 8 den betrieblichen Einkünften zuzurechnen (s. Anm. 651).

200 **II. Stiller Gesellschafter als Mitunternehmer**

Mitunternehmerbegriff im Allgemeinen: Mitunternehmer nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist, wer zusammen mit anderen Mitunternehmerinitiative entfaltet und Mitunternehmerisiko trägt (zB BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 [769]; v. 3.5.1993 – GrS 3/92, BStBl. II 1993, 616 [621]). Beide Merkmale können im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt sein, müssen jedoch beide vorliegen. Zu Einzelheiten s. ausführlich § 15 Anm. 300 ff.

Stiller Gesellschafter: Auch eine stiller Gesellschafter ist Mitunternehmer, wenn er Mitunternehmerinitiative entfaltet und Mitunternehmerisiko trägt (BFH v.

7.11.2006 – VIII R 5/04, BFH/NV 2007, 906). Ob ein stiller Gesellschafter Mitunternehmer ist oder nicht, hängt vom Gesamtbild der Verhältnisse ab, wobei die für und gegen einzelne Gesellschaftsformen sprechenden Argumente gegeneinander abzuwägen sind (BFH v. 12.11.1985 – VIII R 364/83, BStBl. II 1986, 311; v. 18.2.1993 – IV R 132/91, BFH/NV 1993, 647). Beide Merkmale sind, auch wenn sie unterschiedlich stark ausgeprägt sein können, unverzichtbare Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 2 (BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751; v. 2.10.1997 – IV R 75/96, BStBl. II 1998, 137). Ein stark ausgeprägtes Mitunternehmerisiko kann eine schwach ausgeprägte Mitunternehmerinitiative kompensieren, so dass nach der Rspr. selbst die nur geringen gesetzlichen Kontrollrechte nach §§ 230 ff. HGB zur Annahme einer Mitunternehmerstellung ausreichen können (BFH v. 27.1.1994 – IV R 114/91, BStBl. II 1994, 635; v. 7.11.2006 – VIII R 5/04, BFH/NV 2007, 906).

Mitunternehmerinitiative des stillen Gesellschafters: Zu Einzelheiten s. § 15 Anm. 393.

Mitunternehmerisiko des stillen Gesellschafters: Zu Einzelheiten s. § 15 Anm. 394.

Stille Gesellschaft an einer Kapitalgesellschaft: Ist bei einer stillen Beteiligung an einer KapGes. der stille Gesellschafter gleichzeitig Gesellschafter der KapGes., so führt die Beherrschung der KapGes. durch den stillen Gesellschafter dazu, dass uE regelmäßig eine atypisch stille Gesellschaft gegeben ist, weil der stille Gesellschafter aufgrund seiner Rechtstellung Mitunternehmerinitiative entfaltet (BFH v. 15.12.1992 – VIII R 42/90, BStBl. II 1994, 702; v. 18.6.2001 – IV B 88/00, BFH/NV 2001, 1550; v. 14.10.2003 – VIII B 281/02, BFH/NV 2004, 188; v. 26.11.2003 – VIII R 64/03, BFH/NV 2004, 631; glA KNOBBE-KEUK, StuW 1982, 201; aA noch BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563; so auch KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 213). Dies gilt umso mehr, wenn der Gesellschafter auch Geschäftsführer der GmbH ist (glA PAULICK, GmbHR 1982, 237). Zur Abgrenzung bei der GmbH & Still s. ausführlich § 15 Anm. 397.

Einstweilen frei.

201

III. Darlehensgeber als Mitunternehmer

202

Wer einem Dritten ein partiarisches Darlehen gibt, wird idR nicht Mitunternehmer, weil er als Darlehensgeber nicht am Verlust beteiligt ist und auch keine gesellschaftsrechtlichen Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte wie etwa der Kommanditist an einer KG hat. Die Frage, ob anderweitige Vereinbarungen geeignet sind, Mitunternehmerinitiative oder Mitunternehmerisiko zu begründen, richtet sich nach den gleichen Grundsätzen, die für die stille Gesellschaft gelten; s. Anm. 200. Sind danach im Einzelfall die Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft zu bejahen und liegen damit Einkünfte gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vor, bedarf es stl. keiner Prüfung, ob die Vereinbarungen im zivilrechtl. Sinne noch als partiarisches Darlehen zu werten sind.

Einstweilen frei.

203–204

D. Sinngemäße Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und § 15a (Abs. 1 Nr. 4 Satz 2)

I. Sinngemäße Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 auf Verlustanteile des stillen Gesellschafters

205 1. Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 auf stille Gesellschaften

Verlustverrechnungsbeschränkung: Die sinngemäße Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 im Rahmen stiller Gesellschaften soll die Abschaffung der Mehrmütterorganschaft (vgl. § 14 KStG Anm. 18 ff. und 159) flankierend absichern (BTDrucks. 15/119, 38). Der Gesetzgeber sah die Gefahr, dass der (unerwünschte) Verlusttransfer zwischen verschiedenen KapGes. nicht nur durch eine Mehrmütterorganschaft, sondern in gleicher Weise auch durch eine stille Gesellschaft erreicht werden könne. Eine (anteilige) Zurechnung eines Verlustes des Geschäftsinhabers beim stillen Gesellschafter sollen die Regelungen des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 unterbinden (s. § 15 Anm. 1507 auch zu verfassungsrechtl. Bedenken). Betroffen sind nur stille Gesellschaften zwischen KapGes. Verluste von nat. Pers. als stille Gesellschafter werden nicht erfasst (§ 15 Abs. 4 Satz 8). Die nach § 15 Abs. 4 Satz 6 für atypisch stille Gesellschaften geltende Verlustverrechnungsbeschränkung wird nach Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 auf typisch stille Gesellschaften erstreckt.

Berücksichtigung von Verlusten ab dem VZ 2009: Die sinngemäße Anwendung von § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 verliert an Bedeutung, wenn die Auffassung vertreten wird, dass Verluste WK darstellen und vom WKAbzugsverbot des Abs. 9 erfasst werden. Nach dieser Auffassung würde Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 noch anzuwenden sein, wenn die Einnahmen nicht den Regelungen der Abgeltungssteuer unterliegen (s. dazu ausführlich Anm. 142).

206 2. Voraussetzungen und Rechtsfolge

Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6: Die Verlustverrechnungsbeschränkung betrifft Verluste des Inhabers des Handelsgeschäfts, soweit der typisch stille Gesellschafter daran partizipiert (BMF v. 19.11.2008, BStBl. I 2008, 970). Die Verluste dürfen nicht mit anderen Einkünften – auch nicht mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen – ausgeglichen oder nach § 10d abgezogen werden. Wegen der weiteren Einzelheiten kann auf § 15 Anm. 1590 ff. verwiesen werden.

Zur Möglichkeit, einen Verlusttransfer durch Ausgabe von Genussrechten zu ermöglichen s. KORN/HAMACHER/DAHM, § 20 Rn. 217.

Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 7: Die nicht ausgleichsfähigen Verluste kann der stille Gesellschafter nach Maßgabe des § 10d nur mit zukünftigen Gewinnen aus derselben stillen Gesellschaft verrechnen. Für die Verlustverrechnung muss sowohl Identität bzgl. der stillen Gesellschaft als auch bzgl. der Person des Stillen bestehen. Zu Einzelheiten s. § 15 Anm. 1595 ff.

Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 8: Wie bei einer atypisch stillen Gesellschaft erfasst die Verlustverrechnungsbeschränkung auch bei einer typisch stillen Gesellschaft nur kstpfl. StSubjekte. Zu Einzelheiten s. § 15 Anm. 1600.

II. Sinngemäße Anwendung des § 15a auf Verlustanteile des stillen Gesellschafters

1. Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 1 Satz 1:

Ausgleichs- und Abzugsverbot für den zuzurechnenden Verlustanteil bei Entstehung oder Erhöhung eines negativen Kapitalkontos

a) „Sinngemäße“ Anwendung des § 15a

207

Verlustverrechnungsbeschränkung: Die sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 1 Satz 1 soll bewirken, dass ein Verlust des Handelsgeschäfts, der gesellschaftsrechtlich dem stillen Gesellschafter zugerechnet wird, von diesem nicht mit anderen positiven Einkünften anderer Einkunftsarten, einschließlich der anderer Einkünfte aus Kapitalvermögen, ausgeglichen oder nicht nach § 10d abgezogen werden kann, soweit durch den Verlust ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht. Verluste aus typisch stille Gesellschaften sollen durch die sinngemäße Anwendung des § 15a solchen aus einer atypisch stillen Gesellschaft gleichgestellt werden (BTDrucks. 8/3648, 15; KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 154).

Berücksichtigung von Verlusten ab dem VZ 2009: Die sinngemäße Anwendung des § 15a verliert an Bedeutung, wenn die Auffassung vertreten wird, dass Verluste WK darstellen und vom WKAbzugsverbot des Abs. 9 erfasst werden. Nach dieser Auffassung würde Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 noch anzuwenden sein, wenn die Einnahmen nicht den Regelungen der Abgeltungsteuer unterliegen (s. dazu ausführlich Anm. 142).

Systematische Bedeutung der sinngemäßen Anwendung: Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 iVm. § 15a ist eine Spezialregelung für „Verluste bei beschränkter Haftung“. Daraus ergibt sich die Frage, ob die sinngemäße Anwendung des § 15a nicht insoweit ins Leere geht, als solche Verluste bereits nach bisheriger Rechtslage (s. Anm. 142) beim stillen Gesellschafter keine WK darstellen, weil § 15a seinem Wortlaut nach voraussetzt, dass einem Gesellschafter Verluste mit estl. Wirkung zugerechnet werden können. UE geht § 15a aber als Spezialregelung für „Verluste bei beschränkter Haftung“ Zurechnungs- und Abflussregelungen vor, die an die beschränkte Haftung anknüpfen.

Zur grundsätzlichen Kritik, die eine sinngemäße Anwendung des § 15a auf eine stille Gesellschaft aus systematischen Gründen ablehnt s. KNOBBE-KEUK, NJW 1980, 2557; DIES., StuW 1981, 97; DORNFIELD, DB 1981, 546; JAKOB/JÜPTNER, FR 1985, 225; KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. F 154 ff.; GROH, DB 2004, 668.

Negatives Kapitalkonto: Ein negatives Kapitalkonto kann entstehen, wenn der stille Gesellschafter sich vertraglich verpflichtet, über sein Einlage hinaus am Verlust teilzunehmen. Mangels Steuerbilanz und eines danach auszuweisenden Kapitalkontos muss die Berechnung des Kapitalkontos des stillen Gesellschafters eigenständig zu ermitteln. Ausgehend von der geleisteten Einlage des stillen Gesellschafters sind spätere Einlagen und Gewinne erhöhend zu berücksichtigen, während Entnahmen und Verluste des Vorjahres den Bestand mindern (BFH v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126). Die Gesellschafter können zum Nachweis eine Verlustsonderkonto oder einen formlosen „Merkposten“ führen (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858).

Betroffene Verluste: Von der Verlustverrechnungsbeschränkung sind nur Verluste des Unternehmens, an der die stille Beteiligung besteht, betroffen. WK des stillen Gesellschafters selbst, zB Zinsaufwendungen für die Finanzierung der Einlage, werden nicht erfasst (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 257). Für WK

des stillen Gesellschafters ist ab dem VZ 2009 allerdings das generelle Abzugsverbot gem. Abs. 9 zu beachten.

Zurechnung von Verlusten: s. Anm. 142.

208 b) Verlustausgleich und Einlage

Verlustausgleich in Höhe der tatsächlich geleisteten Einlage: Die maßgebliche Höhe der für den Verlustausgleich zur Verfügung stehenden Vermögens-einlage bemisst sich nach dem tatsächlich geleisteten, also an den Geschäftsinhaber gezahlten Betrag oder übertragenen Wert der Einlage (BFH v. 5.2.2002 – VIII R 31/01, BStBl. II 2002, 464; v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126; KORN/HAMACHER/DAHM § 20 Rn. 218; KSM/DÖTSCH § 20 Rn. 169; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 258). Sie bemisst sich nicht nach der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten, aber noch nicht geleisteten (rückständigen) Einlage. Dem Geschäftsinhaber gewährte Darlehen oder die Überlassung von WG neben der stillen Beteiligung erhöhen – wie das SonderBV bei gewerbl. Gesellschaften (BFH v. 14.5.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167) – das Verlustausgleichsvolumen nicht (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 256).

§ 15a Abs. 1a: Mit dem JStG 2008 v. 19.1.22008 (BGBl. I 2008, 2794) wurde § 15a um einen Abs. 1a ergänzt, nach welchem nachträgliche Einlagen nicht zu einer nachträglichen Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit einer vorhandenen verrechenbaren Verlustes noch zu einer Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit des zukünftig noch zuzurechnenden Verlustes führt, soweit durch den Verlust eine negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht, gilt uE auch für stille Gesellschaften. Der Gesetzgeber ist mit der Änderung der Rspr. des BFH zur Berücksichtigung vorgezogener Einlagen (BFH v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359; v. 26.6.2007 – IV R 28/06, BStBl. II 2007, 934) entgegengetreten (s. ausführlich § 15a Rn. J 08–4 ff.).

209 2. Keine sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3: Verlustausgleich bei Haftungserweiterung

Erweiterte Außenhaftung: Ein erweiterter Verlustausgleich über die tatsächlich geleistete Einlage hinaus ist nicht in sinngemäßer Anwendung des § 15a Abs. 1 Satz 2 und 3 zulässig (BFH v. 7.8.2002 – VIII B 90/02, BFH/NV 2002, 1577 zur typisch stillen Gesellschaft; v. 5.2.2002 – VIII R 31/01, BStBl. II 2002, 464 zur atypischen Innengesellschaft). Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 sind bei einem Kommanditisten Verluste, die die geleistete Einlage übersteigen, nur dann ausgleichs- oder abzugsfähig, wenn der Kommanditist mit einer die geleisteten Einlage übersteigenden Haftsumme im Handelsregister eingetragen ist. Die Anwendung dieser Regelung scheidet bereits daran, dass eine Eintragung im Handelsregister ausgeschlossen ist (GEUENICH, DStR 1998, 57).

Kein erweiterter Verlustausgleich durch Außen- oder Innenhaftung: Eine Erweiterung des Verlustausgleichsvolumens außerhalb des § 15a Abs. 1 Satz 2 lässt sich auch nicht durch eine vertragliche Verpflichtung zur Übernahme von Unternehmensschulden im Außenverhältnis, zB in Form einer Bürgschaft oder Schuldübernahme, erreichen (BFH v. 5.2.2002 – VIII R 31/01, BStBl. II 2002, 464; v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126; glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 15a Rn. 198; KSM/DÖTSCH, § 20 Rn. 174; aA BORDEWIN, FR 1982, 268; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 258). Auch eine im Innenverhältnis eingegangene Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Übernahme von Verlusten erhöht nicht das Verlustausgleichsvolumen. Ein Verlustausgleich ist

nur in Höhe der tatsächlich geleisteten Einlage möglich (BFH v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126).

3. Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 2: Verlustverrechnung mit Gewinnen späterer Wirtschaftsjahre

a) Nach Abs. 1 nicht ausgleichs- oder abziehbare Verluste

210

Nach § 15a Abs. 2 mindern die einem Kommanditisten zuzurechnenden, aber nach § 15a Abs. 1 Satz 1 nicht ausgleichs- oder abzugsfähigen Verluste dessen Gewinne aus seiner Beteiligung in den Folgejahren. Nicht ausgleichs- oder abziehbare Verluste, die ein negatives Kapitalkonto des stillen Gesellschafters entstehen lassen oder erhöhen, sind dem stillen Gesellschafter und nicht dem Geschäftsinhaber (so aber noch BFH v. 5.5.1981 – VIII B 26/80, BStBl. II 1981, 574) zuzurechnen (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858; v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126). Sie mindern daher gem. § 15a Abs. 2 iVm. Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 die ihm in späteren Wj. aus der Beteiligung zuzurechnenden Gewinne. Die Gewinne sind zunächst erfolgsneutral mit dem Bestand des negativen Kapitalkontos zu verrechnen (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858).

Identität des Geschäftsbetriebs: Die zukünftigen Gewinnanteile, mit denen Verlustanteile gem. § 15a Abs. 2 verrechnet werden sollen, müssen aus derselben Einkunftsquelle stammen, aus der auch die Verluste hervorgegangen sind. Das bedeutet, dass Verluste und Gewinnanteile in demselben Handelsgewerbe entstanden sein müssen. Die Rechtslage entspricht insoweit derjenigen des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8, so dass zur Erläuterung auf § 15 Anm. 1598 verwiesen wird.

Identität des Gesellschafters: Die Verlustverrechnung setzt weiterhin voraus, dass Verlustanteile und zukünftige Gewinne demselben stillen Gesellschafter zuzurechnen sind. Verluste des bisherigen Gesellschafters können, zB bei Gesellschafterwechsel, nicht mit Gewinnen eines nachfolgenden Gesellschafters verrechnet werden (s. § 15a Anm. 143). Zur weiteren Erläuterung wird auf § 15 Anm. 1599 verwiesen.

b) Durchführung der Verlustverrechnung

211

Verrechnung von Amts wegen: Die Verlustverrechnung nach § 15a Abs. 2 ist von Amts wegen vorzunehmen. Eines Antrags des stillen Gesellschafters bedarf es nicht. Die Verlustverrechnung ist unabhängig davon, ob die Gewinnanteile entnommen oder zur Wiederauffüllung der Vermögenseinlage eingesetzt werden (BMF v. 14.9.1981, BStBl. I 1981, 620 str.; glA BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 259; aA SÖFFING, BB 1980, 1787).

Kein Wahlrecht: Die Verlustanteile müssen zum frühestmöglichen Zeitpunkt verrechnet werden. Ein Wahlrecht über den Zeitpunkt der Verlustverrechnung steht dem stillen Gesellschafter nicht zu (s. § 15a Anm. 133).

Einstweilen frei.

212

4. Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 3: Einkünftezurechnung bei Einlageminderung

a) Zurechnung von Einkünften aufgrund einer Einlageminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 1)

213

Die nach § 15a Abs. 3 Satz 1 vorgesehene Gewinnzurechnung bei Entnahmen, durch die ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht, ist bei stillen Ge-

sellschaften nur im Falle der Rückzahlung der Einlage anwendbar. Denn Entnahmen im estl. Sinn sind beim stillen Gesellschafter nicht denkbar. Dabei kann nur die Rückzahlung aus der Vermögenseinlage, nicht aber die Rückzahlung eines dem Geschäftsinhaber neben der Einlage gewährten Darlehens oder die Auszahlung von Gewinnen früherer Geschäftsjahre, die nicht zur Auffüllung oder Erhöhung der Einlage eingesetzt wurden, zur Zurechnung von Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 führen.

214 **b) Begrenzung der Einkünftezurechnung durch vorangegangene Verluste (§ 15a Abs. 3 Satz 2 und Satz 4)**

§ 15a Abs. 3 Satz 2: Einlagerückzahlungen führen nur insoweit zu einer Zurechnung fiktiver Einnahmen aus Kapitalvermögen, als dem stillen Gesellschafter im Jahr der Einlagerückzahlung und in den vorangegangenen 10 Jahren Verluste als ausgleichs- oder abziehbar zugerechnet worden sind. Verlustanteile, die vor diesem Zeitraum als ausgleichs- oder abziehbar zugerechnet wurden, führen bei Rückzahlungen aus der Vermögenseinlage nicht zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1.

Nach § 15a Abs. 3 Satz 4 mindern beim Kommanditisten die Beträge, die ihm aufgrund einer Einlage- oder Haftungsminderung zuzurechnen sind (§ 15a Abs. 3 Sätze 1–3), die Gewinne, die ihm aus seiner Beteiligung im Jahr der Zurechnung der Beträge oder in späteren Jahren zuzurechnen sind. Diese Regelung gilt mit Ausnahme des Tatbestands der Haftungsminderung sinngemäß auch für den stillen Gesellschafter.

215 **c) Zurechnung von Einnahmen aufgrund einer Haftungsminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 3)**

§ 15a Abs. 3 Satz 3 (Zurechnung des Haftungsminderungsbetrags beim Kommanditisten) findet auf den stillen Gesellschafter keine sinngemäße Anwendung, da mangels Handelsregistereintragung auch keine Haftungsminderung eingetragen werden kann (glA KSM/DÖTSCH § 20 Rn. F 193).

216 **d) Gesonderte Feststellung eines verrechenbaren Verlusts (§ 15a Abs. 4)**

Der nach der Anwendung des § 15a verbleibende verrechenbare Verlust ist auch bei einer stillen Gesellschaft in sinngemäßer Anwendung des § 15a Abs. 4 gesondert festzustellen (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858; KORN/HAMMACHER/DAHME, § 20 Rn. 221).

217–229 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5–8: Zinsen

A. Grundinformation zu Abs. 1 Nr. 5–8

230 **I. Sachlicher Umfang der betroffenen Kapitalerträge**

Von Abs. 1 Nr. 5–8 werden Zinserträge aus verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen unterschiedlicher Art als Einnahmen aus Kapitalvermögen erfasst.

Abs. 1 Nr. 5 regelt Zinseinnahmen aus Hypotheken, Grundschulden und Renten aus Rentenschulden und enthält eine Bestimmung darüber, welcher Anteil aus Tilgungshypotheken und Tilgungsgrundschulden als stpfl. Einnahme der Besteuerung unterliegt.

Abs. 1 Nr. 6 bestimmt, dass der Unterschiedsbetrag zwischen einer Versicherungsleistung und der auf sie entrichteten Beiträge für Kapitallebensversicherung und für Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht im Erlebensfall als stpfl. Einnahme aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterliegt. Diese Regelung gilt für alle Versicherungsverträge, die nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurden (sog. Neuverträge).

Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 erfasst als Auffangtatbestand alle Erträge aus verbrieften und unverbrieften sonstigen Kapitalforderungen, soweit sie nicht bereits unter eine der übrigen Vorschriften des Abs. 1 fallen.

Abs. 1 Nr. 8 erklärt die Diskontbeträge aus Wechseln und Anweisungen einschließlich der Schatzwechsel zu Einnahmen aus Kapitalvermögen.

II. Verhältnis der Tatbestände zueinander

231

Abs. 1 Nr. 5, 6 und 8 sind jeweils *lex specialis* zu der als Auffangtatbestand einzuordnenden Nr. 7 Satz 1. Alle Zinserträge, die nicht unter eine dieser Vorschriften zu subsumieren sind, werden über Abs. 1 Nr. 7 den stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen zugeordnet. Während die Erträge aus Nr. 6 und 7 unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 7 dem KapErtrSt.-Abzug unterliegen, wird bei den Zinsen iSd. Nr. 5 und 8 kein StAbzug vorgenommen. Derartige Zinserträge sind daher auch ab VZ 2009 in der StErklärung zu deklarieren und werden im Rahmen der besonderen Veranlagung (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1 Satz 1 von 25 % besteuert.

B. Zinsen aus Hypotheken usw. (Abs. 1 Nr. 5)

I. Einnahmen aus Hypotheken und Grundschulden sowie Renten aus Rentenschulden (Abs. 1 Nr. 5 Satz 1)

1. Zinsen aus Hypotheken und Grundschulden

a) Legaldefinition des Zinsbegriffs

232

Zinsen sind laufzeitabhängige Entgelte (Vergütung) für den Gebrauch eines für Zeit überlassenen Kapitals (BGH v. 16.11.1978, NJW 1979, 540; BFH v. 3.10.1984, BStBl. II 1985, 73; grundlegend: CANARIS, NJW 1978, 1891); s. Anm. 281 ff. Auf die Bezeichnung „Zinsen“ kommt es nicht an. Der Rechtsgrund der Kapitalüberlassung (Vertrag, Gesetz, Urteil) ist unerheblich. Zinsen brauchen nicht fortlaufend gezahlt zu werden. Sie können vielmehr sogleich für die gesamte Nutzungsdauer berechnet und – wie beim *Damnum* oder *Disagio* (s. Anm. 295 „Disagio“ und „Disagio-Anleihe“) – vom Kapital einbehalten werden. Laufzeit-unabhängige Leistungen des Schuldners, wie zB Restschuldversicherungen, Beleihungswert-Ermittlungsgebühren, erfüllen den Zinsbegriff nicht. Der Begriff der Zinsen als Einnahmen des Gläubigers der Kapitalforderung deckt sich mit dem Begriff der Zinsen als WK (s. § 9 Anm. 360 ff.). Es genügt, dass die

Zinsen wirtschaftlich Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung bilden. Dazu rechnen nach Abs. 3 auch „besondere Entgelte oder Vorteile“ (s. Anm. 551), nicht aber Kapitalrückzahlungen; zur Annuität s. Anm. 551.

Bereitstellungszinsen fallen unter Abs. 1 Nr. 5.

Bereitstellungszinsen aus Bauhandwerkerhypotheken (§ 648 BGB) gehören nach der Zuweisungsregel des Abs. 8 zu den Einnahmen aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 Nr. 1); s. Anm. 651.

Versicherungszinsen fallen in Form des Differenzbetrags zwischen Versicherungsleistung und entrichteten Beiträgen unter Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 (s. Anm. 262).

Zufluss der Zinsen s. Anm. 32 ff.

233 b) Zinsen aus Hypotheken

Hypotheken sind Belastungen eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt (Gläubiger), eine bestimmte Geldsumme zur Erfüllung einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1113 BGB). Dies bedeutet: Der Gläubiger kann sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück befriedigen, wenn der Schuldner (Grundstückseigentümer oder Dritter) seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachkommt.

Sicherungshypothek: Die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 5 erfasst nach hM nur Zinsen aus Verkehrshypotheken (Brief- und Buchhypotheken), nicht aber Zinsen aus Sicherungshypotheken (§ 1184 BGB). Diese werden vom Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7 (sonstige Kapitalforderung) erfasst (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 279; LBP/CONRADI, § 20 Rn. 215; LADEMANN/KOSS, § 20 Rn. 491). Nach aA fallen Zinsen aus allen Hypothekenarten unter Abs. 1 Nr. 5 (KSM/F. DÖRSCH, § 20 Rn. G 18). Die Beschränkung auf Verkehrshypotheken lässt sich uE dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen und ist sachlich nicht gerechtfertigt. Als Spezialvorschrift für Zinsen aus Grundpfandrechten verdrängt Abs. 1 Nr. 5 den Auffangtatbestand des Abs. 1 Nr. 7 insgesamt. Sowohl Verkehrs- als auch Sicherungshypotheken sind akzessorisch zu einer schuldrechtl. Forderung. Zwar ergibt sich der Zinsanspruch bei Sicherungshypotheken aus der zugrundeliegenden (schuldrechtl.) Forderung und nicht unmittelbar aus dem Grundpfandrecht selbst, doch rechtfertigt das die Differenzierung nicht. Verkehrs- und Sicherungshypothek sind keine grds. verschiedenen Rechtsgebilde, wenn auch die Sicherungshypothek wegen der fehlenden Verkehrsfähigkeit als minderes Recht angesehen wird.

► *Ausgrenzung der Sicherungshypotheken* aus dem Anwendungsbereich des Abs. 1 Nr. 5 war bis zum Inkrafttreten des ZinsabschlagG vom 9.11.1992 zum 1.1.1993 ohne praktische Auswirkungen. Seitdem wird bei Zinsen iSd. Abs. 1 Nr. 7 unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 nach § 43a Abs. 1 Nr. 4 Kap-ErrSt. einbehalten, während Zinsen iSd. Abs. 1 Nr. 5 keinem Abzug unterliegen. Auch aus diesem Gesichtspunkt heraus ist eine unterschiedliche Zuordnung der Zinsen nach Art der jeweiligen Hypothek uE nicht gerechtfertigt.

Eigentümerhypothek: Der Eigentümer eines Grundstücks kann für sich selbst zur Sicherung einer eigenen Forderung keine Hypothek bestellen. Eine Fremdhypothek kann aber nachträglich zur Eigentümerhypothek werden, wenn der Eigentümer die gesicherte Forderung und damit nach §§ 401, 412, 1153 BGB auch die Hypothek erwirbt (PALANDT/BASSENGE, 67. Aufl., § 1113 BGB Rn. 2). Wegen der Identität von Schuldner und Gläubiger (§§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2

iVm. § 1117 BGB) erbringen Eigentümerhypotheken keine Zinserträge. Abs. 1 Nr. 5 ist daher nicht berührt. Das gilt auch, wenn das Grundstück auf Betreiben eines Dritten der Zwangsverwaltung (§ 1197 BGB) unterstellt wird.

c) Zinsen aus Grundschulden

234

Grundschulden sind Belastungen eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen ist (§ 1192 BGB). Grundschulden setzen – anders als Hypotheken – keine persönliche (schuldrechtliche) Forderung des Berechtigten voraus.

Eigentümergrundschulden können – anders als Eigentümerhypotheken – auch für den Eigentümer des Grundstücks bestellt werden (§ 1196 BGB). Wegen der Identität von Schuldner und Gläubiger (§§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 1117 BGB) fallen aber auch hier – wie bei der Eigentümerhypothek (s. Anm. 233) – keine Zinserträge an.

2. Renten aus Rentenschulden

235

Rentenschulden sind Grundschulden (§ 1199 Abs. 1 BGB), bei denen zu regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück (s. Anm. 233) zu zahlen ist. Die Rentenschuld ist nicht auf Zahlung eines festen Kapitalbetrags, sondern auf die fortlaufende Zahlung eines bestimmten Geldbetrags (Rente) ausgerichtet. Renten sind regelmäßig wiederkehrende Geldleistungen aus einem Rentenstammrecht (Rentenschuld). Die Rentenzahlung ist in voller Höhe stpfl. Einnahme aus Kapitalvermögen und nicht nach § 22 Nr. 1 Satz 1 zu versteuern; s. § 22 Anm. 211 ff.; § 10 Anm. 75 ff. Die Rentenzahlungen mindern den Wert des Rentenstammrechts nicht.

Die Zahlung einer Ablössungssumme zur Aufhebung (Tilgung) der Rentenschuld (§ 1199 BGB) ist keine Einnahme iSv. Abs. 1 Nr. 5.

Einstweilen frei.

236–239

II. Zinsen aus Tilgungshypotheken und -grundschulden (Abs. 1 Nr. 5 Satz 2)

1. Trennung von Rückzahlung und Zinsen

240

Tilgung (Kapitalrückzahlung) und Zinsen sind zu trennen. Nur die Zinsen bilden Einnahmen aus Kapitalvermögen. Ob eine Zahlung des Schuldners Zins oder Tilgung darstellt, richtet sich nach der Bestimmung des Schuldners (§ 366 Abs. 1 BGB). Fehlt eine solche Bestimmung, gilt die Reihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB (BFH v. 10.6.1975 – VIII R 71/71, BStBl. II 1975, 847). Wird nur ein Teil der Kapitalschuld zurückgezahlt, so sind bürgerlich-rechtlich durch die Zahlung in erster Linie die Zinsen getilgt; dies muss uE auch strechtl. gelten (BFH v. 23.1.1964 – IV 448/60, StRK AO § 217 R. 61; aA RFH v. 16.9.1936, RStBl. 1937, 8).

2. Tilgungshypothek und Tilgungsgrundschulden

241

Bei einer Tilgungshypothek (Tilgungsgrundschuld) zahlt der Schuldner aus Zins- und Tilgungsbeträgen zusammengesetzte gleichbleibende Monats- oder Jahresbeträge (Annuität) in einem bestimmten Vomhundertsatz des ursprünglichen Kapitals bis zu dessen vollständiger Tilgung. Die bis zur Tilgung gleichbleibenden Leistungen bewirken, dass innerhalb eines Jahres der Zinsanteil ständig ge-

ringer, der Kapitalabtrag dagegen ständig größer wird. Nur der Zinsanteil gehört zu den stpfl. Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 5 Satz 2.

242–259 Einstweilen frei.

C. Kapitalerträge aus Versicherungen (Abs. 1 Nr. 6)

Schrifttum: BOUDRÈ, Die Sicherung von Steuervergünstigungen für Policendarlehen, Finanzierung unter Einsatz von Lebensversicherungsansprüchen, 2. Aufl. 1996; HORLEMANN, Die Kapitallebensversicherung und ihre Erträge im deutschen Einkommensteuersystem, BB 1993, 2129, 2201, 2273; DERS., Verwendung von Lebensversicherungen zur Finanzierung bei Gesellschaften und Gemeinschaften, insbesondere bei geschlossenen Immobilienfonds, DStR 1993, 1725; PFALZGRAF/MEYER, Ist die kapitalbildende Lebensversicherung als Finanzierungsinstrument noch zu retten?, DB 1993, 2353; REUTER, Die Lebensversicherung im Steuerrecht, 8. Aufl., Herne/Berlin 1994.

Schrifttum ab 2004: BEHLAU, Neuregelung der Besteuerung von Lebensversicherungen, sj 2006, Nr. 23; HOHAUS/MITTELSTEN-SCHIED, Reform der Altersbesteuerung: Das neue Alterseinkünftegesetz, DStZ 2004, 591; KRACHT, Die Steuerpflicht bei Versicherungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, BBV 2006, 95; MARX, Wesentliche Steueränderungen durch das Alterseinkünftegesetz, StuB 2004, 717; PAUS, Steuerliche Vorteilhaftigkeit und verfassungsrechtliche Probleme der neuen privaten Altersvorsorgete, DStZ 2004, 760; RISTHAUS, Neuregelung der Besteuerung von Kapitallebensversicherungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, DB 2006, 232; DERS., Beseitigung einiger Ungereimtheiten in § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, DStR 2007, 30; SCHNEIDER, Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, StW 2004, 151; WEBER-GRELLET, Das Alterseinkünftegesetz, DStR 2004, 1721; GOVERTS/KNOLL, Zweifelsfragen zum Alterseinkünftegesetz, DStR 2005, 223; DIES., Das BMF-Schreiben vom 22.12.2005 zur neuen Besteuerung von Lebensversicherungserträgen, DStR 2006, 589.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827, betr. Vertragsänderungen bei Versicherungen auf den Erlebens- oder Todesfall iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstaben cc und dd EStG; v. 25.11.2004 (IV C1 – S 2252 - 405/04), BStBl. I 2005, 1096, betr. Neuregelung der Besteuerung der Erträge aus kapitalbildenden Lebens- und Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht durch das Gesetz zur Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen; v. 22.12.2005, DStR 2006, 88, betr. Neuregelung der Besteuerung der Erträge aus nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG steuerpflichtigen Versicherungen durch das Alterseinkünftegesetz; v. 22.12.2006, betr. Neuregelung der Besteuerung der Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, BStBl. I 2006, 92; v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172, betr. Besteuerung von Versicherungserträgen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG.

260

I. Grundinformationen zu Abs. 1 Nr. 6

Die Vorschrift regelt die Besteuerung von Kapitalerträgen, die aus den Sparanteilen der Versicherungsbeträge von den Versicherungsunternehmen erzielt werden. Bis zum VZ 1974 sah der Gesetzgeber keine Veranlassung, die Erträge aus langfristigen und daher besonders inflationsanfällig angelegten Sparanteilen als stbare Einnahmen aus Kapitalvermögen zu erfassen. Die StFreiheit sollte die eigenverantwortliche Vorsorge fördern und dem Risiko der Geldentwertung bei sehr langfristigen Geldanlagen Rechnung tragen. Erst als erkannt wurde, dass beim Abschluss von Kapitallebensversicherungsverträgen nicht allein der Vorsorgegedanke im Vordergrund stand, sondern die Versicherungsverträge sich immer mehr zu einer alternativen Kapitalanlageform entwickelten, wurde 1974 die generelle StPflicht der Lebensversicherungszinsen eingeführt, von der allerdings die als Vorsorgeaufwendungen förderungswürdigen und daher begünstigten Versicherungsverträge (Sonderausgabenabzug der Prämien) ausgenommen

wurden (BTDrucks. 11/2226, 117). Dieses StPrivileg passte später aber nicht mehr in das mit dem AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) eingeführte System der nachgelagerten Besteuerung gesicherter Altersvorsorge-Produkte, was zu einer grundlegenden Neugestaltung des Abs. 1 Nr. 6 führte. Nicht zu den begünstigten Altersvorsorgeprodukten gehören sollten jene Anlageprodukte, die je nach ihrer konkreten Ausgestaltung alternativ auch der Altersvorsorge dienen können, jedoch nicht zwingend dazu dienen müssen. Bei solchen Anlageprodukten, zu denen auch die Kapitallebensversicherungen und Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht gezählt werden, überwiegt in der Regel der Charakter einer frei verfügbaren Kapitalanlage. Der Gesetzgeber des AltEinkG hat damit an die Begründungen im Jahr 1974 angeknüpft, die zur Einführung einer generellen StPflcht von Versicherungszinsen geführt hatten. Während 1974 allerdings alle Versicherungszinsen als Einnahmen aus Kapitalvermögen erfasst wurden, wird die StPflcht von Erträgen aus Kapitallebensversicherungsverträge, die nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurden (Neuverträge), unter bestimmten Bedingungen auf die Hälfte des Unterschiedsbetrags zwischen Versicherungsleistung und entrichteten Beiträge beschränkt (Abs. 1 Nr. 6 Satz 2). Dieses StPrivileg ist nach Einführung des Satz 5 in Nr. 6 durch das JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. II 2009, 97) allerdings sog. vermögensverwaltenden Versicherungsverträgen verwehrt.

II. Zurechnung der Versicherungserträge

261

Die Versicherungserträge sind dem Vertragspartner des Versicherungsunternehmens, also dem Versicherungsnehmer, der nicht identisch sein muss mit der versicherten Person, zuzurechnen. Der Versicherungsnehmer hat dem Versicherungsunternehmen Kapital in Form von in den Beiträgen enthaltenen Sparanteilen zur Nutzung zur Verfügung gestellt und erfüllt mit den vom Versicherungsunternehmen erzielten Erträgen den Tatbestand des Abs. 1 Nr. 6 Satz 1.

III. Umfang der steuerbaren Versicherungsleistung (Nr. 6 Satz 1 und 2)

262

Versicherungsverträge: Ein Versicherungsvertrag iSd Nr. 6 unterscheidet sich von einer Kapitalanlage ohne Versicherungsscharakter dadurch, dass ein wirtschaftliches Risiko abgedeckt wird, das aus der Unsicherheit und Unberechenbarkeit des menschlichen Lebens für den Lebensplan des Menschen erwächst (biometrisches Risiko). Die durch die Lebensversicherung typischerweise abgedeckten Gefahren sind

- der Tod (Todesfallrisiko),
- ungewisse Lebensdauer (Erlebensrisiko, Langlebighkeitsrisiko),
- Unfallrisiko (Versicherung mit garantierte Beitragsrückzahlung),
- Risiko der Beitragsrückzahlung im Todesfall.

► *Kein Versicherungsvertrag* iSd Nr. 6 liegt dagegen vor, wenn der Versicherungsvertrag keine nennenswerte Risikotragung für der Versicherer enthält. Davon geht die FinVerw. aus, wenn bei Risikoeintritt nur eine Leistung der angesammelten und verzinsten Sparanteile zzgl. einer Überschussbeteiligung vereinbart ist (BMF v. 1.10.2009 aaO Tz. 3). Entspricht ein Lebensversicherungsvertrag oder eine Unfallversicherung mit garantierter Beitragsrückzahlung den Regeln der Versicherungsaufsicht, liegt idR ein unter die Nr. 6 zu subsumierender Vertrag vor.

Einnahmen aus Versicherungsverträgen: Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 6 Satz 1 gehören der Unterschiedsbetrag zwischen ausgezahlter Versicherungssumme und den darauf entrichteten Beiträge

- im Erlebens- oder Todesfall,
- bei Rückkauf des Vertrags einer Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht, soweit nicht die lebenslange Rentenzahlung gewählt und erbracht wird,
- bei Kapitalversicherungen mit Sparanteil, wenn der Vertrag nach dem 31.12. 2004 (Neuvertrag) abgeschlossen wurde,
- Unfallversicherungen mit garantierter Beitragsrückzahlung (BMF v. 1.10. 2009, BStBl. I 2009, 1172, Tz. 1).

Mit dem Unterschiedsbetrag iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 wird der bis VZ 2004 nicht stbare Ertrag aus dem Risiko- und Verwaltungskostenanteil im Versicherungsbeitrag – jetzt systematisch zutreffend – mit erfasst. Im Gegenzug sind bei dieser Differenzberechnung die Beiträge, die für mitversicherte Zusatzrisiken, zB für eine Erwerbs- und/oder Berufsunfähigkeit oder Hinterbliebenenversorgung, aufgewendet werden, nicht abziehbar.

Keine Besteuerung der Erträge in der Ansparphase: Mit der Aufzählung der von der Besteuerung betroffenen Versicherungsverträge in Nr. 6 Satz 1 und Satz 4 wird deutlich, dass alle Kapitalerträge, die in der Ansparphase eines Rentenversicherungsvertrags – mit oder ohne Kapitalwahlrecht – vom Versicherungsunternehmen erzielt werden, beim Versicherungsnehmer zunächst periodengerecht nicht stbar sind. Die Besteuerung der Erträge wird vielmehr auf den Zeitpunkt der Auszahlung der Versicherungsleistung, mit Ausnahme der vermögensverwaltenden Verträge des Satz 5, verlagert. Für Kapitalversicherung hingegen fehlt eine solche eindeutige Regelung, obwohl auch hier der Versicherungsnehmer im Erlebensfall – je nach Vertragsgestaltung – ein Wahlrecht hinsichtlich der Kapitalauszahlung oder Verrentung des Kapitals haben kann. Daraus herzuleiten, dass die Erträge bei einer Kapitalversicherung mit Rechtenwahlrecht in der Ansparphase. stbar. seien, wäre angesichts der eindeutigen Bestimmung für Rentenversicherung uE jedoch nicht sachgerecht. Vielmehr sind die Erträge aus beiden Versicherungsformen während der Ansparphase insgesamt nicht zu versteuern (glA RISTHAUS, DStZ 2007, 30).

Privilegierung von Altersvorsorgeverträgen: Hat der Stpfl. im Zeitpunkt der Auszahlung der Versicherungsleistung das 60. Lebensjahr vollendet und besteht der Versicherungsvertrag schon mindestens 12 Jahre, wird nach der Begünstigungsregel des Nr. 6 Satz 2 nur die Hälfte des Unterschiedsbetrags als Bemessungsgrundlage bei den Einnahmen aus Kapitalvermögen angesetzt.

Beispiel: Steuerpflichtiger B zahlt in eine Kapitallebensversicherung in 30 Jahren 50 000 € Versicherungsbeiträgen einschließlich des Risikoanteils für den Todesfall ein. Der Versicherungsvertrag wurde im Jahr 2005 abgeschlossen. Für das im Vertrag mit versicherte Berufsunfähigkeitsrisiko zahlt er zusätzlich Beiträge iHv. 20 000 €. Dieses Risiko tritt nicht ein. Im 62. Lebensjahr erhält B aus dem Versicherungsvertrag 100 000 € ausgezahlt. Da die zeitlichen Bedingungen des Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 eingehalten sind, sind die stpfl. Kapitalerträge wie folgt zu berechnen:

Versicherungsleistung	100 000 €
Entrichtete Beiträge ./.	<u>50 000 €</u>
Unterschiedsbetrag	50 000 € × 50 % = 25 000 € zu versteuern mit dem Tarifsteuersatz.

Die Beiträge zur Berufsunfähigkeitsversicherung (20 000 €) sind nicht abziehbar.

► *Hälftiger Unterschiedsbetrag bei Kapitalversicherungen auf verbundene Leben:* Kapitalversicherungen auf verbundene Leben liegen vor, wenn die Erlebensfall-Leistung erst bei Erleben aller im Vertrag genannten versicherten Personen zu erbringen ist. Fließt die Versicherungsleistung den verbundenen Personen gemeinschaftlich zu, ist für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen, inwieweit er in seiner Person die Voraussetzungen des Satz 2 erfüllt. Die Aufteilung erfolgt dann nach Köpfen, wenn kein abweichendes Ergebnis vereinbart ist.

Beispiel (nach BMF v. 1.10.2009, aaO, Tz. 77 ff.): Versicherte sind die Eheleute A und B. Beide sind gemeinsam Bezugsberechtigte der Versicherungssumme über 30 000 €. Die Laufzeit des Vertrags beträgt 20 Jahre. Geleistete Beiträge betragen 20 000 €. Bei Auszahlung im Erlebensfall ist A 62 Jahre, B 58 Jahre alt.

Berechnung:

Versicherungsleistung	30 000 €
./. Beitragsleistung	./. 20 000 €
Zwischensumme	10 000 € (StAbzug 25 %)

Aufteilung in der VA

A 50 %	5 000 €
B 50 %	5 000 €
Ansatz nach Nr. 6 Satz 2 bei A 50 %	2 500 €
Ansatz nach Nr. 6 Satz 1 bei B	5 000 €
Stfrei	2 500 €

Einstweilen frei.

263–264

IV. Versicherungsverträge iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 1

265

Die StPflicht der nach Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 ermittelten Kapitalerträge setzt ein, wenn der Versicherungsnehmer – nicht die versicherte Person – den Ablauf des Versicherungsvertrags erlebt oder seinen Rentenversicherungsvertrag während der Laufzeit zurückkauft und von dem vertraglich vereinbarten Kapitalwahlrecht Gebrauch macht. Betroffen sind von dieser Regelung nur nach dem 31.12.2004 abgeschlossene Versicherungsverträge (§ 52 Abs. 36 Satz 5). Für Verträge, die vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden, ist weiterhin das alte Recht mit der weitgehenden StFreiheit der rechnermäßigen und außerrechnermäßigen Zinsen im Fall des Sonderausgabenabzugs der Beiträge nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b anzuwenden (Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 aF).

Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht: Mit der Umstellung der Besteuerung der Versicherungserträge durch das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) wurden Rentenversicherungsverträge mit Kapitalwahlrecht im Erlebensfall – soweit die Rentenzahlung gewählt wird – insoweit stl. privilegiert, als bei ihnen nur die Ertragsanteile in der Auszahlungsphase nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb der Besteuerung unterworfen werden. Die Zinserträge aus der Anspar- oder Aufschubphase sind dagegen stfrei. Mit der Klarstellung durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) gelten diese Regeln allerdings nur, wenn der Versicherungsnehmer eine „lebenslange“ Rentenzahlung wählt.

► *Abgekürzte Leibrenten oder Zeitrenten:* Erträge aus Versicherungsverträgen mit einer vertraglich vereinbarten Höchstlaufzeit (abgekürzte Leibrenten) oder wiederkehrenden Bezügen, die nicht auf Lebenszeit, sondern auf eine vorher festgelegte Dauer erbracht werden (Zeitrenten), bei denen der Versicherungsnehmer

mer also keine lebenslangen Rentenzahlungen wählt oder vom Versicherungsunternehmen erhält, verbleibt es bei der Grundregel des Nr. 6 Satz 1. Die Erträge dieser Verträge sind nicht privilegiert, da die nachgelagerte Besteuerung nur des Ertragsanteils keine Anwendung findet.

► *Beendigung der Rentenzahlung durch Ausübung des Kapitalwahlrechts:* Die Privilegierung der Rentenversicherung in Nr. 6 Satz 1 tritt auch ein, wenn eine lebenslange Rentenzahlung „erbracht“ wird. Die Rentenzahlung muss dafür tatsächlich lebenslang an den Bezugsberechtigten geleistet werden. Übt der Bezugsberechtigte dagegen bei der Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht die Option aus und kündigt die Rentenzahlung gegen Zahlung einer Kapitalleistung, ist die Versicherungsleistung nach den Regeln des Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 stpfl. Für die stl. Begünstigung muss also neben der lebenslang vereinbarten Rentenzahlung noch die tatsächliche Rentenzahlung hinzukommen.

► *Beendigung der Rentenzahlung durch Tod des Bezugsberechtigten:* Die lebenslange Rentenzahlung kann nicht nur durch Ausübung des Kapitalwahlrechts, sondern auch durch den Tod des Bezugsberechtigten innerhalb der Rentengarantiezeit enden. In diesem Fall bleiben Zahlungen zur Abfindung der Rentengarantiezeit weiterhin begünstigt. Insoweit handelt es sich bei der Abfindungszahlung um eine Todesfallleistung, auf die Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 nicht zur Anwendung kommt (BMF v. 22.12.2005, BStBl. I 2006, 92; RISTHAUS, DStZ 2007, 30).

Rentenversicherung gegen Einmalbetrag auf Lebenszeit mit garantierter Grundrente und nicht garantierter „Bonusrente aus Überschussbeteiligung“:

Nr. 6 Satz 1 ist uE auf diese Versicherungsform nicht anwendbar. Die FinVerw. war bislang davon ausgegangen, dass sowohl der Sockelbetrag (Grundrente) als auch die variable Überschussbeteiligung der Ertragsanteilbesteuerung aus § 22 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb unterliegen. Der BFH hingegen hat mit Urtr. v. 15.6.2005 – X R 64/01 (BStBl. II 2006, 245) zu einer einheitlichen Besteuerung beider Teile nach Abs. 1 Nr. 7 tendiert und mit Urtr. v. 20.6.2006 – X R 64/01 (BStBl. II 1996, 245) entschieden, dass beide Bestandteile einheitlich als wiederkehrende Leistungen zu beurteilen seien. Unbeantwortet blieb in dieser Entscheidung allerdings die Frage, ob die Renteneinnahmen dem Bereich des § 22 Nr. 1 als sonstige Einkünfte oder des Abs. 1 Nr. 7 als Kapitalerträge zuzuordnen sind. Werden beide Leistungsteile aber einheitlich betrachtet, fehlt es an der für den Leibrentenbegriff erforderlichen Gleichmäßigkeit der Leistung, da die Überschussbeteiligung keine konstante Größe darstellt. Insoweit kommt uE nur eine Besteuerung aus Abs. 1 Nr. 7, also als Kapitalertrag, in Betracht.

Mindestzeitrenten: Der Ausschluss des Nr. 6 Satz 1 auf Versicherungsverträge mit einer vertraglich vereinbarten Mindestlaufzeit ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig. Problematisch ist die Einordnung dieser Vertragform als „lebenslange“ Rentenversicherung. Folgt man dieser im Schrifttum teilweise vertretenen Einordnung (BIERGANS, Renten und Raten, 4. Aufl. 1993, 74; RICHTER, HdR, F. 3.2., Rn. 106) – wofür manches spricht – kommt beim Bezugsberechtigten nicht Nr. 6 Satz 1, sondern die Ertragsanteilsbesteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb iVm. § 55 EStDV zur Anwendung.

► *Rechtsnachfolge in Mindestzeitrenten:* Führt ein Rechtsnachfolger des Erstbezugsberechtigten die Mindestzeitrente fort, liegt uE eine Zeitrente vor, die nach § 22 Abs. 1 Satz 1 in vollem Umfang der Besteuerung unterliegt (so auch RISTHAUS, DB 2006, 232).

Kapitallebensversicherungen: Das Versicherungsrecht unterscheidet zwischen sog. reinen Risikolebensversicherungen, deren Beiträge regelmäßig keinen Sparanteil enthalten und deshalb keine Zinserträge entstehen lassen und Kapitallebensversicherung mit Sparanteil, durch deren Anlage Zinserträge durch das Versicherungsunternehmen generiert werden. Während bei reinen Risikolebensversicherungen nur der Eintritt des Versicherungsfalles (Tod der versicherten Person) die Zahlung einer Versicherungsleistung auslöst, garantieren Kapitallebensversicherungen auch im Erlebensfall, also bei Ablauf der vereinbarten Versicherungslaufzeit, die Auszahlung der Versicherungsleistung einschließlich angesamelter Sparanteile und deren Erträge. Der Ablauf der Versicherungszeit bei Risikolebensversicherung führt dagegen zu keiner Auszahlung. Während Erträge aus Kapitallebensversicherungen (Vertragabschluss nach dem 31.12.2004) von Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 erfasst sind, sind Erträge aus reinen Risikolebensversicherungen (ohne Sparanteil) von der Vorschrift nicht betroffen, unabhängig davon, ob der Vertrag vor dem 1.1.2005 oder nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurde.

Kombinationsverträge: Enthält ein Versicherungsvertrag neben einer Kapitallebensversicherung zB noch eine Berufsunfähigkeitsversicherung und/oder eine Unfallversicherung, wird die einheitliche Versicherungsprämie teilweise für die Abdeckung dieser Versicherungsrisiken gezahlt. Die Vorschrift umfasst, ausgedrückt durch den Wortlaut „auf sie entrichtete Beiträge“, nur den auf die Lebens- oder Rentenversicherung entfallenden Beitragsteil. Der auf die Unfallversicherung oder Berufsunfähigkeitsversicherung entfallende Beitragsteil ist also nicht in die Unterschiedsberechnung einzubeziehen. Die Versicherungsverträge müssen deshalb so gestaltet sein, dass eine Aufteilung der Beiträge auf die einzelnen Risiken vorgenommen werden kann.

Fondsgebundene Versicherungen: Kapitalerträge aus fondsgebundenen Kapitallebensversicherungen sind nach Nr. 6 Satz 3 ebenfalls von der StPflcht erfasst. Bei diesen Verträgen kann der Versicherungsnehmer bei Ablauf der Versicherung im Erlebensfall wählen, ob er sich neben der garantierten Versicherungssumme den der Höhe seiner Beiträge entsprechenden Teil der im Fonds gehaltenen Wertpapiere oder einen Geldbetrag in Höhe des Kurswerts dieser Wertpapiere auszahlen lassen will. Beide Bestandteile gehen in die Unterschiedsberechnung nach Nr. 6 Satz 1 ein. Der als Kapitalertrag zu erfassende Unterschiedsbetrag ist im Jahr der Auszahlung (Zufluss der Versicherungsleistung) stl. zu erfassen.

Investmentrentenverträge: Hier ist uE nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Verträge zu differenzieren, denn eine ausdrückliche Regelung dazu fehlt in Nr. 6. Handelt es sich um einen reinen Vermögenanlagevertrag, nach dem innerhalb einer vereinbarten Vertragslaufzeit eine der Höhe nach bestimmte Geldleistung ausgezahlt wird, sind die Erträge uE nicht aus Nr. 6 Satz 1, sondern als Zinsen iSd. Abs. 1 Nr. 7 stbar (glA RISTHAUS, DStZ 2007, 30). Nach der Umqualifizierung der gesamten Investmenterträge in § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 kommt diese Vorschrift als Rechtsgrundlage einer Besteuerung in Betracht. Sieht der Vertrag allerdings eine lebenslange Auszahlung der Investmenterträge vor, liegt uE die Absicherung eines biometrischen Risikos in Form einer Kapitallebensversicherung mit Teilleistung vor mit der Folge, dass eine Besteuerung aus Nr. 6 Satz 1 in Betracht zu ziehen ist; dazu BMF v. 22.12.2005, BStBl. I 2006, 92 Tz. 61.

V. Berechnung der steuerpflichtigen Erträge bei entgeltlichem Erwerb des Versicherungsvertrags (Nr. 6 Satz 3)

Nach Nr. 6 Satz 1 werden die stpfl. Kapitalerträge aus den betroffenen Versicherungsverträgen aus dem Saldo von Versicherungsleistung und entrichteten Beiträgen ermittelt. Wird der Anspruch auf die Versicherungsleistung während der Laufzeit entgeltlich im Wege der Abtretung übertragen, bezieht der Rechtsnachfolger (Übernehmer) des ursprünglichen Versicherungsnehmers im Erlebensfall oder bei einem Vertragsrückkauf mit Auszahlung der Versicherungsleistung ebenfalls Einnahmen aus Kapitalvermögen. Für diesen Fall stellt Nr. 6 Satz 3 sicher, dass der Übernehmer nur besitzzeitanteilig die Erträge zu versteuern hat, die während seiner Zeit als Versicherungsnehmer (ab Vertragübernahme) mit den Versicherungsbeiträgen erwirtschaftet wurden. Die stbaren Einnahmen des Übernehmers werden aus der Differenz zwischen Versicherungsleistung abzgl. der AK und den eigenen ab Übernahme gezahlten Versicherungsbeiträgen errechnet. So treten die aus dem Entgelt für die Übertragung bestehenden AK an die Stelle der vor der Übernahme – vom Rechtsvorgänger – entrichteten Beiträge.

Beispiel: Ü erwirbt von V eine Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme vom 100 000 €. Der Kaufpreis beträgt 10 000 €. Ü entrichtet bis zum Ablauf der Versicherung eigene Beiträge iHv. 40 000 €. Bei Vertragsende nach mehr als 12 Jahren erhält er im 65. Lebensjahr von dem Versicherer 100 000 € ausgezahlt. Seine stbaren Erträge errechnen sich wie folgt:

Versicherungsleistung	100 000 €
./. AK in Höhe des Kaufpreises	10 000 €
./. eigene Beiträge	<u>40 000 €</u>
Saldo	50 000 €
./. StBegünstigung Nr. 6 Satz 2	<u>25 000 €</u>
stbarer Kapitalertrag (tarifbesteuert)	25 000 €

267 VI. Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1–3 (Nr. 6 Satz 4)

Die Regelungen zur Bemessung der Kapitalerträge aus Versicherungsverträgen (Satz 1), die StBegünstigung bei Auszahlung der Versicherungssumme nach Vollendung des 60. Lebensjahres (Satz 2) und die Berechnung im der Kapitalerträge im Fall eines Zwischenerwerbs (Satz 3) sind nach Nr. 6 Satz 4 entsprechend anwendbar auf

- fondsgebundene Lebensversicherungen,
- Rentenversicherung ohne Kapitalwahlrecht und
- Erträge aus dem Rückkauf eines Rentenversicherungsvertrags ohne Kapitalwahlrecht.

Fondsgebundene Lebensversicherungen sind versicherungsrechtl. normale Lebensversicherungen auf den Erlebens- oder Todesfall (MARCHAND, DB 1974, 2430), deren Versicherungsbeiträge ebenfalls ua. einen Sparanteil enthalten. Im Unterschied zu herkömmlichen Lebensversicherungen wird dieser jedoch nicht in verschiedenen Wertpapieren, sondern in einem Investmentvermögen angelegt. Die Erträge dieses Investmentvermögens werden nicht ausgeschüttet, sondern thesauriert und wieder angelegt. Dadurch nimmt der Versicherungsnehmer an der Wertentwicklung des Investmentvermögens teil (REUTER, BB 1986, 295).

► *Auszahlung der Versicherungssumme und Kapitalerträge:* Bei Eintritt des Versicherungsfalls durch Tod der versicherten Person erhält der Versicherungsnehmer neben seinem Anteil am Investmentvermögen die bei Vertragsschluss garantierte Versicherungssumme ausgezahlt. Diese Auszahlung ist nicht stbar. Bei Ablauf der Versicherung im Erlebensfall kann der Versicherungsnehmer wählen, ob er sich den der Höhe seiner Beiträge entsprechenden Teil der im Investmentvermögen enthaltenen Wertpapiere oder einen Geldbetrag in Höhe des Kurswerts seines Anteils auszahlen lassen will (MARCHAND, DB 1974, 2430; PRÖLSS/MARTIN, VVG, vor § 159 Anm. 14). Durch Abzug der entrichteten Beiträge ergibt sich die stpfl. Bemessungsgrundlage für die Kapitalerträge (Nr. 6 Satz 1).

Rentenversicherung ohne Kapitalwahlrecht stehen nach Nr. 6 Satz 4 den Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht gleich. Ist der Versicherungsvertrag nach dem 31.12.2004 abgeschlossen, wird im Erlebensfall die Differenz zwischen der Versicherungsleistung und der Summe der auf den Vertrag entrichteten Beiträge als Kapitalertrag iSd. Nr. 6 Satz 1 besteuert. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn keine lebenslange Rentenzahlung vereinbart, aber diese tatsächlich erbracht wird; s. dazu Anm. 265.

Rentenversicherung mit Teilkapitalauszahlung sind Versicherungen, die für den Erlebensfall vorsehen, dass ein Teil der Ablaufeistung verrentet, der andere Teil in einer Summe ausgezahlt wird (RISTHAUS, DB 2006, 323). Auch diese Art von Versicherungsverträgen fällt unter Nr. 6 Satz 4, allerdings nur, soweit die Verträge nach dem 31.12.2006 abgeschlossen wurden. Verträge, die in der Zeit nach dem 31.12.2004 und vor dem 1.1.2007 abgeschlossen wurden, fehlt es im JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) allerdings an einer ausdrücklichen Anwendungsregel (§ 52 Abs. 36 Satz 8).

Rückkauf von Versicherungsverträgen: Versicherungsverträge, die zwischen dem 31.12.2004 und dem 31.12.2006 abgeschlossen wurden, unterliegen nach § 52 Abs. 36 im Fall des Rückkaufs ebenfalls der Besteuerung aus Nr. 6 Satz 1, wenn der Rückkauf nach dem 31.12.2006 erfolgt ist. Die Regelung des Nr. 6 Satz 4 wurde durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 1652; BStBl. I 2007, 28) zunächst als Satz 3 eingeführt und vom Gesetzgeber als Klarstellung bezeichnet, weshalb bereits alle nach dem 31.12.2004 abgeschlossenen und nach dem 31.12.2006 zurückgekauften Versicherungsverträge von der Besteuerung betroffen sind (BTDrucks. 16/2712, 49)

VII. Abgrenzung Alt- und Neuverträge

268

Bis zum Inkrafttreten des AltEinkG setzten sich die stpfl. Versicherungserträge aus den rechnungsmäßigen und außerrechnungsmäßigen Zinsen der angelegten Sparanteile zusammen. Von der Neuregelung des Abs. 1 Nr. 6 zum 1.1.2005 sind nur die nach dem 31.12.2004 abgeschlossenen Versicherungsverträge (Neuverträge) erfasst (§ 52 Abs. 36 Satz 5). Für die Frage, welche Fassung des Abs. 1 Nr. 6 anzuwenden ist, kommt es somit auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an. Der Versicherungsvertrag kommt mit dem Zugang der Annahmeerklärung des Versicherungsunternehmens beim Versicherungsnehmer wirksam zustande. Die strechtl. Einordnung als Alt- oder Neuvertrag hängt grds. vom Datum der Ausstellung des Versicherungsscheins ab (BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827 Tz. 8). Die FinVerw. sieht im Abschluss so genannter Vorratsverträge regelmäßig einen Gestaltungsmissbrauch iSd. § 42 AO.

Verträge mit Versicherungsbeginn nach dem 31.3.2005, die aber noch vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden, sieht die FinVerw. als im Jahr 2005 abgeschlossen an mit der Folge, dass diese Verträge dem ab 1.1.2005 geltenden Recht unterworfen werden. Das alte StPrivileg entfällt in solchen Verträgen. Damit wird – abweichend vom Vertragsschluss im Zeitpunkt der Ausstellung des Versicherungsschein – der Vertragsschluss im Zeitpunkt des Versicherungsbeginns fingiert (BMF v. 25.11.2004, BStBl. I 2004, 1096 Rn. 1).

Vertragsabschluss 2004 mit Beitragsanpassungen in 2005 führt nach Verwaltungsauffassung ebenfalls zur Prüfung einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung (BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827 Rn. 38). Ein Gestaltungsmissbrauch wird insbesondere dann aber nicht angenommen, wenn die Beitragserhöhung pro Jahr 20 % des bisherigen Beitrags nicht übersteigt. Übersteigt die jährliche Beitragssteigerung 20 %, muss nicht automatisch eine missbräuchliche Gestaltung mit der Folge, dass der Vertrag als Neuvertrag zu werten ist, angenommen werden. Eine solche Beitragsgestaltung ist dann unschädlich (BMF v. 25.11.2004, BStBl. I 2004, 1096 Tz. 2), wenn

- die jährliche Beitragserhöhung nicht mehr als 250 € beträgt oder
- der Jahresbeitrag bis zum 5. Jahr der Vertragslaufzeit auf nicht mehr als 4800 € angehoben wird und der im ersten Jahr der Vertragslaufzeit zu zahlende Versicherungsbeitrag mindestens 10 % dieses Betrags ausmacht oder
- der erhöhte Beitrag nicht höher ist, als der Beitrag, der sich bei jährlicher Beitragserhöhung um 20 % seit Vertragsschluss ergeben hätte.

Folgen missbräuchlicher Gestaltung: Stuft die FinVerw. einen Versicherungsvertrag als gestaltungsmissbräuchlich ein, sind die insgesamt auf die Beitragserhöhungen entfallenden Vertragsbestandteile stl. als gesonderter „neuer Vertrag“ zu behandeln. Der Neuvertrag gilt in dem Zeitpunkt als abgeschlossen, zu dem der auf den Erhöhungsbetrag entfallende Versicherungsbeginn folgt; weitere Einzelheiten zum Beginn der Versicherungsverträge s. BMF v. 25.11.2004, BStBl. I 2004, 1096.

269 VIII. Abweichende Zurechnung der Erträge aus vermögensverwaltenden Versicherungsverträgen (Nr. 6 Satz 5)

Mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2795; BStBl. I 2009, 74) wurde Nr. 6 zur Verhinderung von als missbräuchlich empfundenen Vertragsgestaltungen um einen Satz 5 ergänzt, der eine nachgelagerte Besteuerung der Erträge in der Ansparphase des Vertrags – wie in Satz 1 und die StVergünstigung wie in Satz 2 vorgesehen – verhindern soll. Die Sätze 1–4 finden insgesamt keine Anwendung, wenn die Kapitalerträge aus einem vermögensverwaltenden Versicherungsvertrag heraus erzielt werden.

Vermögensverwaltender Versicherungsvertrag: Mit der Regelung in Satz 5 werden Inhaber bestimmter, von auf ihre individuellen Bedürfnisse zusammengestellte Versicherungsverträge strechtl. wie Direktanleger behandelt. Auf die von ihnen über das Versicherungsunternehmen erzielten Kapitalerträge sind ab VZ 2009 die Vorschriften über die abgeltende KapErrSt. anzuwenden, wenn im Versicherungsvertrag folgende Regelungen enthalten sind:

- gesonderte Verwaltung von speziell nur für einen Vertrag (und für den individuellen Versicherungsnehmer) zusammengestellte Kapitalanlagen,

- die Kapitalanlagen nicht auf öffentlich vertriebene Investmentfondsanteile (Publikumsfonds) oder auf Kapitalanlagen beschränkt sind ‚die die Entwicklung eines veröffentlichten Index‘ abbilden und
- Einflussmöglichkeit des Versicherungsnehmers (Berechtigten) auf die Anlage- und Ausschüttungspolitik des Versicherers.

Satz 5 ist ebenfalls anzuwenden, wenn der Vertrag als fondsgebundene Kapital-Lebensversicherung ausgestaltet ist (Nr. 6 Satz 4).

Einflussnahme durch Versicherungsnehmer auf Anlageverhalten: Hinzukommen muss nach Satz 5, dass der wirtschaftl. Berechtigte, idR der Versicherungsnehmer, unmittelbar oder mittelbar über die Veräußerung der Vermögensgegenstände (Kapitalanlagen) und die Wiederanlage der Erlöse aus den Anlagen bestimmen kann.

Rechtsfolgen: Der Gesetzgeber geht bei diesen Spezialversicherungsverträgen von einer missbräuchlichen Gestaltung zur Vermeidung der periodengerechten Ertragsbesteuerung und zur Nutzbarmachung des Versicherungsprivilegs bei Auszahlung der Versicherungssumme nach Vollendung des 60. Lebensjahres – Ansatz des hälftigen Differenzbetrags – aus. Handelt es sich bei einem Versicherungsvertrag um einen derartigen vermögensverwaltenden Vertrag, sind die vom Versicherungsunternehmen erwirtschafteten Kapitalerträge dem Versicherungsnehmer unmittelbar und periodengerecht zuzurechnen. Rechtsfolgen dieser von den Grundregeln der Sätze 1–4 abweichenden Bestimmung sind:

- keine nachgelagerte Besteuerung der Kapitalerträge im Zeitpunkt der Auszahlung der Versicherungssumme (Satz 1),
- keine stl. Privilegierung der Auszahlung nach Vollendung des 60. Lebensjahrs (Satz 2),
- periodengerechte Zurechnung und Versteuerung der Kapitalerträge beim berechtigten Versicherungsnehmer,
- StAbzug von 25 % durch den Versicherer mit Abgeltungswirkung und Anwendung der Vorschriften über die Abgeltungsteuer.

Bedeutung der Systemabweichung: Die betroffenen Vertragsgestaltungen wurden offensichtlich durch die Systemumstellung auf die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen ohne jegliche Behaltensfrist besonders interessant und führten im Vergleich zur Besteuerung von Investmentvermögen zu Wettbewerbsverzerrungen. Veräußerungsgewinne aus der Direktanlage oder aus der Investmentanlage genießen bislang keine dem Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 vergleichbare StVergünstigung. Vermögensverwaltende Versicherungsverträge werden deshalb aus den allgem. Regelungen über die Besteuerung von Versicherungsverträgen herausgenommen. Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1–4 sehen vor, dass beim Versicherungsnehmer während der Ansparphase keine laufende Besteuerung der vom Versicherungsunternehmen erzielten Erträge stattfindet. Die Besteuerung setzt vielmehr erst bei Auszahlung der Versicherungsleistung an den Versicherungsnehmer im Erlebensfall ein. Diese Privilegierung sollen sich nach Angaben des FinAus. (BTDrucks. 16/11108, S. 18) Versicherungsunternehmen zunutze gemacht haben, indem sie Versicherungsverträge mit minimalistischer Risikoabsicherung nur für eine oder eine sehr begrenzte Anzahl von Versicherungsnehmern angeboten haben. Der Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 soll demgegenüber eine transparente, zeitnahe Besteuerung beim wirtschaftl. Berechtigten, dem Versicherungsnehmer, sicherstellen.

IX. Keine Anwendung der Steuervergünstigung aus Nr. 6 Satz 2 (Nr. 6 Satz 6)

Neben der Einführung des Satz 5 in Nr. 6 mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2795; BStBl. I 2009, 74) wurde ein neuer Satz 6 eingefügt, der die Anwendbarkeit der StVergünstigung aus Satz 2 – Ansatz des hälftigen Differenzbetrags – ausschließt, wenn der Versicherungsvertrag nicht bestimmte Mindeststandards hinsichtlich des Todesfallschutzes (Risikoleistung) erfüllt. Die stl. Privilegierung der Auszahlung ist dann nach Satz 6 ausgeschlossen

- bei Verträgen, bei denen die vertragliche Todesfallleistung (Mindesttodesfallschutz) nicht mindestens 50 % der bis zum Erlebensfall (Auszahlungszeitpunkt) einzuzahlenden Versicherungsprämien beträgt (Buchst. a);

Beispiel: Der Versicherungsvertrag hat eine Laufzeit von 20 Jahren. Die jährliche Prämie beträgt 1000 €, sodass insgesamt 20000 € Prämien zu zahlen sind. Beträgt die Todesfallleistung (Risikoleistung) 9999 €, entfällt die stl. Vergünstigung bei Auszahlung der Versicherungsleistung nach Vollendung des 60. Lj. Beträgt die Leistung im Todesfall dagegen 10000 € kommt, stl. nur die Hälfte des Unterschiedsbetrags aus Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 zum Ansatz.

- bei Kapitallebensversicherungsverträgen, bei denen die Todesfallleistung das Deckungskapital, den Zeitwert oder die Summe der gezahlten Beiträge nach spätestens fünf Versicherungsjahren nicht um mindestens 10 % des Deckungskapitals oder des Zeitwerts oder der Summe der gezahlten Beiträge übersteigt (Buchst. b).

Beispiel: Der Versicherungsvertrag hat eine Laufzeit von 20 Jahren. Die Prämien betragen insgesamt 20000 €. Die Todesfallleistung (Risikoleistung) muss mindestens 5500 € betragen, um die stl. Vergünstigung nach Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 zu erhalten. Nach fünf Versicherungsjahren sind 5000 € Prämien gezahlt. Die Todesfallleistung muss diesen Betrag um mindestens 10 % (= 500 €) übersteigen.

Deckungskapital: Das Deckungskapital einer Lebensversicherung besteht aus der Ansammlung der Sparanteile zuzüglich Zinsen. Da beim Versicherungsabschluss die Kosten für Versicherungsschutz, Vermittlerprovision und Policenverwaltung abgezogen werden, entspricht das Deckungskapital zunächst nicht der Gesamtsumme der eingezahlten Beiträge. Wird der Vertrag vorzeitig gekündigt, erhält der Versicherungsnehmer den Rückkaufwert, auch Rückvergütung genannt, ausbezahlt. Der Rückkaufwert setzt sich aus dem Deckungskapital und den Überschussanteilen zusammen. Üblicherweise wird ein geringer Kostenabschlag (Stornoabschlag) vorgenommen.

Zeitwert: Wurde eine Lebensversicherung vorzeitig gekündigt, wurde die Berechnung des Rückkaufwertes nach dem Zeitwert vorgenommen. Dies hat sich ab 2008 insoweit geändert, als nunmehr der Rückkaufwert nach dem Deckungskapital der Lebensversicherung gerechnet wird (§ 169 VVG). Der nach dem Deckungskapital berechnete Rückkaufwert ist in der Regel höher als der nach dem Zeitwert berechnete Rückkaufwert.

Mindesttodesfallschutz: Begünstigt sind nach der Neuregelung schon Verträge, in denen die Todesfallleistung den Zeitwert der Versicherung oder das Deckungskapital um mindestens 10 % übersteigt. Unschädlich ist, dass der Prozentsatz von mindestens 10 % bis zum Vertragsende in gleichen Raten auf null sinkt (Nr. 6 Satz 6 Buchst. b Satz 2). Die letzte Alternative der Nr. 6 Satz 6 lässt zu, die vertraglich vereinbarte Leistung in bestimmten Fällen auf die Summe der gezahlten Beiträge zu beziehen.

Differenzierung der Mindesttodesfallschutzvoraussetzungen nach Abschlussdatum: Die Anforderungen an den Mindesttodesfallschutz sind unterschiedlich, je nach Abschlussdatum des Versicherungsvertrags. Die Regelungen zum Mindesttodesfallschutz sind anzuwenden für Verträge, die vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden (Alt-Verträge). Sie sind nicht anzuwenden für Verträge, die nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurden (BMF v. 1.10.2009, aaO, Tz. 3). Satz 6 der Nr. 6 ist nur auf Verträge anzuwenden, die nach dem 31.3.2009 abgeschlossen wurden (§ 52 Abs. 36 Satz 11).

Betroffene Versicherungen: Satz 6 betrifft in erster Linie

- Kapital-Lebensversicherung gegen Einmalbetrag,
- Versicherungen mit abgekürzter Beitragszahlungsdauer und
- fondsgebundene Lebensversicherungen.

Während Nr. 6 Satz 6 Buchst. a auf die Summe der Versicherungsbeiträge (50 %-Regel) abstellt, wird in Satz 6 Buchst. b der Vorschrift an den Mindesttodesfallschutz, auf das jeweilige Deckungskapital und den Zeitwert (fondsgebundene Versicherungen) abgestellt. Erfüllt ein Versicherungsvertrag nicht die Bedingungen des Buchst. a, ist er gleichwohl hinsichtlich der Auszahlung im Erlebensfall begünstigt, wenn er die Bedingungen des Buchst. b erfüllt und eine Karenzzeit von fünf Jahren abgelaufen ist. Die zeitliche Vorgabe bezieht sich auf Versicherungsverträge, die erst im fortgeschrittenen Alter ohne eine Gesundheitsprüfung abgeschlossen werden und bei denen deshalb für die Auszahlung der Todesfallsumme eine Karenzzeit von fünf Jahren einzuhalten ist.

► *Nr. 6 Satz 6 Buchst. a (50 %-Regel):* Die Vorschrift betrifft kapitalbildende Lebensversicherungen mit einer vereinbarten Beitragszahlung bis zum Erlebensfall. Mindestens 50 % der über die gesamte Laufzeit zu zahlende Beiträge werden als Mindesttodesfallschutz vorausgesetzt. Nicht betroffen von dieser Regelung sind Versicherungsverträge, bei denen die Todesfallsumme mindestens der Erlebenssumme entspricht. Heer ist die Festlegung eines Mindesttodesfallschutzes entbehrlich.

► *Nr. 6 Satz 6 Buchst. b (10 %-Regel):* Von dieser Vorschrift sind insbesondere kapitalbildende Lebensversicherung gegen Einmalbeitrag oder Versicherungen mit abgekürzter Beitragszahlungsdauer betroffen. Anstatt auf die Beitragsumme (Buchst. a) werden bei diesen Verträgen die Anforderungen an den Mindesttodesfallschutz auf den Zeitwert des Vertrages oder auf die Summe der gezahlten Beiträge bezogen. Bei diesen Verträgen reicht es deshalb aus, wenn die Todesfall-Leistung das Deckungskapital oder den Zeitwert um mindestens 10 % des Deckungskapitals, des Zeitwerts oder die Summe der gezahlten Beiträge übersteigt (BMF v. 1.10.2009, aaO, Tz. 78j).

Rechtsfolgen der Nr. 6 Satz 6: Erfüllt ein Versicherungsvertrag diese Anforderungen nicht, sind die stl. Vergünstigungen des Satz 2 im Fall einer Auszahlung der Versicherungsleistung nach Vollendung des 60. Lebensjahr ausgeschlossen. Es verbleibt bei der nachgelagerten Besteuerung der gesamten Differenz aus Versicherungsleistung und der darauf entrichteten Beiträgen, aber unter Anwendung des Abgeltungssteuersatzes von 25 %.

Einstweilen frei.

271–274

X. Steuerabzug bei Versicherungserträgen

Sowohl die Erträge aus den von Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 erfassten Versicherungsverträgen als auch diejenigen aus fondsgebundenen Lebensversicherung, Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht sowie die Erträge aus einem Rückkauf der Versicherungsansprüche (Abs. 1 Nr. 6 Satz 4) unterliegen – soweit sie stbar sind – in voller Höhe nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 dem KapErtrSt-Abzug von 25 % (§ 43a Nr. 1). Mit dem StAbzug ist die auf diese Erträge entfallende ESt. gem. § 43 Abs. 5 Satz 1 abgegolten, es sei denn, die Versicherungsleistung fällt unter den Privilegierungstatbestand der Nr. 6 Satz 2. In diesen Fällen findet der Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1 keine Anwendung (§ 32d Abs. 2 Nr. 2 Satz 1). Die Erträge müssen vielmehr in die StErklärung aufgenommen werden. Im Rahmen der Veranlagung wird die StBegünstigung des Nr. 6 Satz 2 berücksichtigt und auf die Hälfte des Differenzbetrags der Tarifsteuersatz angewendet. Aber auch in diesen Fällen wird der KapErtrSt-Abzug zunächst vom vollen Differenzbetrag iSd. Nr. 6 Satz 1 vorgenommen (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2).

Übersicht zum Steuerabzug bei Versicherungserträgen:

Vertragsabschluss/ Auszahlungsmodalitäten	Steuerabzug von 25 %		Kein Steuerabzug
	Mit Abgeltungswirkung	Vorauszahlung, Tarifbesteuerung	
Vertragsabschluss vor dem 1.1.2005 und steuerschädliche Auszahlung bzw. Abtretung des Vertrags		ja	
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Auszahlung vor Vollendung des 60. Lebensjahres oder Nichteinhaltung der 12-Jahresfrist	ja		
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Auszahlung nach Vollendung des 60. Lebensjahres		ja Steuerabzug aber vom vollen Differenzbetrag	
Veräußerung/Abtretung des Versicherungsvertrags			
Vertragsabschluss vor dem 1.1.2005, Verkauf vor dem 1.1.2009			
Vertragsabschluss vor dem 1.1.2005 und Verkauf nach dem 31.12.2008			ja Veräußerungsgewinn muss erklärt werden

Vertragsabschluss/ Auszahlungsmodalitäten	Steuerabzug von 25 %		Kein Steuerabzug
	Mit Abgeltungswirkung	Vorauszahlung, Tarifbesteuerung	
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Verkauf vor dem 1.1.2009			
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Verkauf nach dem 31.12.2008			

Kein Werbungskostenabzug trotz Tarifbesteuerung: Trotz der Tarifbesteuerung in den Privilegierungsfällen des Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 bleibt der Abzug tatsächlicher, mit den Versichererträgen zusammenhängender Aufwendungen, wie zB Finanzierungszinsen, wegen des Ansatzes nur des hälftigen Differenzbetrags iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 ausgeschlossen (Abs. 9 Satz 1); zu den verfassungsrechtl. Bedenken s. Anm. 8.

Negative Versicherungserträge verrechenbar: Ab VZ 2009 sind negative Kapitalerträge grds. nur noch innerhalb der Einkunftsart des § 20 verrechenbar (Abs. 6). Diese Verlustrechnungsbeschränkung gilt nach § 32d Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 jedoch bei tarifbesteuerten Versicherungserträgen nicht. Negative Versicherungserträge, die zB bei vorzeitiger Kündigung des Versicherungsvertrags und Auszahlung des meist sehr niedrigen Rückkaufswerts entstehen, können also mit positiven Einkünften auch anderer Einkunftsarten verrechnet werden.

Fälligkeit der Kapitalertragsteuer: Die KapErtrSt. wird grds. im Zeitpunkt des Zuflusses der Versicherungsleistung beim Versicherungsnehmer (Gläubiger, § 44 Abs. 1 Satz 1) im Erlebensfall und nicht im Zeitpunkt der Fälligkeit der von dem Versicherungsunternehmen erzielten Kapitalerträge erhoben (BMF v. 31.8.1979, BStBl. I 1979, 592, Tz. 13.1 und 6; v. 4.9.1995, FR 1995, 872). Gleiches gilt für den mit erhobenen Solidaritätszuschlag und evtl. einer zu zahlenden KiSt. Die KapErtrSt. wird vom Versicherungsunternehmen für Rechnung des Versicherungsnehmers einbehalten, angemeldet und abgeführt (§ 44 Abs. 1 Satz 3). Handelt es sich jedoch um einen vermögensverwaltenden Versicherungsvertrag iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 werden die vom Versicherungsunternehmen erzielten Kapitalerträge periodengerecht dem Versicherungsnehmer direkt zugerechnet und nicht nachgelagert, erst im Auszahlungszeitpunkt besteuert. Die KapErtrSt. wird in diesen Fällen ebenfalls periodengerecht im Zeitpunkt des Zuflusses der Erträge beim Versicherungsunternehmen erhoben.

Abstandnahme vom Steuerabzug: Die KapErtrSt. wird nicht erhoben, wenn

- der Differenzbetrag iSd. Nr. 6 Satz 1 oder Satz 2 den Sparer-Pauschbetrag von 801 € bei Ledigen bzw. 1 602 € bei zusammen veranlagten Ehegatten (Abs. 9 nicht übersteigt (§ 44a Abs. 1 Nr. 1) oder
- anzunehmen ist, dass für den Versicherungsnehmer eine Veranlagung zur ESt. nicht in Betracht kommt (§ 44a Abs. 1 Nr. 2).

Im ersten Fall ist dem Versicherungsunternehmen ein Freistellungsauftrag nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck (§ 44a Abs. 2 Nr. 1) zu erteilen, im anderen Fall muss der Versicherungsnehmer dem Unternehmen eine Nicht-Veranlagungsbescheinigung (§ 44a Abs. 2 Nr. 2) vorlegen.

Anrechnung der KapErtrSt.: Die einbehaltene KapErtrSt. ist im Fall der Abgeltung ab VZ 2009 nicht mehr anrechenbar. Nur soweit die Hälfte des Differenzbetrags iSd. Nr. 6 Satz 2 als Bemessungsgrundlage für den Kapitalertrag heranzuziehen ist, wird die KapErtrSt. noch – wegen der Tarifbesteuerung – auf die individuelle ESt. angerechnet.

276–289 Einstweilen frei.

D. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen (Abs. 1 Nr. 7)

Schrifttum ab 1993: LINDBERG, Die Besteuerung der Zinseinkünfte ab 1.1.1993, DStR 1992, 1493; WAGNER/WANGLER, Kombizinsanleihen – Eine Finanzinnovation als Steuersparmodell?, DB 1992, 2405; ZEITLER, Neuregelung der Zinsbesteuerung ab 1993, DStZ 1992 S. 513; BIRK, Neuregelung der Zinsbesteuerung, StVj. 1993, 97; BORCHERS, Swapgeschäfte in Zivil- und Steuerrecht 1993; EICH, Kapitalerträge aus Wertpapier-, Options- und Devisengeschäften, KÖSDI 1/93, 9225; JONAS, Kapitalerträge aus Optionsgeschäften? – Zur Besteuerung synthetischer Zero-Bonds, BB 1993, 2421; HARENBERG/IRMER, Besteuerung privater DTB-Geschäfte und anderer Finanzinstrumente, NWB F. 3 S. 9229; BULTHAUPT, Einkommensteuerpflicht bei fiktiven Renditen in Fällen des Kapitalanlagebetrugs, DStZ 1994, 614; KESSLER, Festverzinsliche Wertpapiere mit hohem Emissionsdiskont, DB 1994, 1525; SCHÄFER/ZIMMERMANN, Besteuerung von „Floater“ und „Reverse Floater“, DB 1994, 2207; FLEISCHER, Bewertungsrechtliche Behandlung von DTB-Optionschein und DTB-Futures, DB 1995, 1780; GUMPP, Doppelbesteuerung nicht erzielter Zinsen?, DStZ 1995, 329; HARENBERG, Kapitalanlage in Genußscheine NWB F. 21 S. 1193; WENGER/KASERER/BAYER, Die erfolgskonforme Abbildung von Zins- und Währungsswaps in der Handels- und Steuerbilanz, DStR 1995, 948; KRAWITZ, Die einkommensteuerliche Abgrenzung gewinnunabhängiger Erträge bei innovativen Wertpapieren des Privatvermögens, DStR 1996, 1265 (Teil I) u. 1310 (Teil II); SCHEURLE, Unterschiedliche Formen ab- oder aufgezinster Kapitalforderungen und ihre ertragsteuerliche Behandlung, NWB F. 3 S. 9659; DELP, Gestaltungs- und Problemzonen bei der Besteuerung von verzinslichen Anlagemedien, Inf. 1997, 774; HARENBERG, Kapitalanlage in Bundeswertpapieren und ihre Besteuerung, NWB F. 21 S. 1257; DERS., Die neuen Stripped Bonds des Bundes und ihre Besteuerung, NWB F. 3 S. 10145; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, 4. Aufl. Herne/Berlin 2006; DIES., Ertragsteuerliche Behandlung von Optionsanleihen, NWB F. 3 S. 10221; SCHEURLE, „Stripped Bonds“ – Getrennte Kapital- und Zinsansprüche aus Anleihen, DB 1997, 1839; HARENBERG, Die Behandlung diverser Kapitalanlageformen im Rahmen des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i. V. m. § 20 Abs. 2 EStG aus Verwaltungssicht, FR 2002, 819; DERS., Bonusaktien der Telekom sind steuerfrei, GStB 2002, 357; WENGENROTH/MAIER, Zinseinkünfte und private Veräußerungsgeschäfte, EStB 2006, 73; BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 10125; BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008; CARLÉ, Steuerstundungsmodelle bei Einkünften aus Kapitalvermögen, ErbStB 2007, 150;

Schrifttum ab 2007 (Abgeltungsteuer): BEHRENS, Abgeltungsteuer ab 2009 – Handlungsmöglichkeiten des Privatanlegers im Übergangszeitraum, DStR 2007, 1998; EBNER, Umsetzungsprobleme bei der Abgeltungsteuer, NWB Fach 3, 15139; DERS., Änderungen für Investmentfonds, NWB 2009, 203; HAISCH, Besteuerung von Finanzprodukten unter der Abgeltungsteuer, DStZ 2007, 762; FEYERABEND/VOLLMER, Investmentfondsbesteuerung und Abgeltungsteuer, BB 2008, 1088; GEURTS, Mehr Klarheit bei der Besteuerung von Finanzinnovationen, DStZ 2007, 393; HÖRSTER/MERKER, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, NWB F. 2, S. 9351; HAISCH/DANZ, JStG 2009-Beabsichtigte Änderungen bei der Vermögensanlage, DStZ 2008, 392; HAISCH/HELIOS, Coporate Actions, Abgeltungsteuer und Teileinkünfteverfahren, Ubg 2009, 250; HARENBERG, Veräußerung von Indexzertifikaten, FR 2008, 552; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009; HECHTNER, Die Anrechnung ausländischer Steuern im System der Schedule nach Änderungen durch das JStG 2009, BB 2009, 76; KRETZSCHMANN, JStG 2009 – Änderungen der Besteuerung der

Investmentanlagen, FR 2009, 416; MAIER/WENGENROTH, Künftige Besteuerung privater Kapitalerträge, Auswirkungen der Abgeltungsteuer im Unternehmenssteuerreformgesetz, ErbStB 2007, 89; MELCHIOR, Unternehmensteuerreform und Abgeltungsteuer, DStR 2007, 1229; MERKER, Entwurf eines Jahresteuergesetzes 2009, StuB 2008, 513; NÜSSER, Abgeltungsteuer und Einkommensteuererklärung, NWB, Beratung Aktuell, 2008, 2207; KRACHT, Auslandsanlagen – Schwierigkeiten unter der Abgeltungsteuer, PISTB 2008, 103; DERS., Abgeltungsteuer: Neue Zeitrechnung für die Rendite bei der Geldanlage, NWB Fach 2, 9883; DERS., Renditeschub durch Anleihen mit fiktiver Quellensteuer, PFB 2008, 314; o.V., Jahresteuergesetz 2009: Geplante Änderungen, StWK Gruppe 10, 271; PHILIPPOWSKI, Werbungskosten bei fehlgeschlagenen Termingeschäften, DStR 2007, 1615; SCHUKA, Jahresteuergesetz 2009: Überblick zum Regierungsentwurf, sj 2008, Nr. 14, 17; WATRIN/HANSEN, Finanzgeschäfte nach Einführung der Abgeltungssteuer, ErbStB 2007, 178.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 24.1.1985, BStBl. I 1985, 77, und v. 1.3.1991, BStBl. I 1991, 422 (Zero-Bonds-Erlaß mit Ergänzung); v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539 (Emissionsdisagio-Erlaß); v. 5.3.1987, BStBl. I 1987, 394 (Bilanzierung von Zero-Bonds); v. 28.2.1990, BStBl. I 1990, 124 (Bausparzinsen); v. 30.3.1994, BStBl. I 1994, 312 (Zinsen aus Mietkautionen); v. 30.4.1993, BStBl. I 1993, 343 (neue Kapitalanlagemodelle); v. 22.2.1995, DStR 1995, 605 (Null-Zins-Variante bei Bausparverträgen); v. 29.5.1995, DB 1995, 1205 (Einnahmen aus festverzinslichen Anleihen und Schuldverschreibungen mit Vorschaltkupon); v. 6.6.1995, DB 1995, 1252 (Zurechnung von Kapitalerträgen aus Anderkonten); v. 16.3.1999, BStBl. I 1999, 433 (Rückzahlung von Kapitalvermögen); v. 14.7.2004, BStBl. I 2004, 611 (Einnahmen aus der Veräußerung einer Kapitalanlage bei vorübergehender oder endgültiger Zahlungseinstellung des Emittenten); v. 20.12.2005, BB 2006, 72 (Behandlung von Bezugsrechten).

(Abgeltungsteuer): BMF v. 13.6.2008, StEK EStG § 32d Nr. 5 (Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009); v. 15.8.2008, StEK EStG § 32d Nr. 6 (Weitere Anwendungs- und Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009); v. 2.3.2009, StEK EStG § 43 Nr. 104 (Kapitalertragsteuerverpflichtung für Zahlungen an die Deutsche Bundesbank); v. 1.4.2009, StEK EStG § 32d Nr. 9 (Weitere Anwendungs- und Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009); v. 18.8.2009, BStBl. I 2009, 931 (Investmentsteuergesetz); v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 (Einzelfragen zur Abgeltungsteuer).

I. Grundinformation zu Abs. 1 Nr. 7

290

Die Vorschrift bildet den Auffangtatbestand für alle nicht in Abs. 1 Nr. 1–6 und Nr. 8 erfassten Zinseinnahmen aus Kapitalvermögen. Sie enthält seit 1994 nicht mehr die beispielhafte Aufzählung von Zinsen aus Einlagen und Guthaben bei Kreditinstituten, aus Darlehen und Anleihen als Einnahmen aus Kapitalvermögen. Der durch das StMBG v. 21.12.1993 (BStBl. I 1994, 50) eingeführte und durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BStBl. I 2007, 630) erweiterte Wortlaut zielt darauf ab, alle Erträge aus verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen wie zB herkömmliche Schuldverschreibungen, Kombi-, Gleitzins- oder Indexanleihen, Garantiezertifikaten, step up/step down Anleihen, Capped Warrants und andere optionsähnlichen Rechtsverhältnisse, bei denen ganz oder teilweise Erträge in den Bereich der erst ab 2009 stbaren Wertzuwächse verlagert sind, aber auch Erträge aus Risikozertifikaten, ohne jegliche Rückzahlungsgarantie zu erfassen. Stbar sind seit der Systemumstellung auf die abgeltende KapErtrSt. alle Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung zugesagt oder geleistet worden ist. Der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7 ist nicht nur erfüllt, wenn die Höhe des Entgelts – wie bei Indexanleihen – von einem ungewissen Ereignis abhängt. Seit der Systemumstellung sind vom Tatbestand zudem auch die Erträge aus Wertpapieren und Kapitalfor-

derungen erfasst, bei denen sowohl die Zahlung eines Entgelts als auch die Rückzahlung des Kapitals von einem ungewissen Ereignis abhängen.

Unbeachtlich ist für die Besteuerung, welche Bezeichnung oder Produktnamen die an der Kapitalnutzung Beteiligten dem Rechtsgeschäft geben oder welche zivilrechtliche Gestaltung der Kapitalnutzung zugrunde liegt (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2). Erforderlich ist jedoch, dass dem Ertrag eine als Kapitalforderung einzuordnende Anlageform zugrunde liegt. Hat der stpfl. Anleger gegen den Emittenten lediglich ein Anspruch auf Lieferung eines anderen privaten Wirtschaftsgutes, zB. die Lieferung einer bestimmten Menge eines Edelmetalls (Lieferschuldverschreibung), kommt eine Besteuerung der Erträge nicht aus Nr. 7 Satz 1, sondern allenfalls unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 in Betracht.

II. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 7

291 1. Überblick

Nach der Neufassung des Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912, BStBl. I 2007, 630) sind vier Tatbestandsalternativen zu unterscheiden, nach denen Einnahmen aus sonstigen Kapitalforderungen zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen:

- Einnahmen aus Kapitalforderungen, wenn die Rückzahlung des überlassenen Kapitals und eine (gleichmäßige oder ungleichmäßige) Verzinsung vom Schuldner zugesagt sind;
- Einnahmen aus Kapitalforderungen mit ungewissem Kapitalertrag, aber zugesagter oder gewährter Rückzahlung des überlassenen Kapitals;
- Erträge aus Kapitalforderungen mit zugesagter oder gewährter Verzinsung, aber ungewisser Rückzahlung des überlassenen Kapitals;
- Erträge aus Kapitalforderungen, bei denen sowohl die Verzinsung als auch die Rückzahlung des Kapitals ungewiss ist.

Sind nicht wenigstens die Voraussetzungen einer der vier Tatbestandsalternativen erfüllt, so liegen keine stbaren Kapitalerträge iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 vor. Damit sind nach der Erweiterung des Tatbestands durch das UntStReformG 2008 auch Erträge aus Kapitalanlagen mit rein spekulativem Charakter, zB. Indexanleihen ohne Ertrags- und Rückzahlungsvereinbarung oder Optionen (s. Anm. 297), nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 stbar. Die Neuregelung gilt erstmals für alle Kapitalerträge, die dem Stpfl. im VZ 2009 zufließen (§ 52a Abs. 10 Satz 6).

2. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art (Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 erster Satzteil)

292 a) Erträge

Zu den Erträgen gehört – dem Sinn einer Generalklausel entsprechend – alles, was der Stpfl. „für die Gestattung seiner Kapitalnutzung“ erhält (RFH v. 16.5.1933, RStBl. 1933, 1005; BFH v. 12.12.1969 – VI R 301/67, BStBl. II 1970, 212; v. 25.5.1974 – VIII R 106/69, BStBl. II 1974, 735; v. 16.1.1979 – VIII R 38/76, BStBl. II 1979, 334; v. 20.5.1980 – VIII R 64/78, BStBl. II 1981, 6; v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; v. 5.8.2005 – VIII B 133/04, BFH/NV 2005, 2187; v. 20.11.2006 – VIII R 97/02, BStBl. II 2007, 555; v. 13.12.2006 – VIII R 79/03, BStBl. 2007, 562; v. 4.12.2008 – VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563). Der Begriff „Erträge“ ist identisch mit den „Entgelten oder Vorteilen“ iSd. Abs. 3.

In Betracht kommt alles, was Einnahme iSd. § 8 sein kann, dh. „alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen“ (s. § 8 Anm. 22 ff.). Dazu gehören auch Sachleistungen und Nutzungen. Nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 23.3.1993, BStBl. I 1993, 343) gehören zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen Zinsen, Entgelte und Vorteile, die unabhängig von ihrer Bezeichnung und der zivilrechtl. Gestaltung bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Überlassung von Kapitalvermögen erzielt werden. Kapitalertrag (Zins) kann beim Empfänger einer Zahlung auch dann vorliegen, wenn der vermeintliche zivilrechtl. Zinsanspruch dem Grunde oder der Höhe nach gar nicht besteht (BFH v. 6.4.1993 – VIII R 68/90, BStBl. II 1993, 825) oder wenn Zahlungen in ungleichmäßiger Höhe geleistet werden. Entscheidend für die Annahme von stbaren Kapitalertrag ist die Vorstellung der Beteiligten. So liegt ein Zinsertrag auch dann vor, wenn die Beteiligten davon ausgehen, dass ein zwischen ihnen gezahlter Geldbetrag das Entgelt für die Nutzungsüberlassung eines Kapitals sein soll (BFH v. 6.4.1993 – VIII R 68/90, aaO).

Entgelt: Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 verwendet – im zweiten Satzteil wie in Abs. 3 – das Wort „Entgelt“ als Nutzungsentschädigung für die Überlassung von Kapitalvermögen. Der Begriff wird im Gesetz nicht definiert. Unter Entgelt ist mithin all das zu verstehen, was wirtschaftl. gesehen dem Gläubiger für die Kapitalüberlassung gewährt wird.

Zinsen: Die bis zum 31.12.1993 geltende Fassung des Abs. 1 Nr. 7 nannte als stbare Erträge ausdrücklich „Zinsen aus sonstigen Kapitalforderungen“. Der jetzige Wortlaut beruht auf der Änderung durch das StMBG v. 21.12.1993 (BGBI. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50). Eine sachliche Änderung war durch den Wegfall dieser Formulierung nicht eingetreten. Zinsen sind gewinn- und umsatzunabhängige Vergütungen (Entgelte) für die Möglichkeit des Gebrauchs eines auf Zeit überlassenen Kapitals (BFH v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; v. 3.10.1984 – II R 194/82, BStBl. II 1985, 73; BGH v. 20.11.1970 – V ZR 71/68, LM § 248 BGB Nr. 2; v. 9.11.1978 – III ZR 21/77, NJW 1979, 805; v. 16.11.1978 – III ZR 47/77, NJW 1979, 540; grundlegend: *Canaris*, NJW 1978, 1891; *DERS.*, Bankvertragsrecht Rn. 1324; *K. SCHMIDT*, Geldrecht, § 246 Rn. 25, § 248 Rn. 5). Zinsen setzen das Bestehen einer auf die Hauptleistung gerichteten Kapitalschuld (Zahlung eines Kaufpreises, Rückzahlung eines Darlehens) voraus, zu der sie als Nebenleistung gehören (BGH v. 20.11.1970 – V ZR 71/68, BB 1971, 107). Zinsen müssen begriffsnotwendig nicht fortlaufend gezahlt werden (PALANDT/HEINRICHS, BGB, 67. Aufl., § 246 Rn. 1). Auch das für die gesamte Nutzungsdauer berechnete und vom Kapital einbehaltene Nutzungsentgelt ist Zins im Rechtssinne (BELKE, BB 1968, 1220). Das gilt selbst dann, wenn das Entgelt (Zins und Zinseszins) zusammen mit dem Kapital am Ende der Nutzungszeit (Laufzeit) ausgezahlt wird.

▶ *Kapitalrückzahlungen (Tilgung)* sind von Zinsen zu trennen. Sie gehören nicht zu den stbaren Einnahmen; Einzelheiten dazu s. Anm. 296. Ob in einer Zahlung an den Gläubiger Zins oder Tilgung zu sehen ist, bestimmt nach § 366 Abs. 1 BGB der Schuldner. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, getilgt (§ 366 Abs. 2 BGB).

▶ *Kreditgebühren* sind Zinsen, wenn sie laufzeitabhängig berechnet werden.

▶ *Bearbeitungsgebühren* werden idR laufzeitunabhängig berechnet und sind deshalb keine Zinsen (PALANDT/HEINRICHS, BGB, 67. Aufl., § 246 Rn. 1; aA HARENBERG, NJW 1981, 99, zur Ermittlung des Effektivzinssatzes).

- ▶ *Kreditvermittlungsgebühren und -provisionen* sind Zinsen, da sie im Regelfall in Abhängigkeit von der Laufzeit festgelegt werden.
- ▶ *Gewinn- und Umsatzbeteiligungen* sind keine Zinsen, da sie vom wirtschaftlichen Ergebnis der Kapitalüberlassung abhängig sind (BFH v. 8.3.1984 – I R 31/80, BStBl. II 1984, 623; BGH v. 27.9.1982 – II ZR 16/82, BGHZ 81, 124). Eine StBarkeit solcher Erträge kann sich jedoch aus Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Satz 2 ergeben.
- ▶ *Sittenwidrigkeit* eines Darlehensvertrags, zB wegen wucherisch überhöhter Zinsvereinbarungen (§ 138 BGB), steht der Besteuerung der Zinsen nicht entgegen (§ 41 AO).
- ▶ Zinslose Stundung von Kapitalforderungen: s. Anm. 295.

Die Rückzahlung des überlassenen Kapitals gehört nicht zu den Erträgen. Wird dagegen ein Mehrbetrag zum überlassenen Kapital zurückgewährt, liegt in Höhe des Mehrbetrags ein stbarer Ertrag.

Beispiel: A erwirbt aus der Neuemission eine verzinsliche Schuldverschreibung zum Nennwert (Kaufpreis) von 1000 € und erhält am Ende der Laufzeit einen Betrag von 1100 € zurück. Neben den Zinserträgen ist auch der Mehrbetrag von 100 € stbarer Ertrag nach Nr. 7 Satz 1. Unerheblich ist, ob die Kapitalrückzahlung in einem Barbetrag oder in Form von Wertpapieren, zB Aktien, erfolgt.

Veräußerungserlöse: Vermögensmehrungen, die durch eine Änderung des Kapitalmarktzins entstehen und realisiert werden, fließen dem Inhaber des Kapitalvermögens (Gläubiger) bei Veräußerung der Kapitalforderung zwar nicht vom Schuldner der Erträge zu, sie sind aber ab VZ 2009 gleichwohl stbarer Kapitalertrag nach Abs. 2 Satz 1, wenn die Kapitalanlage nach dem 31.12.2008 angeschafft wurde. Liegt die Anschaffung vor dem 1.1.2009, wird eine StBarkeit lediglich unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 in der bis 2008 geltenden Fassung begründet.

Realisierte Kursgewinne, die auf Zinsansammlungen beruhen, zB bei Veräußerung einer Kombizinsanleihe am Ende der zinslosen Phase, bei flat gehandelten Anleihen oder Nullkupon-Anleihen, sind ab VZ 2009 ebenfalls von Abs. 2 Satz 1 erfasst. Da es sich bei dieser Art von Schuldverschreibungen um sog. finanzinnovative Wertpapiere iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF handelt, hat das Anschaffungsdatum hier keine Bedeutung. Der bei Erweiterung des § 20 durch das UntStReformG 2008 vom Gesetzgeber eingeräumte Bestandschutz für sog. Altanlagen (Anschaffungen vor dem 1.1.2009) gilt für diese Art von Schuldverschreibungen nicht (§ 52a Abs. 10 Satz 7); s. Anm. 511.

Stückzinsen, also die bei einer Veräußerung von Schuldverschreibungen zwischen zwei Zinstermen anfallenden zeitanteiligen Zinsbeträge, gehörten bis zum VZ 2008 zu den stbaren Kapitalerträgen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 aF, soweit sie dem Käufer von der Bank besonders in Rechnung gestellt wurden. Mit der Umstellung auf das System der abgeltenden KapErtrSt. fallen sie uE nach bei einem gesonderten Ausweis unter die über Nr. 7 Satz 1 zu erfassenden Erträge. Werden Stückzinsen dagegen nicht gesondert ausgewiesen, sind sie Bestandteile des Veräußerungserlöses und im Rahmen der Veräußerungbesteuerung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu versteuern; gleiches gilt für Zwischengewinne bei Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen. Stl. Konsequenzen ergeben sich daraus nicht.

Beispiel: Anleger A erwirbt 2009 Schuldverschreibungen, die er 2010 mit einem Gewinn von 5000 € wieder veräußert. Die gesondert ausgewiesenen Stückzinsen betragen 1000 €. Veräußerungskosten betragen 500 €. Die KapErtrSt. beträgt immer 1125 €

unabhängig davon, ob die Stückzinsen über Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 als Teil des Veräußerungsgewinns erfasst werden.

► *Übergangsfälle:* Aufgrund des Bestandschutzes für verzinsliche Alt-Schuldverschreibungen (Anschaffungen vor 2009) und des Wegfalls des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 aF kann problematisch sein, ob zB in 2009 vereinnahmte Stückzinsen überhaupt noch stbare Einnahmen aus Kapitalvermögen darstellen, wenn bei einer Veräußerung außerhalb der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, der Veräußerungserlös nicht stbar ist.

Beispiel 1: Anleger A hat 2005 verzinsliche Schuldverschreibungen erworben, die er 2009 veräußert. Er realisiert dabei einen Gewinn von 5 000 € und erhält gesondert ausgewiesene Stückzinsen iHv. 2 000 €. Der Veräußerungsgewinn ist stfrei, da die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 verstrichen ist. Die Stückzinsen sind uE nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 stbare Einnahmen aus Kapitalvermögen.

Beispiel 2: Wie zuvor, nur die Bank weist die Stückzinsen, wegen fehlender Zinskupons nicht besonders aus (Flat-Handel). In diesem Fall liegt eine finanzinnovative Schuldverschreibung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst a aF vor, mit der Folge, dass die Wertpapiere von der Bestandsschutzregel ausgenommen sind (§ 52a Abs. 10 Satz 7) und der gesamte Veräußerungsgewinn nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 stpfl. ist.

b) Persönlicher Geltungsbereich

293

Stpfl. ist bei Kapitalforderungen mit fester oder variabler Verzinsung sowohl der Ersterwerber als auch jeder weitere Erwerber (Inhaber) der Forderung oder des entsprechenden Wertpapiers. Entsteht der Kapitalertrag erst bei Rückzahlung des Kapitals (Einlösung des Wertpapiers) durch den Schuldner, so erfasst Nr. 7 Satz 1 nur den Ersterwerber. Die Besteuerung aller anderen Erwerber regelt Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 (Veräußerer) oder Satz 2 (Erwerber); s. Anm. 510, 530.

c) Sonstige Kapitalforderungen jeder Art

294

Kapitalforderungen sind auf Geldleistungen, nicht auf Lieferung anderer Wirtschaftsgüter gerichtete Forderungen ohne Rücksicht auf die Dauer der Kapitalüberlassung oder den Rechtsgrund des Anspruchs (BFH v. 26.6.1996 – VIII R 67/95, BFH/NV 1997, 175). Der Anspruch auf Rückzahlung des überlassenen Kapitals ist keine Voraussetzung für die Annahme einer Kapitalforderung (BÖDECKER/GEITZENAUER, FR 2003, 1209 mwN). Sonstige Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 sind alle auf eine Geldleistung gerichteten Forderungen, soweit sie nicht bereits unter Abs. 1 Nr. 1, 2, 4–6 und Nr. 8 fallen. Rechtsgrundlage und Rechtsnatur der Forderung sind unerheblich. Sie können sowohl vertragl. als auch gesetzl., privatrechtl. als auch öffentlich-rechtl. Natur sein (BFH v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 1986, 557; v. 29.9.1981 – VIII R 39/79, BStBl. II 1982, 113; v. 18.2.1975 – VIII R 104/70, BStBl. II 1975, 568). Selbst Forderungen aus nichtigen oder anfechtbaren Verträgen werden unter den Voraussetzungen des § 41 AO vom Tatbestand erfasst.

Erzwungene Kapitalüberlassung: Die Kapitalüberlassung muss nicht auf einem Vertrag beruhen. Auch bei einer vom Schuldner erzwungenen Kapitalüberlassung kann eine entgeltliche Nutzungsüberlassung angenommen werden (BFH v. 29.9.1981 – VIII R 39/79, BStBl. II 113; v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 557; v. 30.4.1991 – VIII R 38/87, BStBl. II 1991, 574; v. 25.10.1994 – VIII R 79/91, BStBl. II 1995, 121). Die Stpfl. der Zinsen ist nicht davon abhängig, ob die Auszahlung des Kapitals selbst stpfl. ist. Die fehlende Steuerbarkeit der Hauptleistung erstreckt sich nicht zugleich auf die Zinsen (BFH v. 13.11.2007 – VIII R 36/05, BStBl. II 2008, 292).

295 d) Wichtige Einzelfälle von sonstigen Kapitalforderungen

Ab- oder aufgezinste Kapitalforderungen: Zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 gehören die Kapitalerträge, die der Inhaber einer ab- oder aufgezinnten Kapitalforderung bei Rückzahlung (Einlösung) durch den Schuldner (Emittenten) über den von ihm überlassenen Betrag hinaus erzielt. Die Vorschrift erfasst nur den *Ersterwerber*, der das Wertpapier bis zum Ende der Laufzeit innehat, um es dann beim Schuldner einzulösen.

► *Höhe der stpfl. Erträge:* Die stpfl. Einnahmen bestehen in der Differenz zwischen dem Emissionskurs der Anleihe und ihrem Einlösungsbetrag (BMF v. 24.1.1985, BStBl. I 1985, 77, u. v. 1.3.1991, BStBl. I 1991, 422 [Zero-Bonds-Erlass mit Ergänzung]; v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539 [Emissionsdisagio-Erlass]).

► *Die Einnahmen späterer Erwerber* werden über den Tatbestand des Abs. 2 Satz 2 erfasst; s. Anm. 530.

► *Abgezinste Wertpapiere* sind Wertpapiere, die unter ihrem Nennbetrag ausgegeben und am Ende ihrer Laufzeit zum Nennbetrag zurückgezahlt (eingelöst) werden.

Beispiele: Nullkupon-Anleihen (Zero-Bonds), Finanzierungsschätze, abgezinste Sparbriefe, U-Schätze, Bundesschatzbriefe Typ B.

► *Disagio-Anleihen* (Deep discount Anleihen) sind Schuldverschreibungen, die mit einem Abschlag (Emissionsdisagio) auf ihren Nennwert emittiert werden. Der Ersterwerber, der das Wertpapier bei Fälligkeit einlöste, erzielte bis VZ 2008 nur dann stbare Einnahmen iSd. Nr. 7 Satz 1 in Höhe des Abschlags (BFH v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252), wenn das Emissionsdisagio die von der FinVerw. festgelegte Disagio-Staffel (BMF v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539 [Emissionsdisagio-Erlass]) überschritt. Das Emissionsdisagio war dagegen stfrei, wenn es in Abhängigkeit von der Laufzeit die Werte des Erlasses nicht überstieg. Der der Vereinfachung dienende Emissionsdisagio-Erlass ist uE nach der Erweiterung des § 20 durch das UntStReformG 2008 nicht mehr anwendbar. Ziel dieser Reform war die Erfassung jeglicher Erträge und Wertzuwächse im Rahmen der Kapitaleinkünfte, weshalb ein Disagio beim Ersterwerber im Rückzahlungsfall immer zu den stbaren Einnahmen iSd. Nr. 7 Satz 1 gehört.

► *Optionsanleihen* gehören ebenfalls zu den abgezinnten Kapitalforderungen. Sie setzen sich im Regelfall aus zwei Wirtschaftsgütern, einer niedrig verzinslichen Schuldverschreibung und einem dazugehörigem Recht (Option) auf den Bezug bestimmter Basiswerte (Aktien, Anleihen, Genussscheine, neue Optionsanleihen ua.) zusammen (HOLZHEIMER, WM 1986, 1169; PÖLLATH/RODIN, DB 1986, 2094; HARENBERG/IRMER, Rn. 721, 914 [14117]; DIES., Ertragsteuerliche Behandlung von Optionsanleihen, NWB F. 3 S. 10221). Die Gewährung des Optionsrechts selbst stellt keinen Kapitalertrag dar. Die stbaren Einnahmen iSd. Nr. 7 Satz 1 ergeben sich – neben der lfd. Verzinsung – für den Ersterwerber, der die Anleihe am Ende ihrer Laufzeit einlöst, aus der Differenz zwischen dem rechnerisch ermittelten, am Kapitalmarktzins des Emissionszeitpunkts orientierten, Erwerbsentgelt (rechnerischer Emissionskurs) für die Anleihe und dem vom Emittenten gezahlten Einlösungsbetrag (Kapitalrückzahlung).

► *Aufgezinste Wertpapiere* werden zu einem bestimmten Nennbetrag emittiert und am Ende ihrer Laufzeit zu einem höheren Betrag zurückgezahlt (eingelöst). Der stbare Ertrag iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 liegt in der Differenz zwischen dem als Kapital überlassenen Nenn- und dem Einlösungsbetrag.

Anleihen sind der Sammelbegriff für Schuldverschreibungen (Obligationen) aller Arten, mit denen der Aussteller (Emittent, Schuldner) den Anleihegläubigern (Obligationären) in einer Sammel- oder Einzelurkunde (Wertpapier) die Rückzahlung des in der Schuldverschreibung ausgewiesenen Anleihebetrags und die Auszahlung der vorher festgelegten Zinsen und/oder Gewinnbeteiligung (Gewinnschuldverschreibung) verspricht. Eine Verbriefung der Gläubigerrechte ist nicht begriffsnotwendig. Schuldverschreibungen können auch als Wertrechte an einer Schuldbuchforderung (Bucheffekten) begründet werden. Zinserträge sind nach Nr. 7 Satz 1, Veräußerungsgewinne nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Einlösungsgewinne nach Abs. 2 Satz 2 stbar.

Bausparverträge: Guthabenzinsen aus Bausparverträgen, die zur Finanzierung einer selbstgenutzten Immobilie mit so genannten Auffüllkrediten oder Vorausdarlehen bespart werden, ordnet die FinVerw. aus Billigkeitsgründen als stl. unbeachtlich ein (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 126 für bis zum 30.6.2010 abgeschlossene Finanzierungsverträge). Sofern die Bausparkasse von den Guthabenzinsen KapErtrSt. einbehält, sollte dieser Sachverhalt mit der StErklärung in der Anlage KAP (§ 32d Abs. 4) offengelegt werden, damit die einbehaltene KapErtrSt. erstattet werden kann.

Schuldverschreibungen sind eine besondere Form des Darlehens, bei dem einem Schuldner mehrere Gläubiger gegenüberstehen. Herkömmliche Schuldverschreibungen weisen grds. eine feste, über die Laufzeit gleichbleibende Verzinsung auf, während sog. finanzinnovative Wertpapiere, wie Kombizins-, Gleitzins-, Index- oder step-up/step-down-Anleihen, mit einer ungleichmäßigen Verzinsung ausgestattet sind. Diese Art der Verzinsung bietet dem Stpfl. die Möglichkeit, die Besteuerung der Zinsen zu minimieren, in dem er – je nach Ausgestaltung des Wertpapiers – die Zinseinnahmen in Veranlagungszeiträume mit geringer oder geringerer StProgression verlagert. Die Einlösung von Zins-scheinen dieser Anleihearten führt sowohl beim Ersterwerber als auch bei jedem weiteren Erwerber zu Einnahmen iSd. Nr. 7 Satz 1. Die Veräußerung von Zins-scheinen ohne die dazugehörige Schuldverschreibung führt zu Einnahmen aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b. Gleiches gilt für unverbrieftete Zinsansprüche.

► *Agio-Anleihen* sind verzinsliche Schuldverschreibungen, die mit einem Aufgeld (Agio) auf ihren Nennwert emittiert und zum Nennwert eingelöst werden oder die mit dem Nennwert emittiert, aber zu einem über dem Nennwert liegenden Kurs zurückgezahlt werden. Im ersten Fall gehört das Agio zu den Anschaffungskosten des Wertpapiers und ist bei der Ermittlung der stbaren Einnahmen im Rahmen des Abs. 2 und Abs. 4 beachtlich. Insbesondere liegen keine WK vor. Im letzteren Fall ist das Agio stpfl. Ertrag (Zins) iSd. Nr. 7 Satz 1. Veräußerungsgewinne werden über den Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 erfasst.

► *Disagio-Anleihen* (Deep-discount Anleihen) werden mit einem Abschlag auf den Nennwert (Emissionsdisagio) begeben, wodurch die effektive Verzinsung bei unveränderter Nominalverzinsung an die aktuelle Lage am Kapitalmarkt angepasst wird. Je höher das Disagio, desto höher stellt sich letztlich die Rendite einer Kapitalanlage dar. Erfolgt die Kapitalrückzahlung zum Nennwert, wird das Emissionsdisagio beim Ersterwerber über Nr. 7 Satz 1 als Kapitalertrag erfasst. Beim Zwischenerwerber liegt ein stbarer Einlösungsgewinn iSd. Abs. 2 Satz 2 vor.

► *Zinsvariable Anleihen* (Floater, reversible Floater) sind Wertpapiere mit unterschiedlich langen Laufzeiten, bei denen die Verzinsung in regelmäßigen Abständen dem aktuellen Kapitalmarktzins angepasst wird. Die Zinsen aus derartigen Wertpapieren gehören zu den nach Nr. 7 Satz 1 stbaren Kapitalerträgen.

► *Endfälligkeit von Anleihen*: Von der Einlösung der Zinsscheine ist die Einlösung der Anleihe, dh. die Rückzahlung des überlassenen Kapitalbetrags durch den Schuldner (Emittenten), zu unterscheiden. Ein über die Rückzahlung des hingegebenen Kapitals zusätzlich gezahlter Betrag ist stbare Einnahme nach Nr. 7 Satz 1.

Bankguthaben (Einlagen) bei Kreditinstituten sind idR zivilrechtl. Darlehen iSv. §§ 605 ff. BGB, es sei denn, es liegt eine unregelmäßige Verwahrung nach § 700 BGB vor. Diese unterscheidet sich vom Darlehen dadurch, dass die Hingabe eines Geldbetrags überwiegend im Interesse des Hinterlegers und nicht – wie beim Darlehen – im Interesse des Empfängers liegt. Nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG enthält das Einlagengeschäft der Kreditinstitute die Annahme fremder Gelder als Einlage mit oder ohne Verzinsung aufgrund typisierter Verträge als Darlehen oder zur unregelmäßigen Verwahrung. Zinsen auf Sparguthaben, Festgeldern und Girokonten fallen unter Nr. 7 Satz 1.

Darlehen ist ein schuldrechtl. Vertrag iSv. §§ 605 ff. BGB, mit dem sich der Darlehensgeber zur Übertragung vertretbarer Sachen in das Vermögen des Darlehensnehmers, dieser zur Rückgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge (§ 607 BGB) verpflichtet. Die Zinsen (Entgelt) für die Nutzungsüberlassung sind nach Nr. 7 Satz 1 stbar. Die Vorschrift erfasst in erster Linie nur Gelddarlehen.

► *Vereinbarungsdarlehen* liegen vor, wenn Geld oder andere Sachen aus einem anderen Schuldgrund, zB aus einem Kaufvertrag, geschuldet werden und die Beteiligten vereinbaren, diesen Schuldgrund in ein Darlehen umzuwandeln (§ 607 Abs. 2 BGB). Vereinbarungsdarlehen gehören zu den Kapitalforderungen iSd. Nr. 7 Satz 1, soweit sie eine Geldforderung enthalten.

► *Sachdarlehen* enthalten keine Kapitalforderung, weil mit ihnen nicht Geldbeträge (Kapital), sondern Sachen geschuldet werden. Ihre Erträge fallen deshalb nicht unter Nr. 7, sondern sind als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 stbar. Das gilt auch, wenn die Erträge in Geld zu leisten sind. Abs. 1 Nr. 1 ist dagegen nicht betroffen, da mit der Vorschrift nur Beteiligungserträge erfasst werden. Die bloße Hingabe eines Sachdarlehens stellt aber keine gesellschaftsrechtl. Beteiligung dar; zum partiarischen Darlehen s. Anm. 191 ff.

► *Gesellschafterdarlehen*: Die Zinsen gehören bei gewerblich tätigen PersGes. zu den Einnahmen des Gesellschafters aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 Nr. 2) und bei KapGes. zu den Einnahmen des Gesellschafters gem. Nr. 7 Satz 1 (es sei denn, das Darlehen ist verdeckte Einlage oder es liegen vGA vor).

► *Arbeitnehmerdarlehen* sind Darlehen des ArbN an seinen ArbG. Die Zinsen sind – ebenso wie Zinsen für rückständigen Arbeitslohn (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83, BStBl. II 1990, 352) – Einnahmen iSd. Nr. 7 Satz 1. Anderes gilt allerdings dann, wenn das Darlehen stl. nicht anzuerkennen ist und die als Zinsen bezeichneten Leistungen deshalb keine Darlehenszinsen, sondern zusätzlicher Arbeitslohn sind (BFH v. 18.6.1980 – I R 72/76, BStBl. II 1980, 741).

► *Garantierter Wertzuwachs an Aktien als Darlehensentgelt*: Kapitalerträge iSd. Nr. 7 Satz 1 liegen auch dann vor, wenn der Stpfl. für die Überlassung von Kapital als Darlehen, das dem Erwerb bestimmter Aktien dient, die mit diesen Aktien verbundene „Wertzuwachsgarantie“ ausgezahlt erhält (FG Köln v. 14.10.1982, EFG 1983, 351, rkr.). Das gilt ebenso, wenn einem Broker Geldbeträge zur Durchführung von Warentermingeschäften überlassen werden, der Broker aus diesen Geschäften Ausschüttungen an den Darlehensgeber vornimmt und der

Darlehensgeber auf die Art, den Umfang und den Zeitpunkt der Termingeschäfte keinen Einfluss ausübt (FG Rhld.-Pf. v. 15.9.1982, EFG 1983, 288, rkr).

Gesetzlich begründete Kapitalforderungen, wie zB Prozess- (§§ 236, 237 AO) oder Verzugszinsen (§ 246 BGB), auch StErstattungszinsen (§ 233a AO) werden von Nr. 7 erfasst.

Kapitalforderungen mit ungleichmäßiger Verzinsung (Finanzinnovationen) wie zB Kombi-, Gleitzins- oder step up/step down Anleihen fallen unter Nr. 7 Satz 1.

► *Kombizinsanleihen* haben unterschiedlich lange Laufzeiten und werden in den ersten Jahren nicht verzinst. Als Ausgleich dafür bieten sie von einem bestimmten Zeitpunkt an bis zur Endfälligkeit eine überdurchschnittliche hohe Verzinsung.

► *Gleitzinsanleihen* bieten eine während der Laufzeit gleichmäßig steigende oder fallende Verzinsung.

► *Step up/step down Anleihen* haben in den ersten Jahren ihrer Laufzeit eine unter- oder überdurchschnittliche Verzinsung, die zum Ausgleich in den folgenden Jahren über oder unter Marktniveau steigt oder fällt; *Beispiel*: Laufzeit 10 Jahre, 1.–7. Jahr: 3,5 %; 9.–10. Jahr: 10,5 % (step-up); 1.–3. Jahr 15 %; 4.–10. Jahr 1,5 % (step down).

Lieferschuldverschreibungen ohne physische Deckung: Werden Inhaberschuldverschreibungen veräußert oder eingelöst, die einen Lieferanspruch auf Gold oder einen anderen Rohstoff verbriefen und durch Gold oder einen anderen Rohstoff in physischer Form nicht gedeckt sind, liegen nach Auffassung der FinVerw. Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 vor. Einnahmen aus der Veräußerung oder Einlösung sind danach Einkünfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 57).

Lieferschuldverschreibungen mit physischer Deckung: Entsprechendes gilt nach Ansicht der FinVerw. bei verbrieften Ansprüchen, die börsenfähige Wertpapiere darstellen, auch wenn der Lieferanspruch in physischer Form, zB in Gold, gedeckt ist (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 57). Das ist zweifelhaft, da diese (unverzinslichen) Lieferschuldverschreibungen eine Kapitalrückzahlung in den Emissionsbedingungen gerade ausschließen und dem Stpfl. nur bei Vorlage der Schuldverschreibung einen Anspruch auf eine bestimmte Menge zB Gold gewähren. Vertretbar wäre deshalb, in diesen Schuldverschreibungen ein als Termingeschäft ausgestaltetes Finanzinstrument iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 zusehen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass nach den Emissionsbedingungen die Auslieferung des Edelmetalls im Normalfall mit derart hohen Kosten versehen ist, dass die Mehrzahl der Inhaber auf eine Auslieferung verzichten und lediglich marktbedingte Kurssteigerungen der Schuldverschreibungen realisieren wird. Eine Ablehnung der Anwendbarkeit des § 20 auf derartige Schuldverschreibungen würde zur Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 führen. Realisierte Kursgewinne wären dann außerhalb der Jahresfrist nicht stbar.

Zinslose Stundung von Kapitalforderungen: Nach der Rspr. des BFH enthält jede Kapitalforderung, die über eine längere Zeit als ein Jahr gestundet ist, einen Zinsanteil. Insbesondere Kaufpreistraten, deren Laufzeit mehr als ein Jahr beträgt und die zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig werden, werden auch ohne diesbezügliche Vereinbarung in einen Zins- und einen Kapitalanteil zerlegt (stRspr.: BFH v. 25.6.1974 – VIII R 163/71, BStBl. II 1975, 431; v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160; v. 11.12.1986 – IV R 222/84, BStBl. II 1987, 553; v. 26.11.1992 – X R 187/87, BStBl. II 1993, 298; v. 15.7.1998 – I R

24/96, BStBl. II 1998, 728; BVerfG v. 7.6.1993 – 2 BvR 335/93, HFR 1993, 542). Hieraus ergibt sich bei Gegenleistungsrenten die durch die zeitliche Streckung des Entgelts bedingte Notwendigkeit, den Kapitalwert der Leistungen und deren Zinsanteil/Zinsanteile zu ermitteln. Gleiches gilt nach BFH v. 26.6.1996 – VIII R 67/95 (BFH/NV 1996, 175) für Erbaugleichzahlungen, die in zwei Raten geleistet werden. Der Zinsanteil ist Einnahme nach Nr. 7 Satz 1; zur Frage der Doppelbesteuerung durch SchenkSt. GUMPP, DStZ 1995, 329. Die Modalitäten der Berechnung des Zinsanteils sind umstritten (BFH v. 26.11.1992 – X R 187/87, BStBl. II 1993, 298; v. 18.10.1994 – IX R 46/88, BStBl. II 1995, 169; KALMES, BB 1991, 1609). Bei der Berechnung des Zinsanteils ist nach § 12 Abs. 3 Satz 2 BewG regelmäßig ein Zinsfuß von 5,5 % zugrunde zu legen (BFH v. 20.8.1970 – IV 143/64, BStBl. II 1970, 807; v. 26.6.1996 – VIII R 67/95, aaO). Diese Gesetzesauslegung hat das BVerfG in seinem Kammerbeschluss vom 7.6.1993 – 2 BvR 335/93 (HFR 1993, 542) als eine zulässige Auslegung des einfachen Rechts im Einzelfall angesehen und eine Überschreitung der durch das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 und Art. 28 iVm. Art. 2 Abs. 2 GG) dem Gericht bei der Auslegung von Gesetzen und bei der Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen nicht angenommen. Anders dagegen die Entscheidung BFH v. 14.2.1984 – VIII R 41/82 (BStBl. II 1984, 550) in der die Zerlegung einer gestundeten Kaufpreisforderung in einen Kapital- und einen Zinsanteil mit der Folge, dass der Zinsanteil als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu besteuern wäre, abgelehnt, weil die Vertragsparteien den Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung weitgehend offen gelassen haben. Im Hinblick auf die Revisionsverfahren BFH VIII R 35/07 (vorhergehend: FG Düss. v. 14.12.2006, EFG 2008, 849) und X R 38/06 (vorhergehend: FG Düss. v. 12.10.2005, EFG 2007, 253) hat das FG Münster mit Beschl. v. 6.4.2009 – 12 V 446/09 in der Frage, ob eine mehr als ein Jahr nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung fällig werdende Ausgleichsforderung nach § 12 Abs. 3 Bewertungsgesetz (BewG) abzuzinsen sei und der Zinsanteil bei Zahlung der Ausgleichsforderung zu Einkünften aus Kapitalvermögen führt, AdV gewährt.

► *Verzicht auf Einnahmen:* Verzichtet der Verkäufer durch Vorverlegung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs auf Abzinsungsbeträge, so können die dadurch entgangenen Einnahmen auch bis VZ 2008 nicht als WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen abgezogen werden (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160). Ist die Forderung des Verkäufers fälschlicherweise in voller Höhe als Veräußerungsentgelt behandelt worden, so rechtfertigt die Aufteilung der Forderung in AK und Zinsaufwand beim Erwerber es nicht, die bestandskräftige Veranlagung des Veräußerers durch Zerlegung in Entgelt und Zinsentnahmen nach § 174 AO zu ändern (BFH v. 21.10.1980, BStBl. II 1981, 388; zustimmend MARTENS, StRK AO § 174 R. 4).

► *Zahlung der Kaufpreistraten ungewiss:* Lassen die Vertragspartner die Fälligkeit der Kaufpreisforderung bewusst offen, weil der Kaufpreis erst gezahlt werden soll, wenn der Käufer über die erforderlichen Mittel verfügt, so kann sie wirtschaftlich nicht einer Kapitalforderung iSd. Nr. 7 Satz 1 gleichgestellt werden. Eine Aufteilung in Zins- und Tilgungsanteil mit der Folge, dass ein nach Nr. 7 Satz 1 stbarer Zinsanteil vorliegt, ist nicht möglich (BFH v. 14.2.1984 – VIII R 41/82, BStBl. II 1984, 550).

Ertragsanteile aus Rentenrechten: Ertragsanteile von Bezügen aus Leibrenten, die Gegenleistung für den Erwerb eines WG des PV sind, werden mit ihrem vollen Nennbetrag – ohne Berücksichtigung eines Sparer-Freibetrags – nicht von Nr. 7 Satz 1, sondern von § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG erfasst. Str. ist

hier die Berücksichtigung des bis VZ 2008 geltenden Sparer-Freibetrags aus Abs. 4 aF auch bei den sonstigen Einkünften; dazu Vorlagebeschl. des BFH v. 14.11.2001 – X R 32-33/01, BStBl. II 2002, 183; BVerfG-Az. – 2 BvL 3/02.

3. Bedeutung von Kapitalrückzahlung und Entgelt in Nr. 7 (Satz 1 zweiter Satzteil)

a) Überblick

296

Nach der bis einschließlich 31.12. 1993 geltenden Gesetzesfassung unterlagen die Einnahmen aus sonstigen Kapitalforderungen nach Abs. 1 Nr. 7 nur dann der Besteuerung, wenn die *Rückzahlung* des überlassenen Kapitals zwischen Schuldner (Emittenten) und Gläubiger vereinbart worden war. Klassischer Anwendungsfall waren die im alten Gesetzestext noch ausdrücklich genannten Zinsen aus Darlehen oder Anleihen. In beiden Fällen stellen die Zinsen das Entgelt für die Überlassung des Kapitals dar. Zivilrechtl. liegt beiden Nutzungsformen die Abrede zugrunde, dass das überlassene Kapital am Ende der Laufzeit in Höhe des ursprünglich hingebenden Betrags vom Darlehensschuldner oder Anleiheemittenten an den Gläubiger zurückgezahlt werden muss.

In der vom 1.1.1994 bis 31.12.2008 geltenden Fassung des Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 war auch dann von stbaren Kapitalerträgen auszugehen, wenn

- die *Kapitalrückzahlung nicht zugesagt ist*, aber der Gläubiger für die Kapitalüberlassung ein Entgelt erhält oder es ihm zugesagt wird, wobei die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängen kann, zB Capped oder Range Warrants (gedeckte Optionsscheine, Bandbreiten-Optionen) oder
- die *Rückzahlung des Kapitals zugesagt*, aber die Zahlung eines Entgelts dem Grunde und der Höhe nach ungewiss ist, zB Anleihen mit indexierter Verzinsung; s. Anm. 297.

Kapitalanlagen, bei denen sowohl die Zahlung eines *Ertrags als auch die Kapitalrückzahlung* von einem ungewissen Ereignis abhängen, also bei denen beide Komponenten ungewiss sind (Anlagen mit Totalverlustisiko wie zB Full-Index-Link Anleihen), wurden bis VZ 2008 nicht von Nr. 7 Satz 1 erfasst. Erträge aus solchen Schuldverschreibungen wurden nur unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF erfasst.

Mit der Umstellung der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte auf das System der abgeltenden KapErtrSt. und der damit einhergehenden Ausweitung der Tatbestände des § 20 Abs. 1 und Abs. 2 ab 2009 sind jetzt auch Erträge aus Kapitalforderungen als Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Nr. 7 Satz 1 stbar, wenn sowohl die Kapitalrückzahlung als auch das Entgelt von einem ungewissen Ereignis abhängen und das Entgelt oder die Rückzahlung zugesagt oder geleistet wurde.

b) Zusage der Kapitalrückzahlung ohne Zusage oder Gewährung des Entgelts für die Kapitalnutzung

297

Die Erweiterung des Begriffs „Kapitalforderungen“ durch das StMBG hatte dazu geführt, dass seit 1994 neben Kapitalforderungen mit einer festen gleichmäßigen oder ungleichmäßigen Verzinsung auch die Kapitalforderungen von Abs. 1 Nr. 7 erfasst werden, bei denen die Höhe der Erträge von einem ungewissen Ereignis abhängt. Dazu gehören in erster Linie sog. *Indexanleihen*, bei denen – wie bei herkömmlichen Anleihen – die Rückzahlung des zur Nutzung überlassenen Nennkapitals zugesagt, die Höhe des Nutzungsentgelts (Zinsen) am Ende der Laufzeit aber an die Entwicklung eines bestimmten Index, zB den

Deutschen Aktienindex (sog. DAX-Money-Back-Certificate), den Rentenindex (REX), den Lebenshaltungs- oder Goldindex oder einen ausländ. Aktienindex (Nikkei-Index, Dow Jones Index ua.) gekoppelt ist. Der Stpfl. nimmt mit solchen Wertpapieren und Kapitalforderungen indirekt an der Wertentwicklung eines bestimmten Marktes (Aktien- oder Rentenmarkt) teil.

Indexierte Zinserträge sind – wie bei herkömmlichen Anleihen – mit Fälligkeit der Zinsscheine oder Zinsforderungen erzielte Kapitalerträge iSd. Nr. 7 Satz 1, wenn die Rückzahlung des Kapitals vom Schuldner zugesagt ist.

Indexierte Kapitalrückzahlung mit Rückzahlungsgarantie: Hat der Schuldner die Rückzahlung des Kapitals in Höhe des gezahlten Nennbetrags und darüber hinaus einen an einen Index gekoppelten Mehrbetrag zugesagt, so ist die Differenz (Mehrertrag) zwischen dem überlassenen Kapital (Nennbetrag) und dem am Ende der Laufzeit vom Emittenten an den Ersterwerber zurückgezahlten Kapitalbetrag stpfl. Ertrag iSd. Nr. 7 Satz 1 (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 106/69, BStBl. II 1974, 735). In diesen Fällen ist die Rückzahlung des Nennbetrags zugesichert, die Höhe des Differenzbetrags aber ungewiss.

298 **c) Zusage oder Leistung des Entgelts für die Kapitalnutzung ohne Zusage der Kapitalrückzahlung**

Schuldverschreibungen können in bestimmten Fällen (zB Inhaber-Schuldverschreibungen mit DAX-gebundenem Rückzahlungsrecht) derart ausgestattet sein, dass sie fest oder variabel verzinst werden, die Rückzahlung des überlassenen Kapitals jedoch an einen bestimmten Index (DAX, REX ua.) gebunden ist. Diese Art von Anleihen fallen ebenfalls unter den Tatbestand des Nr. 7 Satz 1, auch wenn lediglich die Zahlung eines Nutzungsentgelts zugesagt oder geleistet wird, die Rückzahlung des Kapitals dagegen ungewiss ist. Je nach Ausgestaltung des Papiers besteht die Möglichkeit, dass das Kapital nur teilweise oder gar nicht zurückgezahlt wird. Ob und in welcher Höhe eine Kapitalrückzahlung stattfindet, hängt von der Höhe des Stands des Index zu einem im Voraus bestimmten Zeitpunkt und der Vereinbarung einer Mindestkapitalrückzahlung ab. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass der Stpfl. – wieder in Abhängigkeit vom Stand des Index – eine höhere Kapitalsumme zurückerhält als er dem Schuldner überlassen hat. Dieser Mehrertrag ist ebenso wie die lfd. Zinsen nach Nr. 7 Satz 1 stbarer Kapitalertrag.

299 **d) Keine Zusage oder Leistung der Kapitalrückzahlung und des Entgelts**

Entsprechend der gesetzgeberischen Intention bei der Erweiterung des § 20 und der Einführung der Abgeltungsteuer durch das UntStReformG 2008, alle Erträge und Vermögensmehrungen aus der Anlage privaten Kapitals der Besteuerung zu unterwerfen, werden seit 2009 nunmehr auch Erträge aus risikobehafteten Kapitalanlageprodukten erfasst. Produkte, bei denen sowohl das Entgelt als auch die Kapitalrückzahlung von einem ungewissen Ereignis abhängen, fielen bis 2008 nicht in den Anwendungsbereich der Nr. 7 Satz 1, sondern gehörten zu den Termingeschäften, deren Erträge nur unter den zeitlichen Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF stbar waren. Mit Einbeziehung dieser Erträge in die Nr. 7 Satz 1 ist der Anwendungsbereich der Vorschrift wesentlich erweitert. Es kommt mithin für die Anwendung der Nr. 7 nicht mehr darauf an, dass die Rückzahlung des überlassenen Kapitals oder ein Entgelt für die Überlassung zugesagt oder „gewährt“ worden ist. Nach der Neufassung genügt es, wenn die Rückzahlung oder das Entgelt zugesagt oder tatsächlich „geleistet“

wird. Während der bisherige Begriff „gewährt“ als eine Art der Garantiezusage gewertet wurde, lässt sich aus dem Begriff „geleistet“ eine solche Garantiezusage nicht mehr ableiten (STADLER/ELSER, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 40). Die Nr. 7 Satz 1 korrespondiert zudem jetzt mit Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 nach dem alle Einnahmen aus der Rückzahlung, Einlösung, Veräußerung oder Abtretung von Wertpapieren oder unverbrieften Kapitalforderungen, auch wenn sowohl die Rückzahlung und als auch das Entgelt ungewiss sind, ohne Berücksichtigung der Besitzzeit, als Kapitalertrag stbar sind.

Erträge aus Risiko-Zertifikaten ohne Kapitalgarantie: In den Anwendungsbereich des Nr. 7 Satz 1 fallen nunmehr die Erträge aus vollindexierten Schuldverschreibungen, sog. Full-Index-Link-Anleihen, bei denen sowohl die Zinsen als auch die Kapitalrückzahlung von einem im vorhinein bestimmten Index abhängen. Ebenso werden die Erträge aus Options- und Termingeschäften sowie aus Zertifikaten, die keine Kapitalrückzahlungsgarantie in ihren Emissionsbedingungen vorsehen, erfasst. Die Unterscheidung von Garantie-Zertifikaten (bisher Nr. 7 Satz 1) und solchen ohne Kapitalgarantie (bisher § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 aF) ist somit seit 2009 obsolet. Die Erträge beider Zertifikatsarten werden nunmehr gleich behandelt. Nicht stbare Kapitalerträge gibt es in diesem Bereich nicht mehr.

e) Erträge aus Risiko-Zertifikaten mit nur teilweiser Kapitalrückzahlungsgarantie

300

Bis zur Entscheidung des BFH v. 4.12.2007 – VIII R 53/05 (BStBl. II 2008, 563; Anm. HARENBERG, FR 2008, 522; GEURTZ, DStZ 2008, 177; MORITZ, BBEV 2008, 153) war umstritten, ob das Tatbestandsmerkmal „Rückzahlung des Kapitalvermögens“ immer eine vollständige Rückzahlung des investierten Kapitals voraussetzt oder ob von einer Kapitalrückzahlung auch bei einer Rückzahlungsgarantie über 10 % des Kapitals auszugehen ist. Die FinVerw. lies eine Garantie von 10 % ausreichen, um diese Zertifikate als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 aF einzuordnen und die Erträge ohne eine Behaltensfrist nach § 20 als stbar anzusehen (BMF v. 16.3.1999, BStBl. I 1999, 433). Nach der Entscheidung des VIII. Senats des BFH v. 4.12.2007 – VIII R 53/05 (aaO) ist der Überschuss aus der Veräußerung von Indexzertifikaten mit einer *garantierten Mindestrückzahlung* nur hinsichtlich des Teils stbar, der der garantierten Mindestrückzahlung zuzuordnen ist. Soweit der Stpfl. das der Höhe nach eindeutig bestimmbare Risiko eines Kapitalausfalls eingegangen ist, soll der bei Veräußerung der Zertifikate erzielte Mehrbetrag nicht zum stbaren Bereich der Nr. 7 Satz 1 gehören. Die Höhe des stbaren Teils des insgesamt erzielten Mehrbetrags bestimmt sich dabei nach der Relation zwischen der Mindestrückzahlung und der Differenz aus dem Nominalbetrag der Anlage und der Mindestrückzahlung (Risikobereich).

Beispiel: A ist Inhaber eines Zertifikats, bei dem die Rückzahlung des Kapitals an die Wertentwicklung des DAX gebunden ist. Laufende Zinsen werden nicht gezahlt. Der Emissionspreis betrug 4000 €. Steht der DAX im Zeitpunkt der Rückzahlung 2008 unter 4000 Pkt. erhält A eine Rückzahlung von 10 % des hingegebenen Kapitals. Am Ende der Laufzeit (2008) erhält er 5000 € ausgezahlt. Von der Differenz aus Rückzahlung und Anschaffungskosten von 1000 € sind nur 100 € (10 %) als Einnahmen aus Nr. 7 Satz 1 stbar. Der restliche Betrag von 900 € ist nur unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF stl. zu erfassen

f) Neue Rechtslage für Teil-Garantie-Zertifikate ab 2009

301

Die Ergänzung des Wortlaut von Nr. 7 Satz 1 durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BStBl. I 2007, 630), mit der ausdrücklich die Abhängigkeit der Höhe

der Kapitalrückzahlung und die Abhängigkeit der Entgeltzahlung von einem ungewissen Ereignis für unbeachtlich erklärt wurde, nahm die Entscheidung des VIII. Senats des BFH v. 4.12.2007 – VIII R 53/05 (BStBl. II 2008, 563) bereits vorweg (BTD Drucks. 1/5377, 90). Ab VZ 2009 fallen auch sonstige Kapitalforderungen, bei denen sowohl die Höhe des Entgelts (Zinsen) als auch die Höhe der Kapitalrückzahlung von einem ungewissen Ereignis abhängen unter den Tatbestand der Nr. 7. Davon sind auch Zertifikate mit nur teilweiser Kapitalrückzahlungsgarantie erfasst (glA Haisch, DStZ 2007, 762; Geurts, DStZ 2007, 342). Eine Aufteilung der des Rückzahlungsmehrbetrags – wie vom BFH entschieden – kommt es zukünftig nicht mehr an.

Zeitlicher Anwendungsbereich des erweiterten Abs. 1 Nr. 7 Satz 1: Die Nr. 7 Satz 1 idF des UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BStBl. I 2007, 630) ist gem. § 52a Abs. 8 erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden, die dem Stpfl. nach dem 31.12.2008 zufließen. Die Anschaffung der Kapitalanlage spielt bei der Besteuerung der Erträge keine Rolle. Einen Bestandschutz für Anschaffungen vor dem 1.1.2009 gibt es nicht, da es lediglich auf den Zufluss der Erträge, nicht auf die Anschaffung des Wertpapiers ankommt. Somit sind lfd. Erträge, zB aus Risiko-Zertifikaten, die vor dem 1.1.2009 bzw. 15.3.2007 erworben wurden, erst ab 2009 nach Nr. 7 Satz 1 zu versteuern.

Zeitlicher Anwendungsbereich für teilgarantierte Zertifikate: Mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BStBl. I 2009, 74) wurde § 52a Abs. 10 Satz 7 um eine zeitliche Anwendungsregel für teilgarantierte Zertifikate und andere Schuldverschreibungen ergänzt, bei denen eine leichte Trennung zwischen Ertrags- und Vermögensebene, als zwischen Zinszahlung und Wertzuwachs) möglich ist. Diese Anleihearten wurde damit in den Bereich der Finanzinnovationen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF) einbezogen. Da es für Schuldverschreibungen iSd. alten Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 beim Übergang zur Abgeltungsteuer generell keinen Bestandschutz für Anschaffungen vor dem 1.1.2009 gibt (§ 52a Abs. 10 Satz 7), entfällt die sog. Grandfather-Regelung (Bestandsschutz) nunmehr auch für teilgarantierte Zertifikate und andere Schuldverschreibungen dieser Art, wie zB Floating Rate Notes (Floater) oder Down-Rating-Anleihen.

Bedeutung der Versagung des Bestandsschutzes: Die Versagung des Bestandsschutzes für Teilgarantiezertifikate kann erhebliche materiell-rechtl. Auswirkung haben, da in den Kreis der vom Bestandsschutz ausgenommenen, für vor dem 31.12.2008 erworbene Schuldverschreibungen, die allesamt Finanzinnovationen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF sind, nunmehr auch Schuldverschreibungen einbezogen werden, die ursprünglich bei Verabschiedung des UntReformG 2008 – zumindest dem Wortlaut des § 52a Abs. 10 Satz 7 nach – nicht dazu gehören sollten. Der Auslöser für diese Ergänzung der Anwendungsvorschrift liegt in der Entscheidung des BFH v. 4.12.2007 – VIII R 53/05 (BStBl. II 2008, 563), mit der Indexzertifikate mit garantierter Teilrückzahlung – soweit die Erträge den Garantiebereich betrafen – als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 angesehen wurden. Damit ist der Bestandschutz für Zertifikate mit teilgarantierter Kapitalrückzahlung oder von Anleihen, bei denen eine leichte Trennung von Ertrags- und Vermögensebene, wie zB bei Floating Rate Notes (Floater) oder Aktienanleihen, möglich ist, ebenfalls ausgeschlossen. Der ab 2009 erzielte Veräußerungsgewinn auch aus solchen Anlageprodukten unterliegt ab 2009 immer den neuen Regeln des erweiterten § 20 und damit der Abgeltungsteuer, unabhängig davon, wann die Schuldverschreibung (Zertifikat) oder Kapitalforderungen angeschafft wurden.

Verfassungsrechtliche Bedenken: Aus Sicht des Stpfl. kann sich die Neuregelung sowohl belastend als auch – in Verlustfällen – begünstigend auswirken.

Beispiel: Der Stpfl. A hat im Jahr 2005 eine Stufenzinsanleihe zum Preis von 1000 € erworben, die er im Jahr 2009 zum Kurs von 1100 € verkauft. Nach der Ergänzung des Abs. 10 Satz 7 unterliegt der Gewinn von 100 € bereits der Abgeltungsteuer (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 4). Bestandschutz – wie bei herkömmlichen Festzinsanleihen tritt nicht ein.

Beispiel: Der Stpfl. B hat im Jahr 2005 eine Unternehmensschuldverschreibung zum Preis von 1000 € erworben, deren Verzinsung von Rating des emittierenden Unternehmens abhängt. Im Jahr 2009 veräußert er die Schuldverschreibung zum Kurs von 800 €. Der Verlust von 200 € ist als negative Einnahme aus Kapitalvermögen mit pos. Kapitalerträgen verrechenbar.

Die Ergänzung des § 52a Abs. 10 Satz 7 enthält scheinbar eine unechte Rückwirkung, da in der Vergangenheit liegende Anschaffungen betroffen sind, aber die Rechtsfolgen erst bei Veräußerung oder Einlösung ab dem 1.1.2009 eintreten. Regelungen mit unechter Rückwirkung sind nach der Rspr. des BVerfG grds. zulässig. Jedoch bestehen aus dem rechtsstaatl. Prinzip der Rechtssicherheit verfassungsrechtl. Schranken, wobei Rechtssicherheit in erster Linie für den Stpfl. Vertrauensschutz bedeutet.

► *Schranken des Vertrauensschutzes:* Das Vertrauen des stpfl. Kapitalanlegers ist namentlich dann enttäuscht, wenn das Gesetz einen entwertenden Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht zu rechnen brauchte, den er also auch bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte. Indessen kann sich der Einzelne dann nicht auf den Schutz seines Vertrauens berufen, wenn sein Vertrauen auf den Fortbestand einer ihm günstigen Regelung eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber billigerweise nicht beanspruchen darf (BVerfG v. 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287; v. 9.2.1983 – 1 BvL 8/80, 1 BvL 16/81, 1 BvR 257/80, 1 BvR 890/80, 1 BvR 1357/81, BVerfGE 63, 152). Der Stpfl. kann grds. nicht darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber StVergünstigungen und stl. Freiräume aufrechterhält sowie von der Erhebung zusätzlicher Steuern absieht (BVerfG v. 8.3.1983 – 2 BvL 27/81, BVerfGE 63, 312, mwN). Der verfassungsrechtl. Vertrauensschutz geht aber nicht soweit, den Begünstigten vor jeder „Enttäuschung“ seiner Erwartungen in die Dauerhaftigkeit der Rechtslage zu bewahren; vielmehr müssen auf seiner Seite gewichtige zusätzliche Interessen angeführt werden können, die den öffentlichen Interessen vorgehen. Ein derartig überwiegendes, schutzwürdiges Vertrauen der Stpfl. dürfte hier nicht anzunehmen sein. Vertrauen auf die Nichtsteuerbarkeit von realisierten Kursgewinnen bestimmter finanzinnovativer Schuldverschreibungen kann sich allenfalls nur bei deren Anschaffung nach der angeführten Rspr. des BFH gebildet haben, denn zuvor ergab sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, dass bei allen Finanzinnovationen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. a–d aF generell die Emissionsrendite oder Marktrendite zu sbarem Kapitalertrag führte. Dagegen kann das vom Gesetzgeber angeführte überwiegende öffentliche Interesse an einer einfachen und praktikablen Besteuerung privater Kapitalerträge im Rahmen des Abgeltungsteuersystems, unabhängig davon, dass sich die Neuregelung auch zu Gunsten des Steuerpflichtigen auswirken kann, uE die Rückwirkung nicht rechtfertigen.

Stellungnahme: UE enthält die Ergänzung des § 52a Abs. 10 Satz 7 lediglich eine Klarstellung und keine rückwirkende Regelung. § 52a Abs. 10 Satz 7 idF des UntStReformG 2008 schloss bereits die Bestandsschutzregel des § 52a Abs. 10 Satz 6 für Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF, also für sog. Finanzinnovationen, aus. Darunter fallen

dem Wortlaut nach alle Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen, die die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a–d aF erfüllen. Auch nach der zuvor genannten Rspr. des BFH gehören dazu beispielsweise variabel verzinsten Schuldverschreibungen (Floater), auf- oder abgezinste Anleihen (Zero-bonds), Stripped Bonds, Stufenzinsanleihen oder Down-Rating-Anleihen. Die Rspr. des BFH bezog sich lediglich auf die Frage, ob bei einer Veräußerung oder Einlösung dieser Wertpapiere als Bemessungsgrundlage für den stbaren Kapitalertrag nach Wahl des Stpfl. die Emissionsrendite oder die Differenz von Verkaufserlös und Anschaffungskosten, also die Marktrendite, anzusetzen ist. Die Zuordnung der einzelnen Schuldverschreibungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF wurde nicht in Zweifel gezogen. Lediglich die Ermittlung des Kapitalertrags machte der BFH davon abhängig, ob die Schuldverschreibungen eine Emissionsrendite hatten, ob die Ertragsebene (Zinsenertrag) von der Vermögensebene (Wertzuwachs) leicht abgrenzbar war oder nicht. Das Problem der Rückwirkung stellt sich wegen der Änderung des § 52a Abs. 10 Satz 7 uE nicht.

302–304 Einstweilen frei.

III. Bezeichnung und zivilrechtliche Ausgestaltung der Kapitalanlage ohne Bedeutung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2)

305 1. Bezeichnung der Kapitalanlage

Für die stl. Erfassung von Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 kommt es nach dessen Satz 2 nicht auf die von den Beteiligten gewählte Bezeichnung für die Kapitalanlage an. Ausschlaggebend ist allein, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Entgelt für die Überlassung von Kapital vereinbart oder geleistet wird (zur wirtschaftl. Betrachtungsweise BVerfG v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90, BStBl. II 1991, 212 [213, 214]). Dieser Grundsatz galt bereits vor Einfügung des Satz 1 in die Nr. 7 durch das StBMG 1994 (BFH v. 22.10.1987 – IV R 17/84, BStBl. II 1988, 62; BMF v. 30.4.1993, BStBl. I 1993, 343). Insoweit enthält Satz 2 lediglich eine Klarstellung dieses allgem. Grundsatzes (SCHUMACHER, DStR 1996, 1505). Demnach ist die Besteuerung zB von Erträgen aus Capped oder Range Warrants grds. unabhängig davon, dass diese Produkte als „Optionsscheine“ (Warrants) bezeichnete werden, obwohl sie wirtschaftl. keine klassischen Optionsgeschäfte darstellen. Vielmehr werden bei diesen Kapitalanlagekonstruktionen außerhalb eines Wertpapiers zwei gegenläufige oder mehrere (Range Warrants) sich einander ergänzende „Optionen“ verbrieft und formal an einen Index gekoppelt. Die Index-Stände werden dabei aber so gewählt, dass – wie immer der Index sich tatsächlich entwickelt – dem Inhaber ein Kapitalertrag sicher ist (SCHEURLE, DB 1994, 445).

306 2. Ausgestaltung der Kapitalanlage

Die Stbarkeit von Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 ist nach Satz 2 der Vorschrift unabhängig davon, welche zivilrechtl. Gestaltung die Kapitalanlage hat. Auch hierbei handelt es sich uE lediglich um eine Klarstellung (aA SCHUMACHER, DStR 1996, 1505), auch wenn der Gesetzgeber mit dem StBMG v. 1994 versucht hatte, den Umfang der stbaren Einnahmen dadurch zu erweitern, dass nunmehr auch Kapitalanlagen in die Besteuerung einbezogen werden, die sich aufgrund ihrer rechtl. Gestaltung zunächst nicht als Kapitalüberlassungsverhältnis darstellen. Satz 2 enthält uE also keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern bezieht sich eindeutig auf den Satz 1 der Nr. 7. Das bedeutet, dass – wie immer die Betei-

ligten ihre Kapitalanlage bezeichnen und wie immer sie die Anlage rechtl. ausgestalten – eine Kapitalüberlassung gegen Entgelt und damit – zumindest wirtschaftl. – eine Kapitalforderung vorliegen muss. Deshalb fallen klassische Optionsgeschäfte nicht unter Abs. 1 Nr. 7, sondern allenfalls unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b. Erst die mit der Systemumstellung auf die Abgeltungsteuer in Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b und Satz 1 eingefügten Tatbestände machen eine Besteuerung von Erträgen aus Options- und Termingeschäften möglich, soweit die Geschäfte nach dem 31.12.2008 eingegangen oder begründet wurden.

Verhältnis des Satz 2 zu § 42 AO: Nr. 7 Satz 2 muss als besondere Ausprägung des allgem. Missbrauchstatbestands in § 42 AO gesehen werden (SCHUMACHER, DStR 1996, 1505). Beide Tatbestände unterscheiden sich lediglich dadurch, dass Satz 2 keine Unangemessenheit der rechtlichen Gestaltung verlangt. Somit werden auch rechtliche Gestaltungen erfasst, die nicht nur stl., sondern durch andere wirtschaftl., nicht stl. Gründe motiviert sind. Die Rechtsfolgen beider Vorschriften sind identisch. Erträge aus Kapitalanlagen, die nach ihrer zivilrechtl. Gestaltung keine Kapitalforderung iSd. Satz 1 enthalten, werden gleichwohl von Nr. 7 Satz 1 erfasst, wenn sie sich bei wirtschaftl. Betrachtung als Entgelt für eine Kapitalüberlassung darstellen.

Beispiel: Anleger A erwirbt 2009 eine unverzinsliche Schuldverschreibung ohne Laufzeitbegrenzung oder Kapitalrückzahlungsanspruch zum Preis von 100 €. Die Schuldverschreibung gewährt lediglich auf Verlangen des Gläubigers (Inhaber der Schuldverschreibung) die Auslieferung einer bestimmten Menge eines Edelmetalls, zB Gold. Die Kosten der Auslieferung hat der Gläubiger (Inhaber) zu tragen. Nach Ablauf von 13 Monaten verkauft er die Schuldverschreibung zu 120 €. Nach der zivilrechtl. Ausgestaltung liegt hier keine Kapitalforderung iSd. Nr. 7 Satz 1 vor, da A nur einen Lieferanspruch auf eine bestimmte Menge Gold, nicht aber einen Anspruch auf Kapitalrückzahlung hat. Gleichwohl könnte die zivilrechtl. Gestaltung hier unbeachtlich sein und der Gewinn aus der Veräußerung von 20 € allerdings nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu erfassen sein, da keine lfd. Verzinsung vereinbart ist.

Einstweilen frei.

307–309

IV. Sonderfälle der Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen

1. Darlehen zwischen nahen Angehörigen

310

Verträge zwischen nahen Angehörigen sind mit ertragstl. Wirkung nur anzuerkennen, wenn sie

- ausreichend klar, ernsthaft und zivilrechtlich wirksam vereinbart sind,
- einem Fremdvergleich standhalten und
- tatsächlich entsprechend der Vereinbarung durch geführt werden.

Dies gilt auch für Darlehensverträge zwischen nahen Angehörigen. Entsprechen die Verträge nicht den vorgenannten Voraussetzungen, hat der nahe Angehörige die ihm zugeflossenen Darlehenserträge nicht nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 zu versteuern (stRSpr., zB BFH v. 2.8.1994 – VIII R 65/93, BStBl. II 1995, 264).

Hinsichtlich der Einzelheiten der für die stl. Anerkennung notwendigen Voraussetzungen s. Anm. 165 ff.

Zum Fremdvergleich bei Darlehensverträgen zwischen nahen Angehörigen s. BFH v. 18.12.1990 – VIII R 290/82 (BStBl. II 1991, 391; BMF v. 1.12.1992, BStBl. I 1992, 729); zur Frage, ob ausreichende Sicherheiten gewährt werden, s. BFH v. 7.11.1990 – X R 126/87 (BStBl. II 1991, 291); v. 18.12.1990 aaO; BMF v. 25.5.1993 (BStBl. I 1993, 410).

Verfahrensfragen: Ist bei einer EStVeranlagung des Darlehensempfängers der Darlehensvertrag nach den vorstehenden Grundsätzen stl. nicht anerkannt und der Abzug der Zinsen zB als BA versagt worden, so kann die bereits bestandskräftige Veranlagung des Darlehensgebers, der die Zinsen nach Abs. 1 Nr. 7 bereits versteuert hat, nach § 173 Abs. 1 Satz 2 AO wegen neuer Tatsachen geändert werden, wenn dem VeranlagungsFA nicht bekannt war, dass es sich um ein Darlehen unter nahen Angehörigen gehandelt hat (BFH v. 2.8.1994 – VIII R 65/93 aaO). Diese Änderung ist versagt, wenn das Angehörigenverhältnis bekannt war. Die Versagung des Abzugs selbst ist keine neue Tatsache iSd. § 173 Abs. 1 AO.

311 2. Schenkweise Überlassung der Darlehensmittel durch den Darlehensempfänger

Der BFH (v. 10.4.1984 – VIII R 134/81, BStBl. II 1984, 705; v. 12.2.1993 – X R 121/88, BStBl. II 1993, 468) hat entschieden, dass die vom Darlehensschuldner gezahlten Darlehenszinsen nicht als BA abziehbar (und damit vom Darlehensempfänger nicht nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 zu versteuern) sind, wenn sich ein Stpfl. (Vater) notariell verpflichtet, seinen Kindern unentgeltlich Geldbeträge zuzuwenden, die lt. Vertrag sogleich dem Vater wieder als Darlehen zur Verfügung zu stellen sind; diese Gestaltung sei stl. nicht anzuerkennen; die gezahlten Zinsen seien Zuwendungen iSd. § 12 Nr. 2. Zum gleichen Ergebnis ist der BFH (v. 26.3.1996 – IX 51/92, BStBl. II 1996, 443) in einem Fall gekommen, in dem zwischen Schenkung durch die Eltern und der Darlehensgewährung durch ein minderjähriges Kind ein Zeitraum vom 6 Monaten lag; der BFH hat dies damit begründet, dass ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts iSd. § 42 AO vorliege, weil dem Rechtsgeschäft ein Gesamtplan der Darlehensempfänger (Eltern) zur Schaffung von WK zugrunde gelegen habe. Dieser Auffassung kann uE zumindest dann nicht zugestimmt werden, wenn das Kind, das das Darlehen gewährt, volljährig ist.

Die FinVerw. (BMF v. 1.12.1992, BStBl. I 1992, 729) hat sich der Auffassung der BFH v. 1.10.1984 (aaO) und v. 12.2.1993 (aaO) angeschlossen. Danach ist die Gestaltung stl. nicht anzuerkennen, wenn die Zuwendung des Geldbetrags davon abhängig gemacht wird, dass der Empfänger den Betrag als Darlehen wieder zurückgeben muss.

Diese Abhängigkeit wird in folgenden Fällen unwiderlegbar vermutet:

- Vereinbarung von Schenkung und Darlehen in ein und derselben Urkunde, oder zwar in mehreren Urkunden, aber innerhalb einer kurzen Zeit,
- Schenkung unter der Auflage der Rückgewähr als Darlehen,
- Schenkungsversprechen unter der aufschiebenden Bedingung der Rückgabe als Darlehen.

Die Abhängigkeit wird widerlegbar vermutet bei

- Vereinbarungsdarlehen nach § 607 Abs. 2 BGB,
- Darlehenskündigung mit Zustimmung des Schenkers,
- Zulässigkeit von Entnahmen durch den Beschenkten zu Lasten des Darlehenskontos nur mit Zustimmung des Schenkers.

Zur schenkweisen Überlassung der Darlehensmittel s. auch Anm. 177 ff.

V. Steuerabzug bei Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 7

312

Die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 7 war Grundlage für den nach der Entscheidung des BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89 (BStBl. II 1991, 654) erstmals zum 1.1.1993 eingeführten KapErtStAbzug auf Zinserträge mit einem StSatz von 30 %. Die Kapitalerträge iSd. Nr. 7 unterlagen bis VZ 2008 auch dann dem StAbzug (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7), soweit es sich um Zinsen aus Anleihen und Forderungen handelt, die in ein öffentliches Schuldbuch (Bundeswertpapiere bzw. Wertrechtsanleihen) oder ein ausländ. Register eingetragen sind. Mit Zufluss ab 1.1.2009 unterliegen Zinserträge iSd. Nr. 7 erstmals der Abgeltungssteuer, die insoweit den bisherigen anrechenbaren Zinsabschlag – allerdings mit niedrigerem StSatz von 25 % und abgeltender Wirkung – ersetzt; s. Anm. 14. Zum Einbehalt der Abgeltungssteuer sind allerdings Privatpersonen für Zinsleistungen im Rahmen privater Darlehensverträge und die FA für Erstattungsinsen iSd. § 233a AO nicht verpflichtet. Diese Zinserträge müssen auch nach dem VZ 2008 weiterhin erklärt werden (§ 32d Abs. 3; Pflichtveranlagung). Im Veranlagungsverfahren kommt es – neben der Veranlagung zu den anderen Einkunftsarten – zur Versteuerung mit dem StSatz von 25 %.

Einstweilen frei.

313–329

E. Diskontbeträge aus Wechseln, Anweisungen und Schatzwechseln (Abs. 1 Nr. 8)**I. Sachlicher Umfang der Vorschrift**

330

Abs. 1 Nr. 8 bestimmt, dass Diskontbeträge aus Wechseln und Anweisungen, einschließlich der Schatzwechsel, zu den stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören. Die Vorschrift ist *lex specialis* zu Abs. 1 Nr. 7 Satz 1. Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist gering. Die Erträge unterliegen auch nach der Einführung der abgeltenden KapErtrSt. nicht dem StAbzug

II. Diskontbeträge aus Wechseln und Anweisungen

331

Diskont ist der für die Zeit vom Ankaufstag einer noch nicht fälligen, nominal unverzinslichen Forderung bis zum Fälligkeitstag abgezogene Geldbetrag. Diskontbeträge sind eine besondere Form von Zinsen, die der Erwerber beim Ankauf einer Forderung vorweg vom Nominalbetrag der Forderung abzieht. Der Nominalbetrag der Forderung abzgl. des Diskonts ergibt den Kaufpreis der Forderung. Dieser Vorwegabzug (Diskontierung) unterscheidet den Diskont von den idR nachträglich berechneten Zinsen herkömmlicher Art; zum Zinsbegriff s. Anm. 232.

Wechsel sind Wertpapiere, in denen der Wechsellaussteller die unbedingte Zahlung einer bestimmten Geldsumme an einem bestimmten Tag und an einem festgelegten Ort verspricht (Art. 1 WG).

Rechtsfolgen: Abs. 1 Nr. 8 erfasst Diskontbeträge aus einem nicht betrieblich veranlassten Ankauf von Wechseln. Diskontbeträge, die von einem Gewerbetreibenden beim Ankauf von Wechseln, die zur Bezahlung von Waren- oder Dienstleistungen begeben wurden, abgezogen werden, fallen nach der Zurechnungsregel des Abs. 8 nicht unter Abs. 1 Nr. 8. Diskonte aus diesen Wechseln

gehören zu den Einnahmen aus Gewerbebetrieb (BFH v. 26.4.1995 – I R 92/94, BStBl. II 1995, 594).

Anweisungen (§ 783 BGB) sind die Grundform des Wechsels. Mit ihnen weist der Aussteller (Anweisende) einen anderen (Angewiesener) an, auf Rechnung des Anweisenden an einen Berechtigten (Anweisungsempfänger) Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen zu leisten. Zugleich wird der Berechtigte ermächtigt, die Leistung im eigenen Namen vom Angewiesenen verlangen zu dürfen. Auch Diskontbeträge aus Anweisungen sind grds. Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 8.

332

III. Diskontbeträge aus Schatzwechseln

Schatzwechsel sind unverzinsliche, dh. nicht laufend verzinste, kurzfristige Wechsel, die hauptsächlich von Bund, Bahn, Post und den Ländern zur Überbrückung eines vorübergehenden Geldbedarfs ausgegeben werden. Sie haben eine Laufzeit von einen bis zu sechs Monaten und werden idR von Banken oder der Deutschen Bundesbank angekauft. Diskontbeträge aus Schatzwechseln fallen unter Abs. 1 Nr. 8, soweit nicht die Zuordnungsregel des Abs. 8 entgegensteht.

333

IV. Nicht unter Abs. 1 Nr. 8 fallende Einnahmen

Schatzanweisungen fallen nicht unter Abs. 1 Nr. 8. Bei ihnen handelt es sich um festverzinsliche oder unverzinsliche (U-Schätze) Inhaberschuldverschreibungen mit einer Laufzeit von sechs Monaten bis zu zwei Jahren. Sie gehören zu den sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7.

Finanzierungsschätze sind abgezinste Schuldverschreibungen, die nicht zu den Wertpapieren des Abs. 1 Nr. 8, sondern zu Abs. 1 Nr. 7 gehören.

Liquidationstitel (Bundesliquidationsschätze – Bulis –) sind ebenfalls kurzlaufende Schuldverschreibungen, deren Zinsen von Abs. 1 Nr. 7 erfasst werden.

334–339 Einstweilen frei.

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9 und 10:
Einnahmen aus nicht von der Körperschaftsteuer
befreiten Steuersubjekten, Betrieben gewerblicher Art
und wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben**

340

A. Grundinformation zu Nr. 9 und 10

Einführung neuer Einnahmetatbestände: Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 stellen Einnahmetatbestände dar, die mit dem StSenkG v. 23.1.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428) eingeführt wurden. Die Einführung der Besteuerungstatbestände war nach dem Systemwechsel der Unternehmensbesteuerung durch das StSenkG notwendig geworden, um den Gewinn von nicht von der KSt. befreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG, von Betrieben gewerblicher Art (BgA) iSd. § 4

KStG und von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben aus Gründen der stl. Gleichbehandlung einer nochmaligen Besteuerung zuzuführen, damit er im Ergebnis derselben StBelastung wie Gewinne anderer StSubjekte unterworfen ist (BTDrucks. 14/2683, 114; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Im System des Halb-/Teileinkünfteverfahrens (s. § 3 Nr. 40 Anm. 7) ist wegen der niedrigen Besteuerung des Einkommens der Körperschaft eine Nachversteuerung auf der Ebene des Anteilseigners notwendig, um eine Einmalbesteuerung des von der Körperschaft erzielten und an den Anteilseigner ausgeschütteten Gewinns zu gewährleisten (BTDrucks. 14/2683, 114). Während unter dem KStAnrechnungsverfahren 1977 nicht von der KSt. befreite StSubjekte iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG, BgA und wirtschaftliche Geschäftsbetriebe mit einer definitiven KSt. von 40% belastet wurden, beträgt die KSt. nach dem Systemwechsel durch das StSenkG nur noch 25% (bis zum VZ 2007) bzw. 15% (seit dem VZ 2008). Da nach der Unternehmenssteuerreform auch diese KStSubjekte einem niedrigen Steuersatz unterliegen, ist es notwendig geworden, einen neuen Einnahmetatbestand zu schaffen, um aus Gründen der Wettbewerbsneutralität eine Besteuerung auf der Ebene der hinter diesen KStSubjekten stehenden Personen sicher zu stellen (BFH v. 21.8.2007 – I R 78/06, BStBl. II 2008, 317; v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Mit der Besteuerung von Vermögensübertragungen dieser KStSubjekte auf der Ebene der hinter diesen stehenden Personen wird die Einmalbesteuerung des weitergeleiteten Gewinns erreicht.

Zweck der Regelung des Abs. 1 Nr. 9: Die Vorschrift soll aus Gründen der stl. Gleichbehandlung die Nachversteuerung von Leistungen an die hinter einer Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG stehenden Personen im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens sichern, soweit die Leistungen mit einer regulären Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sind.

► *Anteilige Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 40 und § 8b Abs. 1 KStG:* Da die weitergeleiteten Einnahmen aus Leistungen iSd. Nr. 9 bereits mit KSt. vorbelastet sind, werden sie bei einem estpfl. Empfänger nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d zu 40% (bzw. bis zum VZ 2008 zur Hälfte) stfrei gestellt (s. § 3 Nr. 40 Anm. 121). Bei einem kstpfl. Empfänger werden die Einnahmen nach § 8b Abs. 1 KStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz gelassen (s. § 8b KStG Anm. 34).

► *Abgeltungsteuer:* Gehören die Einnahmen der Nr. 9 trotz Abs. 8 beim Empfänger zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, werden sie ab dem VZ 2009 nach § 32d mit einem linearen Steuersatz von 25% besteuert, der nach § 43 Abs. 5 abgeltende Wirkung hat (Abgeltungsteuer).

Zweck der Regelung des Abs. 1 Nr. 10: Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind gem. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG nur mit ihren Betrieben gewerblicher Art (BgA) nach § 4 KStG unbeschränkt kstpfl. (s. § 4 KStG Anm. 5). BgA unterliegen mit ihren Gewinnen ebenfalls einem definitiven KStSatz von 15% (bzw. bis zum VZ 2007 von 25%). Auch bei einem BgA ist es nach Einführung des Halbeinkünfteverfahrens durch das StSenkG daher notwendig geworden, eine Nachbelastung des bei dem BgA niedrig besteuerten Gewinns auf der Ebene der Trägerkörperschaft aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit vorzunehmen (BTDrucks. 14/2683, 114; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Die Einführung des Einnahmetatbestands der Nr. 10 für BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. a) und ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. b) ermöglicht eine solche Nachbelastung (Borr, DStZ 2009, 710 [711]). Für die hinter dem BgA stehende juristische Person des öffentlichen

Rechts wird allerdings nur eine beschränkte KStPflcht gem. § 2 Nr. 2 KStG ausgelöst, so dass sich die Besteuerung in einem KapErtrStAbzug iHv. 15% nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7b und Nr. 7c iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 mit abgeltender Wirkung (§ 32 Abs. Abs. 1 Satz 2 KStG) erschöpft (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 1).

► *Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe:* Die Regelungen des Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b werden nach dessen Satz 4 auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von kstbefreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen erstreckt, weil diese sich in einer mit einem BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit systematisch vergleichbaren Situation befinden.

B. Einnahmen aus Leistungen einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG (Nr. 9)

I. Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 9

341 1. Einnahmen aus Leistungen

Besteuerungsgegenstand der Nr. 9 sind Einnahmen aus Leistungen, die von einer nicht von der KSt. befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse stammen. Die KStSubjekte des § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG zeichnen sich dadurch aus, dass sie keine Gewinnausschüttungen an die hinter ihnen stehenden Personen vornehmen können. Daher wurde ein eigenständiger Einnahmetatbestand geschaffen, der Leistungen von diesen Gebilden als Einnahmen beim Empfänger erfasst.

Einnahmen: Der Begriff der Einnahmen ergibt sich auch im Anwendungsbereich der Nr. 9 aus § 8 Abs. 1 (s. § 8 Anm. 21 ff.).

Leistungen: Unter Leistungen ist in Anlehnung an § 22 Nr. 3 jedes Tun, Dulden und Unterlassen zu verstehen (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315e). Dieser weite Leistungsbegriff umfasst alle Arten von Vermögenstransfers von den KStSubjekten auf die dahinter stehenden Personen in Form von Geld-, Sach- und Dienstleistungen sowie Nutzungsüberlassungen (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JA 10). Eine notwendige tatbestandliche Einschränkung erfährt der Leistungsbegriff jedoch dadurch, dass die Nr. 9 nur auf Leistungen anzuwenden ist, die mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sind (s. Anm. 342). Eine weitere Einschränkung des Leistungsbegriffs ergibt sich aus der gesetzlich angeordneten entsprechenden Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3, so dass Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten, keine Einnahmen iSd. Nr. 9 darstellen (s. Anm. 348).

342 2. Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1

Nicht jede Vermögensübertragung zwischen einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse und den hinter diesen stehenden Personen soll von der Vorschrift erfasst werden. Mit dem UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35) wurde der Tatbestand dahingehend präzisiert, dass die fragliche Leistung mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sein muss, wobei die Vergleichbarkeit sowohl mit offenen als auch mit vGA bestehen kann (zu vGA s. Anm. 348). Die Ergänzung hat

lediglich klarstellende Bedeutung, weil sich die Voraussetzung der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit einer Gewinnausschüttung uE schon vor der Änderung aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift ergab (glA KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JA 3).

Leistung mit Gewinnausschüttung wirtschaftlich vergleichbar: Damit die Leistung einer Gewinnausschüttung vergleichbar ist, muss sie sich bei der leistenden Körperschaft als Gewinnverwendung darstellen, während dem Empfänger die Einnahmen im Rahmen seiner Beteiligung zufließen (zu Einzelheiten s. Anm. 61 ff.). Mit beiden Kriterien müssen die Einnahmen aus Leistungen wirtschaftlich vergleichbar sei (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JA 11).

Leistungen aufgrund von schuldrechtlichen Beziehungen: Eine Leistung ist nicht mit einer Gewinnausschüttung vergleichbar, wenn sie auf einer schuldrechtl. Beziehung beruht (FG Köln v. 14.1.2010, EFG 2010, 1066, rkr.; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 61; ORTH, DStR 2001, 325). Zahlt die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse zB für die Überlassung von Kapital oder WG, für die Erbringung von Dienstleistungen oder für den Erwerb von WG ein angemessenes Entgelt, liegen keine Leistungen iSd. Nr. 9 vor. Dagegen kann ein unangemessenes Entgelt eine vGA darstellen, die nach Nr. 9 Halbs. 2 zu den stpfl. Einnahmen gehört (zu Einzelheiten s. Anm. 348).

Beispiele: Zu Einnahmen, die mit einer Gewinnausschüttung wirtschaftlich vergleichbar sind, können die Übernahme von Kosten, die den Mitgliedern aus ihrem Mitgliedschaftsverhältnis entstehen, oder die Übernahme von Aufwendungen eines Vereinsmitglieds durch den Verein gehören (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315c; KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JA 11). Leistungen eines Vereins an seine Mitglieder außerhalb seiner satzungsmäßigen Zwecke können mit Gewinnausschüttungen vergleichbar sein (FG Köln v. 14.1.2010, EFG 2010, 1066, rkr.). Ebenso sind Auskehrungen von Überschüssen aus dem nicht versicherungstechnischen Geschäft eines VVaG an seine Mitglieder nach Nr. 9 zu erfassen. Leistungen eines Vereins, die in Erfüllung seiner satzungsgemäßen Aufgaben gegenüber den Mitgliedern erbracht werden und die durch die Zahlung des Vereinsbeitrags abgegolten sind, fallen dagegen nicht unter die Nr. 9 (KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 61). Auch die Rückerstattung von Beiträgen aus nichtversicherungsmäßigen Überschüssen stellt keine Leistung nach Nr. 9 dar (BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315e).

► **Stiftungen:** Nach Auffassung der FinVerw. stellen alle Leistungen einer nicht stbefreiten Stiftung, die an den Stifter und seine Angehörigen erbracht werden, Einnahmen iSd. Nr. 9 dar.

BMF v. 27.6.2006, BStBl. I 2006, 417; glA. Schl.-Holst. FG v. 7.5.2009, EFG 2009, 1558, rkr.; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 20 Rn. 138; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315e; aA FG Berlin-Brandenb. v. 16.9.2009, EFG 2010, 55, nrkr., Az. BFH I R 98/09; WASSERMEYER, DStR 2006, 1733; Kirchhain, BB 2006, 2387; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 61; nicht mit Gewinnausschüttung vergleichbar, höchstens Einnahmen nach § 22 Nr. 1; s. zur Abgrenzung auch § 3 Nr. 40 Anm. 160.

3. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG

343

Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG: Zu den KStSubjekten, die Leistungen iSd. Nr. 9 erbringen können, gehören Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VVaG; § 1 Abs. 1 Nr. 3 KStG), sonstige juristische Personen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG, insbes. Vereine) und nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG).

Zu Einzelheiten der KStSubjekte iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG s. § 1 KStG Anm. 45ff.

Unbeschränkte Steuerpflicht: Die KStSubjekte müssen der unbeschränkten StPflcht unterliegen (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. JA 9; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 61; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315b). Der RegE eines JStG 2010 (BTDrucks. 17/2249) sieht eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf ausländ. KStSubjekte vor.

Nicht von der Körperschaftsteuer befreit: Es werden nur Leistungen von nicht von der KSt. befreiten KStSubjekten erfasst. Nur bei stpfl. KStSubjekten ist es aus Gründen der Wettbewerbsneutralität im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens geboten, eine Besteuerung auf der Ebene der hinter diesen stehenden Personen sicher zu stellen (s. Anm. 340). Dabei muss die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse selbst gem. § 5 KStG von der KSt. befreit sein. StBefreiungen (zB aufgrund eines DBA), die sich nur auf Teile des Einkommens beziehen, schließen die Anwendung der Nr. 9 nicht aus (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. JA 9).

344 4. Keine Einnahmen im Sinne von Abs. 1 Nr. 1

Erfüllen die Leistungen, die eine Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG gewährt, sowohl die Voraussetzungen der Nr. 9 als auch der Nr. 1, so ist die Subsidiarität der Nr. 9 gesetzlich ausdrücklich angeordnet. Die Besteuerung der Einnahmen erfolgt somit allein als Bezüge iSd. Nr. 1.

345–346 Einstweilen frei.

347

II. Rechtsfolge der Nr. 9

Geeigneter Empfänger: Das Gesetz enthält keine nähere Definition, wer geeigneter Empfänger einer Leistung iSd. Nr. 9 sein kann. Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich, dass der Empfänger entweder Gesellschafter der Körperschaft ist oder seine Stellung zum leistenden KStSubjekt wirtschaftlich mit der eines Gesellschafters vergleichbar ist.

Besteuerung beim Empfänger: Die Einnahmen werden bei einem estpfl. Empfänger nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d und bei einem kstpfl. Empfänger nach § 8b Abs. 1 KStG (anteilig) stfrei gestellt (zu Einzelheiten s. Anm. 340 und § 3 Nr. 40 Anm. 121 und § 8b KStG Anm. 34). Seit dem VZ 2009 finden die Regelungen der Abgeltungsteuer auf die Einnahmen Anwendung, wenn diese auch unter Berücksichtigung des Abs. 8 zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören. Der Empfänger kann auch ein beschränkt Stpfl. sein, da Einnahmen iSd. Nr. 9 zu den Einkünften gem. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a gehören.

348

III. Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2

Um eine umfassende Gleichbehandlung der Leistungen von Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG mit regulären Beteiligungserträgen gem. Abs. 1 Nr. 1 zu gewährleisten, ordnet Nr. 9 Halbs. 2 ausdrücklich an, dass die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2 entsprechend anzuwenden sind.

Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2): Eine Leistung, die mit einer vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 wirtschaftlich ver-

gleichbar ist, gehört zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 9. Zum Begriff der vGA s. Anm. 80 ff. und § 8 KStG Anm. 100 ff.

Einlagenrückgewähr (Abs. 1 Nr. 1 Satz 3): Die Rückgewähr von Einlagen soll auch im Rahmen der Nr. 9 nicht zu stpfl. Beteiligungserträgen führen (BTDrucks. 14/2683, 125). Daher sollen Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten, nicht als Einnahmen versteuert werden. Dementsprechend ist Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 im Rahmen des Abs. 1 Nr. 9 entsprechend anzuwenden. Im stl. Einlagekonto nach § 27 KStG werden nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen erfasst. Die Rückzahlung von Einlagen kann regelmäßig steuerneutral erfolgen (s. dazu Anm. 100 ff.). Um feststellen zu können, ob die gewährten Leistungen aus dem stl. Einlagekonto gespeist wurden, haben die Körperschaften und Personenvereinigungen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG gem. § 27 Abs. 7 KStG ein stl. Einlagekonto zu führen (zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 145 ff.). Einlagen, die unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens zugeführt wurden, sind uE wie bei BgA in den Anfangsbestand des stl. Einlagekontos aufzunehmen, so dass sie auch nach dem Systemwechsel steuerneutral zurückgezahlt werden können (glA FG Köln v. 14.1.2010, EFG 2010, 1066, rkr.; zur vergleichbaren Rechtslage bei BgA s. ausführl. Anm. 385).

Leistungen im Rahmen einer Auflösung (Abs. 1 Nr. 2): Da die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 2 im Rahmen des Abs. 1 Nr. 9 entsprechend anzuwenden ist, gehören auch Leistungen zu den stpfl. Einnahmen, die nach der Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung anfallen und nicht aus der Rückzahlung von Nennkapital oder von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG stammen. Zu Einzelheiten s. Anm. 120 ff.

Einstweilen frei.

349

C. Einnahmen aus Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. a)

I. Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 1

1. Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art

350

Die Vorschrift erfasst Leistungen von BgA von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Der Leistungsbegriff entspricht dem der Nr. 9, so dass zur Erläuterung auf Anm. 341 verwiesen wird. Auch im Anwendungsbereich der Nr. 10 Buchst. a wird der weite Leistungsbegriff durch die wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 eingeschränkt. Darüber hinaus gehören Vermögenstransfers, die aus dem stl. Einlagekonto nach § 27 KStG gespeist werden, nicht zu den erfassten Leistungen (s. Anm. 355).

2. Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen im Sinne des Abs. 1 Nr. 1

351

Die Leistung des BgA muss beim Empfänger zu Einnahmen führen, die mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sind. Es werden sowohl offene Gewinnausschüttungen als auch vGA erfasst. Auch BgA können ihrer Trägerkörperschaft vGA gewähren (s. § 8 KStG Anm. 320; zur Besonderheit von Dauerverlustgeschäften als vGA s. § 8 Abs. 7 KStG und Anm. 361). Bei BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit gehören Ausschüttungen

an Gewährsträger wie Gemeinden und Gemeindeverbände zu den Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. a (KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 63).

Zur näheren Erläuterung kann im Übrigen auf Anm. 342 verwiesen werden.

352 3. Betrieb gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit

Betrieb gewerblicher Art: Die Leistung muss von einem BgA iSd. § 4 KStG stammen. Zum Begriff des BgA s. § 4 KStG Anm. 20 ff. Empfänger einer Leistung können nur juristische Personen des öffentlichen Rechts sein, weil nur diese einen BgA unterhalten können. Der BgA darf nicht von der KSt. befreit sein. Ausländ. BgA werden von der Vorschrift nicht erfasst (LBP/SCHLOTTER, § 20 Rn. 803).

Eigene Rechtspersönlichkeit: Der BgA muss mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet sein. Dazu reicht eine Teilrechtsfähigkeit, wie sie bei öffentlich-rechtl. Sondervermögen zulässig ist, nicht aus (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315f).

Beispiele: Zu den BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit gehören insbes. als Anstalten des öffentlichen Rechts organisierte Sparkassen, Landesbanken und Versicherungen sowie Versorgungs-, Verkehrs- und Hafengebiete iSd. § 4 Abs. 3 KStG.

353 4. Rechtsfolge

Mit den Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. a unterliegt die juristische Person des öffentlichen Rechts der beschränkten StPflcht nach § 2 Nr. 2 KStG. Die Besteuerung beschränkt sich idR auf die Vornahme des KapErtrStAbzugs iHv. 15% gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7b iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 1). Der KapErtrStAbzug hat gem. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltende Wirkung.

354 Einstweilen frei.

355 II. Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2

Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung und Leistungen im Rahmen einer Auflösung: Um eine umfassende Gleichbehandlung der Leistungen eines BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit mit regulären Beteiligungserträgen gem. Abs. 1 Nr. 1 zu gewährleisten, ordnet Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2 ausdrücklich an, dass die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2 entsprechend anzuwenden sind. Somit gehören vGA gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und Leistungen im Rahmen der Auflösung eines BgA iSd. Abs. 1 Nr. 2 zu den Einnahmen der Trägerkörperschaft. Wegen der Einzelheiten kann auf Anm. 348 verwiesen werden.

Einlagenrückgewähr nach § 27 KStG: Die Rückgewähr von Einlagen soll auch im Rahmen der Nr. 10 Buchst. a nicht zu stpfl. Beteiligungserträgen führen (BTDrucks. 14/2683, 125). Daher ist Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 bei BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit entsprechend anzuwenden. Leistungen eines BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit, für die Beträge aus dem st. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten (Einlagenrückgewähr), führen nicht zu stpfl. Kapitalerträgen iSd. Buchst. a (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 8 und 13). Um ermitteln zu können, ob Leistungen als Einlagenrückgewähr zu qualifizieren sind, haben auch BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit nach § 27 Abs. 7 KStG ein stl. Einlagekonto führen (s. § 27 KStG Anm. 145).

► *Behandlung von Alleinlagen und Altgewinnen:* Einlagen und Gewinne aus der Zeit des KStAnrechnungsverfahrens können uE ebenfalls stneural ausgekehrt werden, um eine systemwidrige doppelte Besteuerung zu vermeiden. Zu diesem Zweck sind sie in den Anfangsbestand des stl. Einlagekontos einzustellen (glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 8 und 13 und BMF v. 4.6.2003, BStBl. I 2003, 366; s. ausführl. Anm. 385 und § 27 KStG Anm. 151 ff.; kritisch SEMMLER/ZIMMERMANN, DB 2005, 2153 [2155]).

Einstweilen frei.

356–359

D. Nicht den Rücklagen zugeführte Gewinne und verdeckte Gewinnausschüttungen eines Betriebs gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. b)

I. Einkünfte aus Kapitalvermögen (Satz 1)

1. Nicht den Rücklagen zugeführter Gewinn als Einnahmen

360

Ausschüttungsfiktion: Bei BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit wird der Trägerkörperschaft der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn als Einkünfte aus Kapitalvermögen zugerechnet. Es ist für die Zurechnung der Einnahmen an die hinter dem BgA stehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts unerheblich, ob der Gewinn tatsächlich der Trägerkörperschaft zugeflossen ist oder für außerbetriebliche Zwecke verwendet wurde (BFH v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841; v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Die Vorschrift statuiert vielmehr eine Ausschüttungsfiktion (SCHIFFERS, DStZ 2010, 378 [384]; BOTT, DStZ 2009, 710 [712]; KESSLER/FRITZ/GASTL, BB 2002, 1512; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 64), weil ein BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit mangels rechtl. Eigenständigkeit tatsächlich keine Ausschüttungen an die Trägerkörperschaft vornehmen kann (BTDrucks. 14/2683, 114). Ein tatsächlicher Vermögenstransfer auf die Trägerkörperschaft löst daher keine Steuerfolgen iSd. Nr. 10 Buchst. b aus (Hess. FG v. 7.10.2009, EFG 2010, 1319, nrkr., Rev. Az BFH I R 108/09; DJPW/KRÄMER, § 4 KStG Rn. 296).

Damit kommt es für die stl. Erfassung der Kapitaleinkünfte bei der Trägerkörperschaft nicht darauf an, ob der Gewinn des BgA tatsächlich für den hoheitlichen Bereich der Trägerkörperschaft oder in anderer Form durch die Trägerkörperschaft für Zwecke außerhalb des BgA verwendet wurde. Denn der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn gilt aufgrund der Ausschüttungsfiktion auch ohne tatsächlichen Vermögenstransfer bei der Trägerkörperschaft als zugeflossen. Für die zeitliche Erfassung der Kapitaleinkünfte bei der Trägerkörperschaft geht der BFH davon aus, dass der Gewinn des BgA und die Kapitalerträge der Trägerkörperschaft zeitgleich vereinnahmt werden, weil BgA und Trägerkörperschaft rechtl. identisch sind (BFH v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841; DJPW/KRÄMER, § 4 KStG Rn. 335; aA BMF v. 9.8.2005, DB 2005, 1935; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [403]; Zeitpunkt der Bilanzerstellung). Eine andere zeitliche Erfassung hätte eine abweichende gesetzliche Regelung vorausgesetzt, an der es aber fehlt. Eine solche abweichende gesetzliche Regelung ist auch nicht in § 44 Abs. 6 Satz 2 zu sehen, nach dem die KapErtrSt. mit der Bilanzerstellung entsteht. Diese Regelung hat nur für die KapErtrSt., nicht jedoch für die zeitliche Erfassung der Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b bei der Trägerkör-

perschaft Bedeutung (BFH v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841; glA KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 5).

Die Regelung verfolgt den Zweck, die Trägerkörperschaft mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung aus rechtl. unselbständigen BgA derselben StBelastung wie andere StSubjekte auszusetzen (BTDrucks. 14/2683, 114; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573; KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 13).

Gewinn: Der Gewinn iSd. Nr. 10 Buchst. b ist nach handelsrechtl. Grundsätzen zu ermitteln, weil derjenige Betrag ermittelt werden soll, der durch die hinter dem BgA stehende Trägerkörperschaft verwendet werden kann. Das verwendungsfähige Ergebnis des BgA wird mit der Gewinnausschüttung einer Körperschaft gleichgestellt (Bott, DStZ 2009, 710 [719]). Dies ist regelmäßig der Jahresüberschuss nach § 275 HGB (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 22; Hess. FG v. 7.10.2009, EFG 2010, 1319, nrkr., Rev. Az. BFH I R 108/09; ORTH, DB 2007, 419 [423]; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [401]; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315h; KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 13). Die FinVerw. stellt auf den Gewinn nach § 4 Abs. 1 EStG ab, wenn nur eine StBil. erstellt wurde (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 22).

► *Einschränkende Auslegung:* Der Begriff des Gewinns ist unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck, den Gewinn zu erfassen, den die Trägerkörperschaft verwenden kann, einschränkend auszulegen. Der Gewinn ist uE um die nicht abziehbaren BA und die KSt. zu kürzen (glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 20 Rn. 142; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 64; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315i; KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 13). Die nicht abziehbaren BA und die KSt. stehen der Trägerkörperschaft nicht zur Verfügung, so dass eine Nachbelastung auf der Ebene der Trägerkörperschaft nicht gerechtfertigt ist.

► *Auffassung der Finanzverwaltung:* Dagegen will die FinVerw. den als Kapitaleinkünfte zuzurechnenden Gewinn nicht um nicht abziehbare BA kürzen (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 23).

Berücksichtigung von Verlustvorträgen: Verlustvorträge mindern den Gewinn iSd. Nr. 10 Buchst. b, weil ein verwendungsfähiger Gewinn erst nach einer Verrechnung mit Verlusten aus Vorjahren der Trägerkörperschaft zur Verfügung stehen kann (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 23; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573; DJPW/KRÄMER, § 4 KStG Rn. 297; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 20 Rn. 142; KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 13; KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 64).

► *Verluste bei Eigen- und Regiebetrieben:* Allerdings macht der BFH für Regiebetriebe eine Ausnahme, so dass Verlustvorträge die Einkünfte iSd. Nr. 10 Buchst. b nicht mindern. Regiebetriebe sind rechtl. unselbständige Einheiten der Trägerkörperschaft, die finanzwirtschaftlich kein Sondervermögen der Gemeinde darstellen. Daher sind Verluste unmittelbar aus dem Haushalt der Trägerkörperschaft zu begleichen, so dass ein Verlustvortrag nicht vorliegen kann (BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Der Verlustausgleich führt zu Einlagen der Trägerkörperschaft, die dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG zuzuschreiben sind. Dagegen ist ein Verlustvortrag bei Eigenbetrieben einkünfte-mindernd zu berücksichtigen, weil Eigenbetriebe finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde geführt werden (BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Verluste aus Eigenbetrieben und aus Regiebetrieben werden somit im Rahmen der Nr. 10 Buchst. b unterschiedlich behandelt.

► *Gewinne aus der Zeit des Körperschaftsteueranrechnungsverfahrens:* Gewinne, die bereits unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens erwirtschaftet wurden,

gehören dagegen nicht zu den stpfl. Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b, weil sie bereits voll besteuert sind und eine Nachbelastung zu einer systemwidrigen Mehrfachbesteuerung führen würde (glA BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315j; s. ausführl. Anm. 385).

Nicht den Rücklagen zugeführt: Der Gewinn gehört nur zu den Kapitaleinkünften der Trägerkörperschaft, soweit er nicht den Rücklagen des BgA zugeführt wurde. Nach Auffassung der FinVerw. dürfen BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit Teile ihres Gewinns einer Rücklage zuführen. Eine Rücklagenbildung wird anerkannt, wenn die Zwecke des BgA ohne die Rücklagenbildung nachhaltig nicht erfüllt werden können (BMF v. 8.8.2005, BStBl. I 2005, 831 Tz. 23) Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Mittel für bestimmte Investitionsvorhaben, für deren Durchführung bereits konkrete Zielvorstellungen existieren, zurückgelegt werden (zu Einzelheiten s. § 4 KStG Anm. 127). Nach aA soll jeder stehengelassene Gewinn, unabhängig davon, ob er ausdrücklich als Rücklage ausgewiesen, als Gewinnvortrag bezeichnet oder unter einer anderen Position des Eigenkapitals geführt wird, als Zuführung zu den Rücklagen behandelt werden (Hess. FG v. 7.10.2009, EFG 2010, 1319, nrkr., Rev. Az. BFH I R 108/09). Auch dieser Gewinn stehe der Trägerkörperschaft nicht zur Verfügung, so dass eine Besteuerung aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit nicht notwendig sei.

Zur Zulässigkeit einer Rücklagenbildung bei Eigenbetrieben einerseits und Regiebetrieben andererseits s. ausführlich SCHIFFERS, DStZ 2010, 378 ff.; SCHIFFERS, BB 2003, 398 (401 f.); BOTT, DStZ 2009, 710 (723).

Erfassung erst bei Auflösung der Rücklage: Soweit der Gewinn zulässigerweise in eine Rücklage eingestellt wird, steht dieser nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht für Zwecke der Trägerkörperschaft zur Verfügung, so dass eine Nachbelastung dieser „thesaurierten“ Gewinnanteile nicht sachgerecht ist (BTDrucks. 14/2683, 114). Erst bei Auflösung von Rücklagen für außerhalb des BgA liegende Zwecke werden diese Beträge nach Nr. 10 Buchst. b Satz 2 als Kapitaleinkünfte der Trägerkörperschaft behandelt (zu Einzelheiten s. Anm. 370).

2. Verdeckte Gewinnausschüttungen als Kapitalertrag im Sinne der Nr. 10 Buchst. b

361

Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 10 Buchst. b gehören auch vGA, die der Trägerkörperschaft zugewendet werden. Auch bei BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit kann es zu vGA kommen, obwohl der BgA rechtl. ein unselbständiger Teil der Trägerkörperschaft ist. Dennoch sind die Vermögenssphären des BgA und der Trägerkörperschaft stl. nach den Grundsätzen abzugrenzen, die für Leistungen zwischen einer KapGes. und ihrem Gesellschafter gelten (BFH v. 25.1.2005 – I R 8/04, BStBl. II 2006, 190). Dabei wird der BgA fiktiv als KapGes. und die Trägerkörperschaft als Alleingesellschafter angesehen (BFH v. 9.7.2003 – I R 48/02, BStBl. II 2004, 425; s. auch § 4 KStG Anm. 100). Erfüllt eine Leistung des BgA die Voraussetzungen einer vGA, handelt es sich gleichzeitig um einen Kapitalertrag der Trägerkörperschaft iSd. Nr. 10 Buchst. b.

Zum Begriff der vGA bei BgA s. ausführl. § 4 KStG Anm. 116 und § 8 KStG Anm. 319 ff. Zur Behandlung dauerdefizitärer Einrichtungen als vGA s. BFH v. 22.8.2007 – I R 32/06, BStBl. II 2007, 961, und zur Änderung der Rechtslage durch das JStG 2009 s. § 8 KStG Anm. J 08-8 ff.

362 **3. Betrieb gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit**

Betrieb gewerblicher Art: Die Leistung muss von einem BgA iSd. § 4 KStG stammen. Zum Begriff des BgA s. § 4 KStG Anm. 20 ff. Empfänger einer Leistung können nur juristische Personen des öffentlichen Rechts sein, weil nur diese einen BgA unterhalten können.

Ohne eigene Rechtspersönlichkeit: Die Vorschrift erfasst nur BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Diese BgA stellen rechtl. einen unselbständigen Teil der juristischen Person des öffentlichen Rechts dar. Dennoch werden der BgA und die Trägerkörperschaft für stl. Zwecke fiktiv als jeweils selbständige Rechtssubjekte ähnlich einer KapGes. und deren Anteilseigner behandelt (BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573).

Nicht von der Körperschaftsteuer befreit: Betroffen sind nur Trägerkörperschaften, die einen nicht von der KSt. befreiten BgA iSd. § 4 KStG unterhalten. Nur bei stpfl. BgA ist systematisch eine Nachbelastung des von dem Betrieb erwirtschafteten Gewinns notwendig.

363 **4. Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich oder Überschreiten von Umsatz- oder Gewinngrenze**

Der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn eines BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit führt nur zu Kapitaleinkünften der Trägerkörperschaft, wenn der Gewinn durch BV-Vergleich ermittelt wird oder die in Nr. 10 Buchst. b Satz 1 näher definierten Umsatz- oder Gewinngrenzen überschritten werden. Dabei wäre es systematisch eigentlich geboten, auch den Gewinn eines BgA, bei dem die entsprechenden Umsatz- und Gewinngrenzen nicht überschritten sind, einer Nachbelastung nach Nr. 10 Buchst. b zuzuführen.

Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich: Die Erfassung des nicht einer Rücklage zugeführten Gewinns eines BgA als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach Nr. 10 Buchst. b setzt voraus, dass der BgA seinen Gewinn durch BV-Vergleich ermittelt. Es ist unerheblich, ob der BgA den Gewinn aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung (§ 5 Abs. 1 iVm. §§ 140, 141 AO; § 238 HGB; EigenbetriebsVO) oder freiwillig durch BV-Vergleich ermittelt (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 16). Wird der Gewinn durch BV-Vergleich ermittelt, ist der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn unabhängig von Umsatz- und Gewinngrenzen als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erfassen.

► *Verstoß gegen gesetzliche Buchführungspflicht:* Erfolgt die Gewinnermittlung trotz bestehender gesetzlicher Verpflichtung tatsächlich nicht durch BV-Vergleich, führt der (ggf. zu schätzende) Gewinn zu Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 1. Zwar besteht eine StPflcht nach dem Wortlaut der Vorschrift nur, wenn der BgA den Gewinn tatsächlich durch BV-Vergleich „ermittelt“, so dass allein eine gesetzliche Verpflichtung nicht ausreichen würde. Jedoch ist die Vorschrift uE dahingehend auszulegen, dass eine gesetzliche Pflicht zur Gewinnermittlung durch BV-Vergleich ausreichend ist (im Erg. glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 16).

Umsatz- und Gewinngrenze: Ermittelt ein BgA seinen Gewinn nicht durch BV-Vergleich, gehört der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn nur zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die Umsätze des BgA mehr als 350000 € im Kj. oder der Gewinn mehr als 30000 € im Wj. beträgt. Bei der Ermittlung der Umsatzgrenze sind auch stfreie Umsätze mit Ausnahme der Umsätze nach § 4 Nr. 8–10 UStG zu berücksichtigen. Betroffen von der Regelung sind insbes. BgA, die nach landesrechtl. Vorschriften von gesetzlichen Buchfüh-

rungspflichtigen befreit sind (BTDrucks. 14/7344, 17; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [401]). Nach den allgemein für BgA geltenden Grundsätzen ist grundsätzlich für jeden einzelnen BgA die Umsatz- und Gewinngrenze zu ermitteln (KSM/WASSERMEYER, § 20 Rn. JB 10). Eine Zusammenrechnung verschiedener BgA einer öffentlich-rechtl. Körperschaft erfolgt nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 4 Abs. 6 KStG (zu Einzelheiten s. § 4 KStG Anm. 80 ff.). Die Höhe der Umsatz- und Gewinngrenze orientierte sich in der ursprünglichen Gesetzesfassung an den Buchführungsgrenzen des § 141 AO. Nachdem die Buchführungsgrenzen des § 141 AO auf einen Umsatz von 500000 € bzw. einen Gewinn von 50000 € angehoben wurden, hat der Gesetzgeber ohne nähere Begründung auf eine entsprechende Anpassung der Umsatz- und Gewinngrenze der Nr. 10 Buchst. b allerdings verzichtet (KIRCHHOF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 64).

5. Gewinn nach § 22 Abs. 4 UmwStG

364

Anteilsveräußerung durch juristische Person des öffentlichen Rechts (§ 22 Abs. 4 Nr. 1 UmwStG): Die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes., die der Stpfl. anlässlich einer Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 UmwStG erhalten hatte, kann gem. § 22 Abs. 1 UmwStG zu einem stpfl. Veräußerungsgewinn gem. § 16 EStG führen. Nach der Reform des Umwandlungssteuerrechts durch das SEStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4) ist die Veräußerung von im Rahmen einer Einbringung erhaltenen Anteilen nach § 22 Abs. 1 UmwStG nur noch innerhalb eines Zeitraums von sieben Jahren nach dem Einbringungszeitpunkt stpfl. Der Gewinn ist rückwirkend im Wj. der Einbringung zu erfassen. Erfolgt die Anteilsveräußerung durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts, gilt der Gewinn nach § 22 Abs. 4 Nr. 1 UmwStG als in einem BgA entstanden. Dieser Gewinn iSd. § 22 Abs. 4 UmwStG führt nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 Halbs. 2 zu einem stpfl. Kapitalertrag der Trägerkörperschaft.

Anteilsveräußerung durch steuerbefreite Körperschaft (§ 22 Abs. 4 Nr. 2 UmwStG): Erfolgt die Veräußerung solcher Anteile durch eine stbefreite Körperschaft, gilt der Gewinn nach § 22 Abs. 4 Nr. 2 UmwStG als in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb als entstanden. Nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 Halbs. 2 iVm. Satz 4 führt dies zu einem stpfl. Kapitalertrag der stbefreiten Körperschaft. Zur stl. Erfassung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben s. Anm. 380.

6. Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nach § 21 Abs. 3 UmwStG aF

365

Die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 3 UmwStG aF konnte nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 Halbs. 2 in der bis 2006 geltenden Fassung zu einem Kapitalertrag für die Trägerkörperschaft führen.

Einbringungsgeborene Anteile nach § 21 UmwStG aF: Das Umwandlungssteuerrecht hat durch das SEStEG v. 7.12.2006 teilweise eine konzeptionelle Neuausrichtung erfahren. Vor der Reform des Umwandlungssteuerrechts stellten Anteile an KapGes., die der Stpfl. im Rahmen einer Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils erhielt, einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF dar. Die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile galt nach § 21 Abs. 3 UmwStG aF als Veräußerungsgewinn iSd. § 16 EStG. Das Besteuerungskonzept für einbringungsgeborene Anteile wurde durch das SEStEG v. 7.12.2006 aufgegeben. Dementsprechend wurde auch die Regelung der Nr. 10 Buchst. b an das neue UmwStG angepasst (s. Anm. 364).

Veräußerung einbringungsgeborener Anteile im Rahmen der Nr. 10 Buchst. b aF: Der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 3 UmwStG aF führte zu einem Kapitalertrag gem. Nr. 10 Buchst. b. Der Gewinn galt als in einem BgA erzielt. Der Gewinn wurde unabhängig davon erfasst, ob eine Gewinnermittlung durch BV-Vergleich vorgenommen oder die Umsatz- und Gewinnmenge der Nr. 10 Buchst. b Satz 1 überschritten wurde (SCHIFFERS, BB 2003, 398 [401]). Dabei wurde nicht nur ein Gewinn aufgrund einer Veräußerung, sondern auch ein solcher aufgrund der Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG aF erfasst (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 28; ORTH, DB 2007, 419 [424]; KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. JB 15)

Fortgeltung der alten Rechtslage: Diese Rechtslage gilt nach § 52 Abs. 37a Satz 5 auch in der Zukunft fort. Denn auf einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF, die aus einer Einbringung vor dem 12.12.2006 hervorgegangen sind, finden die Regelungen der Nr. 10 Buchst. b in der am 12.12.2006 geltenden Fassung auf Dauer weiter Anwendung. Der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile führt daher auch nach dem 31.12.2006 bei der Trägerkörperschaft zu Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 10 Buchst. b.

366 7. Rechtsfolge

Mit den Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. b unterliegt die Trägerkörperschaft der beschränkten StPflcht gem. § 2 Nr. 2 KStG. Die Besteuerung beschränkt sich auf die Vornahme des KapErtrStAbzugs iHv. 15% gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7c iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. JB 1). Der KapErtrStAbzug hat gem. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltende Wirkung.

367–369 Einstweilen frei.

II. Auflösung von Rücklagen (Satz 2)

370 1. Auflösung von Rücklagen zu betriebsfremden Zwecken

Die Auflösung von Rücklagen für Zwecke außerhalb des BgA führt zu stpfl. Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b. Eine Verwendung für außerbetriebliche Zwecke liegt vor, wenn die Rücklagen für den hoheitlichen Bereich, aber auch wenn sie für einen anderen BgA derselben Trägerkörperschaft verwendet werden (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 26). Die in die Rücklagen eingestellten Gewinne wurden nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 zunächst nicht auf der Ebene der Trägerkörperschaft besteuert, weil sie im Bereich des BgA verblieben sind (s. Anm. 360). Eine Nachbelastung iSd. Nr. 10 Buchst. b hat daher zu erfolgen, wenn die Rücklagen den Bereich des BgA verlassen, indem sie von der Trägerkörperschaft nicht für Zwecke des BgA verwendet werden (KIRCHHOFF/v. BECKERATH IX. § 20 Rn. 65). Insoweit ist die Auflösung der Rücklagen mit einer Gewinnausschüttung vergleichbar. Nr. 10 Buchst. b Satz 2 sorgt somit für eine lückenlose Nachbelastung der von einem BgA erzielten Gewinne (Hess. FG v. 7.10.2009, EFG 2010, 1319, nrkr., Rev. Az. BFH I R 108/09).

Auflösung von Rücklagen aus Altgewinnen: Dagegen führt die Auflösung von Gewinnrücklagen, die noch unter der Geltung des Anrechnungsverfahrens gebildet wurden, nicht zu Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b., weil diese bereits mit 40% KSt. belastet sind, so dass eine Nachbelastung nicht gerechtfertigt ist.

BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 25; DJPW/KRÄMER, § 4 KStG Rn. 317; SCHIFFERS, BB 2003, 398 (403); BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315j; s. ausführl. Anm. 385.

2. Einbringung nach dem UmwStG

371

Die Rücklagen gelten als aufgelöst und führen zu Kapitaleinkünften iSd. Nr. 10 Buchst. b, wenn der BgA nach §§ 20 ff. UmwStG in eine KapGes. eingebracht oder nach § 25 UmwStG durch Formwechsel in eine KapGes. umgewandelt wird. Die Rücklagen stehen nach der Umwandlung nur noch der KapGes. und nicht mehr einem BgA zur Verfügung, so dass im Zeitpunkt der Umwandlung eine Nachbelastung der Beträge, die bisher zulässigerweise in eine Rücklage eingestellt wurden, notwendig wird (ORTH, DB 2007, 419 [423]). Die Einbringung wird somit der Verwendung der Rücklagen für Zwecke außerhalb des BgA gleichgestellt.

Einstweilen frei.

372–374

III. Werbesendungen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (Satz 3)

375

Nr. 10 Buchst. b Satz 3 schafft eine Sonderregelung für die Veranstaltung von Werbesendungen durch inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten. Als Gewinn, der der Trägerkörperschaft als Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 1 zugerechnet wird, gelten danach lediglich 75% des Einkommens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG. § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG enthält wiederum eine pauschalierende Sonderregelung für die Ermittlung des Einkommens aus dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen durch inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten. Der Gesetzgeber wollte damit die Nachbelastung des Einkommens dieser BgA durch Erhebung von KapErtrSt. sicherstellen (BTDrucks. 14/7780, 4).

Inländische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten: Zu den inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten gehören die Anstalten der ARD sowie das ZDF. Sie unterhalten mit der Veranstaltung von Werbesendungen einen BgA iSd. § 4 KStG (FG München v. 2.12.1969, EFG 1970, 189, rkr.).

Höhe der Einnahmen: Die den öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten zuzurechnenden Einnahmen betragen 75% des Einkommens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG. § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG bestimmt, dass das Einkommen des BgA aus dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen in pauschalierter Form ermittelt wird. Danach beträgt das Einkommen aus dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen durch inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten 16% der Entgelte aus Werbesendungen (zu Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 25). Die Ermittlung der Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Nr. 10 Buchst. b Satz 3 schließt aufgrund des Verweises auf § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG unmittelbar an diese Sonderregelung über die Ermittlung des Einkommens an. Daher können weder Einkommensteile des BgA einnahmenmindernd in eine Rücklage eingestellt (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 30) noch können Verluste aus anderen BgA, die die öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalt ggf. unterhält, bei der Ermittlung der Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 3 berücksichtigt werden.

Gewinn im Sinne des Satzes 1: Das um 25% geminderte Einkommen nach § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG gilt als Gewinn iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 1, so dass dieser Betrag der öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalt als Einnahmen aus Kapitalver-

mögen zuzurechnen ist. Die Einnahmen werden gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7c einem 15%igen KapErtrStAbzug unterworfen, der abgeltende Wirkung hat.

376–379 Einstweilen frei.

380 IV. Behandlung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben (Satz 4)

Entsprechende Anwendung: Die für BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit geltenden Grundsätze sind nach Nr. 10 Buchst. b Satz 4 auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe (§ 14 AO) von stbefreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen entsprechend anzuwenden. Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe stbefreiter Körperschaften befinden sich mit einem BgA insoweit in einer vergleichbaren Situation, als eine Nachbelastung des niedrig besteuerten Gewinns nach Einführung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit zu gewährleisten ist. Die StPflcht wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe von stbefreiten Körperschaften ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Nr. 5, 7, 9, 19 und 22 KStG.

Zum Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs s. § 5 Anm. 220 ff.

Rechtsfolge: Gewinne eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs führen zu Kapitaleinkünften der dahinter stehenden stbefreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse. Die Einnahmen werden gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7c einem 15%igen KapErtrStAbzug unterworfen, der abgeltende Wirkung hat (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG).

381–384 Einstweilen frei.

385 V. Einlagenrückgewähr aus dem steuerlichen Einlagekonto nach § 27 KStG (Satz 5)

Einlagenrückgewähr: Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten, sollen von der Trägerkörperschaft – wie bei regulären Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 Nr. 1 – nicht als Einnahmen versteuert werden. Die Rückzahlung von Einlagen kann auch bei anderen kstpfl. StSubjekten regelmäßig stneutral erfolgen (s. dazu Anm. 100 ff.). Die Besteuerung von BgA soll insoweit gleichgestellt werden. Daher ist Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 im Rahmen der Nr. 10 Buchst. b entsprechend anzuwenden. Im Einlagekonto nach § 27 KStG werden nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen erfasst. Um feststellen zu können, ob Beträge aus dem Einlagekonto verwendet wurden, haben auch BgA nach § 27 Abs. 7 KStG ein stl. Einlagekonto zu führen. Zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 145 ff.

Gewinnrücklagen und Einlagen aus der Zeit des Körperschaftsteueranrechnungsverfahrens: Gewinnrücklagen und Einlagen, die bereits unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens gebildet bzw. zugeführt wurden, gehören nicht zu den stpfl. Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b, weil eine Nachbelastung zu einer systemwidrigen Besteuerung führen würde (glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 25; DJPW/KRÄMER, § 4 KStG Rn. 317; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [403]; BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 315j). Die aus Altgewinnen gebildeten Rücklagen sind bereits mit einer KSt. von 40% belastet, so dass eine erneute Besteuerung auf der Ebene der Trägerkörperschaft eine Überbesteuerung bewirken würde. Auch eine Nachbelastung von Alteinlagen, die noch vor-

handen sind, ist nicht sachgerecht, weil die Rückgewähr von Einlagen vor und nach dem Systemwechsel keine stpfl. Kapitalerträge auslösen soll (BTDrucks. 14/2683, 114).

Anfangsbestand des Einlagekontos: Diese Altgewinne und Alteinlagen sind in den Anfangsbestand des Einlagekontos aufzunehmen, um eine stneutrale Behandlung sicherzustellen (glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 Tz. 25; Hess. FG v. 7.10.2009, EFG 2010, 1319, nrkr., Rev. Az. BFH I R 108/09; s. auch § 27 KStG Anm. 151 ff.; kritisch SEMMLER/ZIMMERMANN, DB 2005, 2153 [2155]). Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, wie der Anfangsbestand des Einlagekontos bei BgA zu ermitteln ist, so dass der Anfangsbestand grds. mit 0 DM anzusetzen wäre (BFH v. 21.8.2007 – I R 78/06, BStBl. II 2008, 317; v. 9.4.2008 – I R 68-70/06, GmbHR 2008, 1111). Jedoch ist es uE zur Vermeidung einer systemwidrigen Besteuerung von Altgewinnen und Altrücklagen geboten, diese auch ohne ausdrückliche Regelung in den Anfangsbestand des Einlagekontos aufzunehmen (s. ausführl. § 27 KStG Anm. 151 ff.).

► *Alteinlagen zum Ausgleich von Verlusten:* Einlagen, die unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens von der Trägerkörperschaft dem BgA zum Ausgleich von Verlusten zugeführt wurden, sind dagegen nicht in den Anfangsbestand des Einlagekontos aufzunehmen (BFH v. 21.8.2007 – I R 78/06, BStBl. II 2008, 317; v. 9.4.2008 – I R 68-70/06, GmbHR 2008, 1111; BORT, DSStZ 2009, 710 [712]).

Einstweilen frei.

386–399

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 11:
Einnahmen aus Stillhaltergeschäften**

A. Sachlicher Umfang der Kapitalerträge

400

Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören seit der Umstellung der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte auf das System der abgeltenden KapErtrSt. zum 1.1.2009 auch die Stillhalterprämien, also das Entgelt, das ein Stpfl. für die Einräumung einer Kauf- oder Verkaufsoption erhält, sofern das Optionsgeschäft nach dem 31.12.2008 eingegangen wurde. Wird ein Optionsgeschäft an der Terminbörse (EUREX) durch Abschluss eines Gegengeschäfts glattgestellt (Schuldaufhebungs- und Verrechnungsabrede), ist nach Nr. 11 lt. Halbs. die für das Glattstellungsgeschäft gezahlte Prämie von der empfangenen Stillhalterprämie abzuziehen. Nur die positive Differenz ist als Einnahme aus Kapitalver-

[Anschluss S. E 173]

mögen anzusetzen. Diese Regelung entspricht der jüngeren Rspr. des BFH, die mit der hM die Stillhalterprämie bisher als sonstige Leistung iSd. § 22 Nr. 3 eingeordnet hatte, sofern es sich nicht um ein Geschäft im betrieblichen Bereich gehandelt hat (BFH v. 28.11.1984 – I R 290/81, BStBl. II 1985, 264; v. 28.11.1990 – IX R 197/87, BStBl. II 1990, 300; v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 17.4.2007 – IX R 23/06, DStR 2007, 1076, u. v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075; BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 986; Nds. FG v. 8.8.2006, DStZ 2007, 12, mit Bespr. HARENBERG, NWB F. 3 14534; bestätigt durch BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, vor Einführung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF); zur Systemwidrigkeit der Nr. 11 im Rahmen des § 20 s. Anm. 401 aE.

B. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 11

401

Einräumung einer Option: Bei einem Optionsgeschäft räumt der Stillhalter (Optionsgeber) dem Käufer der Option (Optionsnehmer) das Recht ein, zu einem späteren Zeitpunkt ein Geschäft über ein Wirtschaftsgut, zB den Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers, zu vorab festgelegten Konditionen abzuschließen (bedingtes Termingeschäft). Im Gegensatz zum echten Termingeschäft geht der Optionsnehmer jedoch keine Verpflichtung zum Erwerb des Optionsguts ein. Die Übertragung des Optionsguts erfolgt erst bei Ausübung der Option in einem zweiten Akt. Im Gegensatz dazu gehen beim Festgeschäft beide Vertragsparteien bereits bei Abschluss des Geschäfts die feste Verpflichtung ein, zu einem späteren Zeitpunkt das Wirtschaftsgut zum vereinbarten Preis zu liefern und abzunehmen (unbedingtes Termingeschäft).

Entgelt aus dem Optionsgeschäfte: Mit einem Optionsgeschäft erwirbt der Käufer der Option (Optionsnehmer) vom Verkäufer der Option (Optionsgeber oder Stillhalter) gegen Bezahlung einer Optionsprämie das Recht, eine bestimmte Anzahl Basiswerte (zB Aktien) am Ende der Laufzeit oder jederzeit innerhalb der Laufzeit der Option (so möglich bei EUREX-Optionen) zum vereinbarten Basispreis entweder vom Verkäufer der Option zu kaufen (Kaufoption oder „call“) oder an ihn zu verkaufen (Verkaufsoption oder „put“). Diesem Recht des Optionskäufers steht die entsprechende Verpflichtung des Verkäufers der Option gegenüber, die Basiswerte zu liefern oder abzunehmen, wenn der Optionskäufer sein Optionsrecht ausübt. Für die Einräumung dieser Option erhält der Optionsgeber vom Optionsnehmer eine Prämie, die unabhängig von Schicksal der Option in seinem Vermögen verbleibt. Das Entgelt ist also unabhängig davon, ob die Option ausgeübt wird oder am Ende der Laufzeit verfällt. Wird das Optionsgut geliefert, stellen die Optionsprämien bei Optionsnehmer AK des Wirtschaftsguts dar. Die stl. Behandlung der Optionsprämie bei Nichtausübung der Option ist str., dazu HELIOS/PHILIPP, BB 2010, 95 (97); s. Anm. 476.

Auflösung der Option durch Glattstellung: Stbar ist nach Nr. 11 grds. die Bruttoeinnahme, also die vereinnahmte Prämie ohne Abzug von WK (§ 9 Satz 1), es sei denn der Optionsnehmer beendet das laufende Optionsgeschäft durch ein Glattstellungsgeschäft. In diesem Fall ist nach Nr. 11 lt. Halbs. nur der Saldo aus Prämieeinnahme abzgl. der Aufwendungen für das Glattstellungsgeschäft stbar. Die Aufwendungen für das Glattstellungsgeschäft stellen in diesem Fall abziehbar WK iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1 dar (BFH v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 995).

► *Glattstellung:* Glattstellungsgeschäfte sind ausschließlich an den organisierten Terminbörsen, wie der EUREX möglich. Bei einer Glattstellung, die rechtlich

eine Schuldauflösungs- und Verrechnungsabrede enthält, schließt der Stpfl. ein Gegengeschäft, zB der Inhaber einer Kauf- oder Verkaufsoption verkauft eine Option derselben Serie, aus der er zuvor gekauft hat, um sich von seinen Verpflichtungen aus seinem Ursprungsgeschäft (Basisgeschäft) zu lösen. Kennzeichnet er das Geschäft als Glattstellungs- oder Closing-Geschäft, bringt er damit Rechte und Pflichten aus beiden Geschäften zum Erlöschen. Umgekehrt kann sich auch der Optionsverkäufer (Stillhalter) vor Ablauf der Optionsfrist durch Kauf einer Option derselben Serie aus seiner Verpflichtung lösen. Nach der zutreffenden Rspr. des BFH ist zwischen Eröffnungs-, Basis- und Gegengeschäft (BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, BStBl. II 608; v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 752, u. v. 18.12.2002 – I R 17/02, BStBl. II 2004, 126) zu trennen (Trennungstheorie). Deshalb bilden die Prämie auslösende Einräumen einer Option und das nachfolgende Geschäft, die Glattstellung kein einheitliches Geschäft. Der Optionsgeber erhält die Prämie als Gegenleistung für eine wirtschaftlich und rechtlich selbständige Leistung, nämlich für seine vertraglich eingegangene Bindung und das damit verbundene Risiko, in Anspruch genommen zu werden. Er behält sie auch dann, wenn er aus der Option nicht in Anspruch genommen wird und ein Basisgeschäft nicht durchführen muss (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300); zur Abgrenzung der im Stillhalten liegenden stbaren Leistung von Einkünften aus Kapitalvermögen sowie von Einkünften aus Gewerbebetrieb nach dem bis zum VZ 2008 geltenden Regelungen s. insbes. BFH v. 7.9.2004 – IX R 73/00, BFH/NV 2005, 51.

► *Glattstellungsaufwendungen als Werbungskosten*: Die Abziehbarkeit der Glattstellungsaufwendungen beruht auf der zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 aF ergangenen Rspr. des BFH (BFH v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 995), nach der ein Stpfl., der seine erworbenen Optionsrechte innerhalb der früheren Spekulationsfrist glattstellte, in Höhe der Differenz zwischen der bei Abschluss des Eröffnungsgeschäfts gezahlten und der bei Abschluss des Gegengeschäfts vereinnahmten Optionsprämien den StTatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b aF verwirklichte (BMF v. 10.11.1994, BStBl. I 1994, 816, Tz. 15, u. v. 27.11.2001, BStBl. I 986, Tz. 26; dazu HARENBERG, FR 2002, 109 ff.; LOHR, DStR 2002, 1893; HAMACHER, WM 1995, 777). Dies galt unabhängig davon, welcher Basiswert den Gegenstand des Optionsgeschäfts bildete (BFH v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; PETER, FR 1998, 545; Blümich/GLENK, EStG/KStG/GewStG, § 23 EStG Rn. 95, mwN; PHILIPOWSKI, DStR 2004, 978).

► *Keine Folgerichtigkeit bei Anwendung des Bruttoprinzips*: Abs. 1 Nr. 11 stellt eine Ausnahme von dem seit VZ 2009 im Bereich der Kapitaleinkünfte geltenden Prinzip der Bruttobesteuerung dar und kehrt nur für diesen Bereich zum bislang geltenden objektiven Nettoprinzip zurück; zur verfassungsrechtl. Problematik der Bruttobesteuerung s. Anm. 7.

► *Negativer Saldo aus Stillhalterprämie und Glattstellungsaufwendungen*: Hat der Stpfl. für das Glattstellungsgeschäft höhere Aufwendungen als Einnahmen aus der Stillhalterprämie kommt es zu einem negativen Saldo. Dieser „Verlust“ stellt uE. einen WK-Überschuss (nicht negative Einnahmen), der stl. beachtlich ist und zur Verrechnung mit anderen positiven Kapitalerträgen zur Verfügung steht. Wenngleich in der Gesetzesbegründung (BRDrucks. 220/07, 87) nur von „verbleibenden Vermögenszuwachs“ die Rede ist, entspricht die Berücksichtigung des negativen Saldos der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dem in Abs. 1 Nr. 11 noch durchgeführten objektiven Nettoprinzip.

► *Isolierte Glattstellungsgeschäfte:* Glattstellungsgeschäfte iSd. Nr. 11 liegen uE nur vor, wenn der Stpfl. ausdrücklich in seinem Auftrag an die ausführende Bank zu erkennen gibt, dass es sich um ein Glattstellungsgeschäft handelt. Der Auftrag muss also mit dem sog. Closing-Vermerk versehen werden. Fehlt es an diesem Glattstellungsvermerk liegt kein Gegengeschäft iSd. Nr. 11 vor, auch wenn der Stpfl. – wirtschaftlich gesehen – ein Gegengeschäft zu einem bereits vorher eingegangenen Eröffnungsgeschäft abschließt.

Optionsgeschäfte außerhalb der Terminbörsen: Dem Wortlaut der Nr. 11 nach sind nur die Aufwendungen für (beendende) Glattstellungsgeschäfte stmindernd zu berücksichtigen. Glattstellungsgeschäfte, die das Optionsgeschäft (Eröffnungsgeschäft) beenden, können nur an den organisierten Terminbörsen (EUREX) eingegangen werden, an denen die unmittelbare Übertragung der Optionen an andere Marktteilnehmer ausgeschlossen ist. Aufwendungen für Deckungsgeschäfte außerhalb der Terminbörse (sog. einfache Glattstellung), also (Gegen-)Optionsgeschäfte, die das Eröffnungsgeschäft nur wirtschaftlich beenden, können uE nicht mindernd berücksichtigt (aA Haisch, DStZ 2007, 762), da die nach dem Wortlaut der Nr. 11 geforderte rechtliche Verknüpfung zwischen Eröffnungsgeschäft und Glattstellungsgeschäft fehlt. Eine sachliche Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung wirtschaftl. identischer Vorgänge ist jedoch nicht ersichtlich. Hier ist deshalb der Gesetzgeber aufgefordert, für eine Klarstellung zu sorgen.

Periodenüberschreitender Zu- und Abfluss: Nicht selten fallen Zufluss der Optionsprämie und Zahlung der Glattstellungsaufwendungen in zwei unterschiedliche VZ. Bei Beachtung des Zu- und Abflussprinzips aus § 11 ist die Stillhalterprämie im Jahr des Zuflusses (§ 11 Abs. 1) zu versteuern; die Glattstellungsaufwendungen sind im Jahr des Abflusses (§ 11 Abs. 2) als WK zu berücksichtigen. Die in einem Folgejahr entstandenen Glattstellungsaufwendungen rechtfertigen indes keine Korrektur des StBescheids aus § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO heraus, denn die Zahlung der Glattstellungskosten ist keine nachträglich bekannt gewordenen Tatsache iSd. Vorschrift. Eine Änderung des StBescheids wegen eines rückwirkenden Ereignisses gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO scheidet uE ebenfalls aus, da die Zahlung der Glattstellungsaufwendungen kein Ereignis mit stl. Rückwirkung auf das Jahr der Vereinnahmung der Stillhalterprämie ist (aA Haisch, DStZ 2007, 762).

Beispiel: A erhält 2009 für den Verkauf von Optionen (Eröffnungsgeschäft) eine Prämie über 1000 €. Diese Geschäft stellt er 2010 glatt (Glattstellungsgeschäft), wofür er 500 € an Optionsprämien zu zahlen hat. Eine Berücksichtigung der Glattstellungsaufwendungen im VZ 2009 ist nicht möglich, so dass der Stpfl. 2009 die Stillhalterprämie in voller Höhe zu versteuern hat. Die Aufwendungen im Jahr 2010 können nur von der das Optionsgeschäft abwickelnden Bank im Rahmen des Verrechnungstopfs nach § 43a Abs. 3 Satz 2 als „negative Einnahmen“ berücksichtigt, also mit anderen positiven Einnahmen aus Kapitalvermögen verrechnet oder auf das Folgejahr vorgetragen werden. Zudem hat der Stpfl. nach § 32d Abs. 4 die Möglichkeit, zur Berücksichtigung der Aufwendungen im Jahr 2010 eine Veranlagung (Wahlveranlagung zum Abgeltungstarif) zu beantragen.

Verrechnung von Altverlusten: Einnahmen aus Stillhaltergeschäften, die bisher von § 22 Nr. 3 EStG aF erfasst wurden, stellen bei Zufluss nach dem 31.12.2008 Einnahmen aus Kapitalvermögen da. Sofern die für Stillhaltergeschäfte die auf Einkünfte aus § 22 Nr. 3 EStG begrenzte Verlustverrechnung weiter gilt, kommt es vor, dass bis zum 31.12.2008 noch nicht ausgeglichene Verluste aus Stillhaltergeschäften insgesamt stl. unberücksichtigt bleiben. Entsprechend der Übergangsregelung für Altverluste aus privaten Veräußerungsgeschäften in § 23

Abs. 3 Satz 9 können jetzt mit der Einführung des § 22 Nr. 3 Satz 5 und 6 durch das JStG 2009 Altverluste aus Stillhaltergeschäften übergangsweise – für fünf Jahre – mit Einkünften aus Abs. 1 Nr. 11 EStG verrechnet werden. Damit ist gewährleistet, dass Stpfl. Verluste aus Stillhaltergeschäften für eine Übergangszeit verrechnen dürfen, obwohl die Einnahmen aus Stillhaltergeschäften, soweit sie nach dem 31.12.2008 zufließen, zukünftig nicht mehr von § 22 Nr. 3 EStG erfasst werden. Im Ergebnis wird eine Verrechnung von – bisher – sonstigen Einkünften mit Einkünften aus Kapitalvermögen zugelassen.

Beispiel: Anleger A erzielt aus einem Stillhaltergeschäft im Jahr 2008 Verluste iHv. 10 000 €, die er im VZ wegen fehlender Gewinne aus Stillhaltergeschäften iSd. § 22 Nr. 3 nicht mehr ausgleichen kann. Im VZ 2009 erzielt er aus 2009 eingegangenen Stillhaltergeschäften positive Erträge iSd. Abs. 1 Nr. 11 von 20 000 €, von denen die ausführende Bank die abgeltende KapErtrSt. (Abgeltungsteuer) von 25 % einbehält und abführt. Die festgestellte Verluste des Jahres 2008 kann A im Wege der besonderen Veranlagung der Kapitaleinkünfte (§ 32d Abs. 4) für 2009 mit den positiven Stillhaltererträgen verrechnen (§ 22 Nr. 3 Satz 5 und 6).

Abwandlung: wie zuvor, nur hat A im Jahr 2009 5 000 € positive Erträge aus Stillhaltergeschäften und im Jahr 2010 weitere 5 000 € positive Erträge. Die Verluste aus dem Jahr 2008 können in beiden Jahren nach Maßgabe des § 10d mit den positiven Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 11 verrechnet werden.

Systemwidrigkeit der Nr. 11: Die Vorschrift muss unter zwei Gesichtspunkten kritisch betrachtet werden. Die Einordnung der Stillhalterprämie als Einnahmen aus Kapitalvermögen ist dem Tatbestand des § 20 Abs. 1 wesensfremd. Die Prämie ist kein Entgelt für die Überlassung von Kapital zur Nutzung auf Zeit (Zins) iSd. Abs. 1 Nr. 4–8 und auch kein Ausfluss eines Mitgliedschaftsrechts (Gewinnbezugsrecht) aus der Beteiligung an einer KapGes. iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2, 9 und 10. Die Prämie wird vielmehr als Entgelt für die besonderen Verpflichtungen und Leistung des Stillhalters, wie Zinsverzicht, Eingehen eines Risikos und Bindung an das Optionsversprechen gezahlt. Darüber hinaus ist der Abzug der Gattstellungsprämien ein sachlich nicht gerechtfertigter Systembruch. Gattstellungsprämien werden den als WK zugeordnet. Da aber der WK-Abzug bei den Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Einführung der Abgeltungsteuer grds. ausgeschlossen ist (Abs. 9 Satz 1) ist der Abzug der Gattstellungsprämien – systemwidrig – im Besteuerungstatbestand selbst geregelt worden. Die Berücksichtigung der Gattstellungsprämien entspricht zwar dem objektiven Nettoprinzip und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, ist aber unter dem Regime einer Abgeltungsteuer mit einem niedrigen, die WK typisierend berücksichtigenden StStz nicht folgerichtig. Bevorzugt werden, ohne erkennbar sachliche Rechtfertigung, die Einnahmen des Stillhalters; benachteiligt sind Stpfl. mit anderen Einnahmearten iSd. Abs. 1, denen kein zusätzlicher Abzug von Erwerbenaufwendungen gewährt wird. Systematisch zutreffender wäre uE nach weiterhin die Einordnung des Tatbestands unter die sonstigen Einkünfte des § 22 Nr. 3.

402–419 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 erster Teil: „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch ...“

A. Bedeutung des Einleitungssatzes

420

Während frühere Gesetzesfassungen (vgl. § 8 Abs. 2 EStG 1920 und § 37 Abs. 2 EStG 1925) nicht zwischen den Begriffen „Einkommen“, „Erträge“ und „Einkünfte“ differenzierten, wird Abs. 2 seit dem EStG 1934 mit den noch heute vorhandenen Worten eingeleitet: „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch ...“. Damit wird klargestellt, dass sich die zu den Einkünften aus Kapitalvermögen führenden Einnahmen nicht in der Aufzählung des Abs. 1 erschöpfen. Im Anschluss an Abs. 1 folgte in Abs. 2 aF eine Aufzählung von ganz unterschiedlichen Einnahmetatbeständen, wie zB Einnahmen aus der Veräußerung von Zins- und Dividendenscheinen, Stückzinsen und Einnahmen aus der Veräußerung von finanzinnovativen Schuldverschreibungen. Der Einleitungssatz blieb auch erhalten, als die Vorschrift mit dem UntStReformG 2008 grundlegend umgestaltet und um die Einnahmen aus der Veräußerung, Abtretung, Rückzahlung und Rückgabe von Kapitalanlagen jeder Art erweitert wurde. Abs. 2 nimmt in der aktuellen Fassung weitgehend die Tatbestände des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 aF auf, soweit die Veräußerung von Kapitalforderungen betroffen sind. In dem Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sind nur noch die Veräußerungsgeschäfte verblieben, die nicht Kapitalforderungen, sondern andere private WG, wie zB Edelmetalle oder ausländ. Währungen in physischer Form, zum Gegenstand haben. Somit sind seit Einführung des Abgeltungssteuersystems zum 1.1.2009 alle realisierten Wertzuwächse (Anschaffungen nach dem 31.12.2008) aus einer Veräußerung oder ihr gleichgestellter Vorgänge als letzter Akt der Fruchtziehung, als Einnahmen aus Kapitalvermögen stbar, ohne dass es noch auf eine Haltefrist der Kapitalanlage ankommt. Obwohl die Einkünfte aus Kapitalvermögen nach wie vor gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 nicht zu den Gewinneinkunftsarten, sondern zu den Überschusseinkunftsarten gehören, hat der Gesetzgeber unter Missachtung dieser stl. Systematik und Terminologie als Bemessungsgrundlage in Abs. 2 weiterhin den „Gewinn“ aus dem bisherigen § 23 Abs. 3 und nicht den in Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF zutreffenderen Begriff der „Einnahmen aus der Veräußerung“ übernommen.

B. Begriff des Veräußerungsgeschäfts

421

Der Begriff der „Veräußerung“ in Abs. 2 ist identisch mit dem Veräußerungsbegriff des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Danach sind Veräußerungsgeschäfte grds. Rechtsgeschäfte, die die entgeltliche Übertragung von in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–8 genannten WG (Kapitalanlagen) auf einen anderen Rechtsträger zu Inhalt haben. Rspr. und Verwaltungspraxis sehen regelmäßig den auf die Übertragung des WG gerichteten schuldrechtl. Vertrag als Veräußerungsgeschäft an. Dieser kann sich zivilrechtl. sowohl als Kaufvertrag als auch als Tauschvertrag darstellen; Einzelheiten zur Veräußerung s. § 23 Anm. 48–80; zum Begriffsmerkmal „Anschaffung“ s. § 23 Anm. 91–96; zur zwangsweisen Veräußerung s. § 23 Anm. 75 ff.; zur Eigentumsübertragung vor Abschluss des schuldrechtl. Vertrags s. § 23 Anm. 61.

Einziehung von Forderungen: Nach der Rspr. ist die Einziehung einer käuflich erworbenen Forderung ein Veräußerungsgeschäft (RFH v. 14.3.1934, RStBl. 1934, 711; BFH v. 17.7.1959 – VI 67/58 U, BStBl. III 1959, 346; v. 13.12.1961 – VI 133/60 U, BStBl. III 1962, 127; FG Hamb. v. 10.8.1984, EFG 1985, 125, rkr.; aA LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 107; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 23 Rn. 54). Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die Einziehung einer Forderung wirtschaftl. ihrer Veräußerung gleichsteht. In BFH v. 13.12.1961 – VI 133/60 U aaO wird ausgeführt: Weil der Begriff „Veräußerung“ nicht eindeutig sei (auch zivilrechtl. nicht), könne eine Auslegung gegen den Wortlaut erfolgen; nach wirtschaftlicher Betrachtung sei als Veräußerung nicht nur die Abtretung einer Forderung an einen Dritten, sondern auch ihre Verwertung durch Einziehung anzusehen. UE ist es bedenklich, die Einziehung einer Forderung als ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 zu behandeln und dies mit der wirtschaftl. Gleichstellung von Veräußerung und Einziehung zu begründen (ebenso LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 107; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVI. § 23 Rn. 54). Im Allgemeinen wird unter einer Veräußerung die Übertragung einer Sache oder eines Rechts auf einen Dritten verstanden. Das Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 ist gekennzeichnet durch das Begriffspaar „Anschaffung“ und „Veräußerung“ desselben Wertpapiers, derselben Kapitalbeteiligung oder derselben Kapitalforderung. Beide Begriffsmerkmale entsprechen einander; wenn als Anschaffung nur der Erwerb eines WG von einem Dritten anzusehen ist (s. § 23 Anm. 91), kann als Veräußerung auch nur die Übertragung des WG an einen Dritten und nicht eine „Verwertung“ in der Weise, dass ein WG untergeht, verstanden werden. UE reicht eine wirtschaftl. Betrachtung nicht aus, die Ausdehnung des Begriffs „Veräußerungsgeschäft“ iSd. Abs. 2 auf die Fälle der Einziehung einer Forderung zu rechtfertigen.

Sperrmarkguthaben: Der BFH hatte auch in der vom Stpfl. erwirkten Freigabe eines von ihm erworbenen gesperrten Bankguthabens („Sperrmark“) einen der Veräußerung gleichzustellenden Vorgang erblickt, weil das Guthaben durch die Entsperrung zu einem WG anderer Art, nämlich einem freien Guthaben, geworden sei; deshalb liege bereits in der Freigabe die der Veräußerung entsprechende Verwertung (BFH v. 17.7.1959 – VI 67/58 U, BStBl. III 1959, 346; v. 30.11.1962 – VI 253/61). Mit dieser Rspr. ging der BFH noch einen Schritt weiter als mit seinen Entscheidungen, dass die Einziehung einer Forderung einem Spekulationsgeschäft (heute privatem Veräußerungsgeschäft) gleichzustellen sei. Er dehnte den Begriff des Veräußerungsgeschäfts auch auf nicht realisierte Wertsteigerungen aus. Diese auch im Schrifttum abgelehnte Auslegung des Begriffs „Veräußerungsgeschäft“ hat BFH v. 13.12.1961 – VI 133/60 U (BStBl. III 1962, 127) aufgegeben; danach liegt eine Veräußerung nur vor, „wenn ein entsperrtes Guthaben eingezogen oder wenn sonst darüber verfügt wird“. Zutreffend hat jedoch BFH v. 1.12.1967 – VI R 202/66 (BStBl. II 1968, 267) entschieden: Die Verwendung eines freigegebenen Sperrmarkguthabens zum Erwerb von WG, die ihrerseits wieder gesperrt sind, ist ein Veräußerungsgeschäft bezüglich des Sperrmarkguthabens und führt ungeachtet der erneuten Sperrung in Höhe des über dem Anschaffungspreis liegenden Nennbetrags zu einem Veräußerungsgewinn.

C. Die Veräußerungsvorgänge des Abs. 2

Gewinn aus Kapitalanteilen: Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ersetzt in seinem Satz 1 in einem Teilbereich, nämlich der Besteuerung von realisierten Wertzuwächsen aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, wie zB AG, GmbH und Ge-

nossenschaften, den früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF. Der Veräußerung von Kapitalanteilen ist – bei Anschaffung nach dem 31.12.2008 – damit auch im Bereich des PV stets, ohne Beachtung einer Haltedauer, ein stl. relevanter Tatbestand. Der Besteuerungstatbestand in Satz 1 wird durch Satz 2 um die Einnahmen aus der Veräußerung von Genussrechten und ähnliche Beteiligungen sowie um Einnahmen aus Anwartschaftsrechten erweitert; s. dazu Anm. 431.

Gewinn aus Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 erfasst – durch die Systemumstellung auf die Abgeltungsteuer unverändert – die Einnahmen aus der Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen ohne Übertragung der Stammrechte. Die daraus erzielten Erträge führen ebenso zu Einnahmen aus Kapitalvermögen wie die Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibungen. Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 tritt die Besteuerung der Veräußerungsentgelte an die Stelle der Besteuerung der Kapitalerträge gem. Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7. Die Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung wird nach Nr. 2 Satz 2 der Veräußerung iSv. Nr. 2 Buchst. b Satz 1 gleichgestellt. Zinsansprüche aus öffentlichen Wertrechtsforderungen sind über Nr. 2 Satz 3 mit erfasst.

Gewinn aus Termingeschäften: Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ersetzt in einem weiteren Teilbereich den bis zum VZ 2008 geltenden § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF. Die Besteuerung als Einnahmen aus Kapitalvermögen wird erweitert um Einnahmen aus Termingeschäften (Buchst. a) und um realisierte Wertzuwächse aus verbrieften und unverbrieften Termin- und ähnlichen Finanzgeschäften (Finanzinstrumente). Während Buchst. a nur die Beendigung eines solchen Geschäfts und die daraus erzielten Vorteile erfasst, wird die Veräußerung von Finanzinstrumenten in Buchst. b geregelt.

Gewinn aus der Verwertung von stillen Beteiligungen: Die (lfd.) Erträge aus der (echten) stillen Beteiligung und aus partiarischen Darlehen sind in Abs. 1 Nr. 4 erfasst, während Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 korrespondierend die Stbarkeit der Wertzuwächse aus der Abtretung von stillen Beteiligungen oder Forderung aus partiarischen Darlehen anordnet. Zusätzlich werden in Abs. 2 Satz 2 Vermögensmehrungen aus der Rückzahlung stiller Beteiligungen bei Beendigung der Gesellschaft zu stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen erklärt.

Gewinn aus der Übertragung von Hypotheken und Grundschulden: Korrespondierend zu laufenden Zinserträgen des Abs. 1 Nr. 5 gehören die Wertzuwächse aus der Übertragung von Hypotheken und Grundschulden sowie Rentenschulden seit VZ 2009 zu stbaren Kapitaleinnahmen.

Gewinn aus der Veräußerung von Versicherungsansprüchen: Korrespondierend zu Abs. 1 Nr. 6 sind auch die Gewinne aus der Veräußerung von Ansprüchen auf Versicherungsleistungen seit VZ 2009 stbar. Insbesondere erfasst die Neureglung die Abtretung von Ansprüchen aus kapitalbildenden Lebensversicherungsverträgen, aber auch den Eintritt eines Dritten in bestehende Versicherungsverträge. Um die Effizienz der Besteuerung sicherzustellen, werden die Versicherungsunternehmen verpflichtet nach Kenntniserlangung von einer Veräußerung oder Abtretung die Finanzbehörden zu unterrichten und ihrem Versicherungsnehmer – auf Verlangen – die bis zum Zeitpunkt der Veräußerung entrichteten Versicherungsbeiträge zu bescheinigen. Eine solche Bescheinigung ist für den Veräußerer notwendig, um die Bemessungsgrundlage, den Gewinn aus der Übertragung, ermitteln zu können; dazu Anm. 505 ff.

Gewinn aus sonstigen Kapitalforderungen: Ebenso wie der Auffangtatbestand des Abs. 1 Nr. 7 für Zinserträge aller Arten bildet Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 den Auffangtatbestand für die realisierten Wertzuwächse aus der Veräußerung von verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderungen jeder Art.

Gewinn aus der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten: Zu den stbaren Einnahmen gehören nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 auch die Vermögenmehrungen oder Vermögenminderungen, die aus der Übertragung einer Mitglieder- oder Gesellschafterstellung in einer der in § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG genannten Körperschaft zufließen. Die Vorschrift schließt eine Lücke, die sich ergeben hätte, wenn nur die Übertragung von Kapitalbeteiligungen an Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KStG (AG, GmbH, Genossenschaften) zu stbaren Einnahmen führen würde. Insoweit ergänzt Nr. 8 die Nr. 1 in Abs. 2 Satz 1.

Der Veräußerung gleichgestellte Sachverhalte: Abs. 2 Satz 2 Satz 2 erweitert den Begriff der Veräußerung aus Satz 1 und bestimmt, dass auch andere Tatbestände, wie zB die Abtretung, die Rückzahlung von Kapital, die Einlösung einer verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderung und die verdeckte Einlage (§ 17 Abs. 1 Satz 2) sowie die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens bei Beendigung einer stillen Gesellschaft als Veräußerung gelten. Die aus diesen Ersatztatbeständen erzielten Wertzuwächse führen – wie die Einnahmen aus einer Veräußerung selbst – zu stbaren Kapitaleinnahmen.

Verwertung eines Personengesellschaftsanteils: Abs. 2 Satz 3 enthält eine Regelung für die Anschaffung oder Veräußerung einer mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligung an einer PersGes. Diese gelten als die Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen WG. Mit dieser Regelung wird ebenfalls eine zur Umgehung des Abs. 2 Satz 1 verleitende Besteuerungslücke geschlossen, die sich aufgetan hätte, wenn nur die Veräußerung von Beteiligungen an Körperschaften zu Einnahmen aus Kapitalvermögen führen würde. Die Veräußerung eines Gesamthandsanteils selbst ist in Abs. 1 Nr. 1–8 ausdrücklich nicht geregelt. Der Gesamthandsanteil war aber bereits „Wirtschaftsgut“ iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF. Die bisherige stl. Erfassung dieser Veräußerungsvorgänge sollte nach der Übernahme der Tatbestände des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF ab VZ 2009 in § 20 fortgesetzt werden.

423–429 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 1: Veräußerung von Kapitalbeteiligungen

430

A. Umfang der betroffenen Beteiligungen

Zu den stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört der „Gewinn“ aus der Veräußerung von

- Anteilen an einer Körperschaft (Abs. 1 Nr. 1 Satz 1), zu denen in- und ausländische Aktien, Anteile an bergbautreibenden Vereinigungen, die die Rechte einer jur. Pers. haben, GmbH-Anteile und Anteile an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften gehören; Einzelheiten dazu s. Anm. 50 ff. und § 17 Anm. 145 ff.;
- aktienähnlichen Genussrechten (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2), die im Gegensatz zu den Anteilen keine mitgliedschaftl. Rechte, sondern lediglich einen schuld-

- rechtlichen Anspruch (Gläubigerrecht) auf unterschiedliche Vermögensrechte darstellen (BGH v. 5.10.1992, BB 1993, 451), Einzelheiten dazu s. Anm. 56;
- Anwartschaften auf Anteile an Körperschaften (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2), die nach BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/75 (BStBl. II 1975, 505) eine begründete Aussicht auf Erwerb einer tatsächlichen oder rechtlichen Position gewähren, wie zB Bezugsrechte auf junge Aktien nach einer Kapitalerhöhung, Bezugsrechte aus Wandel- oder Optionsanleihen (§ 221 Abs. 1 Satz 1 AktG), Einzelheiten dazu § 17 Anm. 150;
 - ähnliche Beteiligungen, zu denen zB die Anteile an einer Vorgesellschaft, nicht aber die Anteile an einer Vorgründungsgesellschaft gehören (BFH v. 8.11.1989 – I R 174/86, BStBl. II 1990, 91); Einzelheiten dazu § 17 Anm. 147.

Der Anwendungsbereich des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 wird durch den Verweis in § 8 Abs. 5 Satz 1 InvStG auf Einnahmen aus der Veräußerung von Investmentanteilen und Anteilen an Investment-AG erweitert, soweit die Anteile nicht zu einem BV gehören. Gleiches gilt nach § 19 Abs. 2 Satz 1 REITG für die Einnahmen aus der Veräußerung von Aktienbeteiligungen an einer REIT-AG und Anteilen an anderen REIT-Körperschaften, Reit-Personenvereinigungen und Vermögensmassen, wenn diese Anteile zu einem PV gehören; zur Veräußerung allg. s. Anm. 431.

B. Begriff der Veräußerung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

431

Abfindung von Minderheitsgesellschaftern bei Übernahmevorgängen: Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmal „Veräußerung“ iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ist es uE unerheblich, ob die Weggabe von Kapitalanteilen freiwillig oder unter rechtl. oder wirtschaftl. Zwang erfolgt. Überträgt ein Minderheitsgesellschafter seine Anteile an den Mehrheitsaktionär gegen Barzahlung oder gegen Aktien des Unternehmens des Übernehmers, so liegt eine Veräußerung der Kapitalanteile vor. Werden als Gegenleistung Aktien geliefert, so ist der gemeine Wert dieser Aktien als Veräußerungserlös bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach Abs. 4 Satz 1 anzusetzen; *Ausnahme:* Bei Übernahmevorgängen ausländischen Gesellschaften findet Abs. 4a Anwendung mit der Folge, dass kein Veräußerungsgewinn entsteht und die Besteuerung bis zur Weiterveräußerung der erlangten Aktien aufgeschoben wird.

Aktiensplit: Bei einem Aktiensplit wird eine Aktie in zwei oder mehrere Aktien aufgespalten. Hier liegt keine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 vor, da der Gesellschaftsanteil des einzelnen Aktionärs gleich bleibt und sich das Grundkapital der Gesellschaft nicht verändert.

Einlage: Die Einlage in eine KapGes. ist grds. keine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, soweit eine offene Einlage vorliegt. Bei Einklagen vor dem 1.1.2009 gelten die alten Regelungen des § 6 Abs. 1 Nr. 5 mit dem Ansatz des Teilwerts oder der AK bei einem Erwerb innerhalb der letzten 3 Jahre fort. Einlagen nach dem 31.12.2008 sind mit den (ursprünglichen) AK zu bewerten.

▶ *Einlage von Wertpapieren mit hohen stillen Reserven:* Wertpapiere mit hohen stillen Reserven können in ein BV eingelegt werden und anschließend unter Anwendung des Teileinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40) veräußert werden.

▶ *Verdeckte Einlagen:* Verdeckte Einlagen stehen nach Abs. 2 Satz 2, der einer Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c vorgeht, einer Veräußerung gleich (Veräußerungsfiktion).

Entziehung von Aktien und GmbH-Anteilen: Werden Aktien nach § 237 AktG oder GmbH-Anteile nach § 34 GmbHG gegen Entgelt eingezogen, so ist die Einziehung uE keine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1; ebenso LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 104, mit der Begründung, die Anteile gingen unter.

Kapitalherabsetzung: Setzt eine AG oder GmbH das Kapital herab (§ 222 AktG, 58 GmbHG) und gewährt sie Kapital an die Gesellschafter zurück, ist dies keine (teilweise) Veräußerung der Gesellschaftsanteile.

Die Herabsetzung des Nennkapitals einer KapGes. stellt keine anteilige Veräußerung der Kapitalbeteiligung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, da der Herabsetzungsbetrags idR nicht an die Anteilseigner ausgekehrt wird. Die ursprünglichen AK der Beteiligung werden davon nicht betroffen. Kommt es dagegen doch zu einer Auszahlung des Herabsetzungsbetrags, mindert dieser die ursprünglichen AK. Soweit der Herabsetzungsbetrag nicht auf einen Sonderausweis nach § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG entfällt, stellt das zurückgewährte Kapital Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 2 dar. In einem solchen Fall werden die AK ebenfalls nicht gemindert.

Liquidation der Kapitalgesellschaft: Die Rückgewähr des Kapitals aufgrund einer Liquidation ist uE keine Veräußerung der Beteiligung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und keine Anschaffung der durch die Liquidation erhaltenen WG (DOLLERER, JbFStR 1980/81, 260). Veräußerung und Anschaffung setzen Handlungen des Stpfl. voraus, die wesentlich von seinem Willen abhängen.

Squeeze out: Ein Aktionär, dem mindestens 95 % des Grundkapitals einer AG oder KGaA gehören, kann gem. § 327a ff. AktG durch Beschluss der Hauptversammlung erreichen, dass die Aktien der Minderheitsaktionäre auf ihn – den Hauptaktionär – gegen eine angemessene Barabfindung übertragen werden („Squeeze out“). Ob dieser Vorgang als Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 einzustufen ist, ist umstritten. Die FinVerw. (BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 40 f.), der einige Vertreter des Schrifttums folgen (BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 147 mwN; LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 106; STRUNK/JEHN, NWB F. 3, 12157 ff.), geht davon aus, dass eine Veräußerung vorliege, weil es nach stRspr. des BFH auf die Beweggründe für eine Veräußerung nicht ankomme. Dem wird entgegengehalten (so R. SCHUMACHER, DB 2002, 1626; WACLAWIK, DStR 2003, 447 ff.), dass der Zwangsausschluss gem. § 327a ff. AktG einer Enteignung gleichstehe und der Verlust des Eigentums an den Aktien gegen bzw. ohne den Willen des Minderheitsaktionärs erfolge. Bei einem „Squeeze out“ beruht der Anteilsverlust zwar nicht auf einer freien Willensentschließung des Aktionärs, sondern tritt kraft Gesetzes ein, wenn ein entsprechender Beschluss der Hauptversammlung vorliegt. Dennoch sind die Mindestvoraussetzungen einer „Veräußerung“ erfüllt, da es uE nicht darauf ankommt, ob eine Veräußerung freiwillig oder unter einem rechtl. oder wirtschaftl. Zwang erfolgt und auch eine Enteignung oder in ihrer Wirkung gleichgelagerte Sachverhalte das Tatbestandsmerkmal „Veräußerung“ erfüllen.

Tausch von Kapitalanteilen: Tauscht der Stpfl. seine bislang gehaltene Aktien gegen Aktien eines anderen Unternehmens, so liegt eine Veräußerung der hingegebenen Anteile vor, soweit nicht die Voraussetzungen des Abs. 4a Satz 1 gegeben sind; s. Anm. 581. Zeitpunkt der Veräußerung ist der Tag, an dem der Stpfl. das Tauschangebot bindend annimmt, nicht der Tag des Ablaufs des Tauschangebots oder die Lieferung (Gutschrift) der eingetauschten Aktien. Ihr Wert ist nach den Grundsätzen des § 43a Abs. 2 Satz 9 zu bestimmen und mit dem nied-

rigsten am Zuflusstag an einer deutschen Börse unter Einschluss des Xetra-Handels gehandelten Kurs zu ermitteln.

► *Veräußerung der erlangten Aktien:* Werden die erlangten Aktien veräußert, ist zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 4) als AK der Börsenkurs der Aktien im Zeitpunkt der Zuteilung anzusetzen.

Umwandlung von Vorzugs- in Stammaktien: Der Beschluss einer AG die Vorzugsaktien in Stammaktien umzutauschen ist kein Veräußerungsgeschäft in Form eines Tauschs, sondern lediglich eine Modifikation der bisherigen Mitgliedschaftsrechte. Zahlt der Aktionär bei der Umwandlung Barbeiträge dazu, liegen nachträgliche AK der Aktien vor.

Umtausch von American Depositary Receipts (ADR) in Aktien: Durch einen Tausch von ADRs oder GDRs (Global Depositary Receipts) in die hinter ihnen stehenden Aktien werden diese Aktien vom Aktionär erstmalig angeschafft und die ADRs oder GDRs iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 veräußert; aA BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 68, das offensichtlich von einer Identität von ADR (GDR) und Aktie ausgeht.

Verschmelzung: Bei Verschmelzung (s.a. BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 27 ff.) sowie in den Fällen, in denen bei Eingliederung einer AG deren Aktionäre als Abfindung für den Verlust ihrer Anteile Aktien der Hauptgesellschaft erhalten, ist dieser Tausch kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Entsprechendes gilt uE, wenn bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags die außenstehenden Aktionäre das in § 305 AktG vorgesehene Tauschangebot der herrschenden Gesellschaft annehmen und ihre Anteile an der Untergesellschaft gegen solche der herrschenden Gesellschaft umtauschen. Bei unechter Verschmelzung ist dagegen eine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gegeben; von einer unechten Verschmelzung spricht man, wenn die übernehmende KapGes. sämtliche Anteile einer anderen Gesellschaft erwirbt und für die Übertragung der Anteile eigene Anteile gewährt.

Formwechselnde Umwandlung: Der Anteilstausch ist kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1.

C. Steuerhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

432

Die ESt. auf den „Gewinn“ aus der Veräußerung der in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 genannten Kapitalanlagen wird gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 durch den Abzug der KapErtrSt. (Abgeltungsteuer v. 25 %) erhoben, soweit die Anteile nach dem 31.12.2008 angeschafft wurden (§ 52a Abs. 10 Satz 1). Mit dem StAbzug ist die ESt. abgegolten (§ 43 Abs. 5). Den StAbzug hat nach § 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 idR das den Verkaufsauftrag ausführende inländische Kreditinstitut, die inländische Kapitalanlagegesell. oder ein sonstiges inländisches Wertpapierhandelsunternehmen vorzunehmen. Werden die Anteile nicht über ein Kreditinstitut veräußert, zB bei der Veräußerung von eigenverwahrten Aktien, ist der Veräußerer dagegen nicht zum StEinbehalt verpflichtet. Er hat vielmehr nach § 32d Abs. 3 den aus der Veräußerung erzielten Gewinn in der Jahressteuererklärung zu deklarieren (Pflichtveranlagung zum Abgeltungsteuertarif). Das Gleiche gilt bei Veräußerung von GmbH-Anteilen. Auch in diesem Fall ist weder die Gesell. noch der Veräußerer der Anteile zum StAbzug verpflichtet. Für den Veräußerer besteht ebenfalls die Verpflichtung aus § 32d Abs. 3, den Gewinn im Rahmen der Jahreststeuererklärung zum StSatz von 25 % veranlagen zu lassen. Soweit die

Kapitalbeteiligung vor dem 1.1.2009 angeschafft wurde, gilt weiterhin § 22 Nr. 3 iVm. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (Jahresfrist).

433–449 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 2: Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen

450

A. Umfang der betroffenen Veräußerungsgeschäfte

Schrifttum: LITTMANN, Veräußerung von Anteilen mit Gewinnansprüchen – Besteuerung des Kapitalvermögens, DStR 1981, 588; Voss, Zur steuerlichen Behandlung des Erwerbs eines Geschäftsanteils an einer GmbH während des laufenden Geschäftsjahres, DB 1985, 1159; HEINICKE, Gewinnzurechnung bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, FR 1986, 197; WICHMANN, Die Frage nach der zutreffenden einkommensteuerlichen Behandlung von Gewinnbezugsrechten, DB 1986, 776; DÖLLERER, Disagio als Kapitalertrag des Gläubigers bei Schuldverschreibungen, BB 1988, 883; WASSERMAYER, Zum Besteuerungsgegenstand der Einkünfte aus Kapitalvermögen, StuW 1988, 283; TOMBERS, Ertragsteuerliche Zurechnung von Gewinnausschüttungen in Fällen der Einzelrechtsnachfolge, DB 1989, 1209.

Keine Surrogatsbesteuerung: Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a und b führt der „Gewinn“ aus der Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen zu Einnahmen aus Kapitalvermögen. Der Veräußerer von Dividenden- und Zinsscheinen erzielt mit dem vereinbarten Veräußerungspreis wirtschaftlich den Ertrag seiner Kapitalanlage (RFH v. 17.6.1931, RStBl. 1931, 633; BFH v. 11.12.1968 – I 250/64, BStBl. II 1969, 188). Nr. 2 Buchst. a Satz 2 stellt weiter klar, dass die Besteuerung nach Satz 1 an die Stelle der Besteuerung nach Abs. 1 tritt. Die Vorschrift wird aber durch den Hinweis auf Abs. 1 nicht überflüssig, denn ohne die ausdrückliche Regelung der Veräußerungsbesteuerung in Nr. 2 Buchst. b Satz 1 müsste zB der ursprüngliche Inhaber des Zinsscheins die Zinsen trotz Veräußerung des Zinsanspruchs versteuern, obwohl nicht ihm, sondern dem Erwerber die Zinseinnahmen bei Einlösung zufließen (KSM/WASSERMAYER, § 20 Rn. M 1). Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 kann deshalb nicht als Ausdruck des sonst im EStRecht geltenden Surrogationsgedanken (§ 24 Nr. 1, Ersatz für entgangene Einnahmen) verstanden werden. Die Vorschrift ist vielmehr in gewisser Weise vergleichbar mit § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 (Veräußerung von bereits entstandenen Miet- und Pachtzinsforderungen). Während aber § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 ausdrücklich auch den Fall erfasst, dass die Miet- und Pachtzinsen im Veräußerungspreis des Grundstücks enthalten sind, gilt Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ausdrücklich nur, wenn die dazugehörigen Stammrechte (Nr. 2 Buchst. a: Kapitalbeteiligungen; Nr. 2 Buchst. b: Schuldverschreibungen) nicht mitveräußert werden, also das Stammrecht beim Veräußerer verbleibt. Das Gesetz erachtet die Klarstellung also nur in den Fällen für erforderlich, in denen Gewinn- und Zinsansprüche ohne die zugrundeliegenden Beteiligungen, Schuldverschreibungen und sonstigen Ansprüche veräußert werden.

Keine Besteuerung des Erwerbers bei Dividenden- oder Zinseinzug: Dieser Regelung liegt die Vorstellung zugrunde (RFH v. 17.6.1931, RStBl. 1931, 633), dass der Erwerber von Gewinn- und Zinsansprüchen ohne Stammrecht bei Einzug keine stbaren Kapitalerträge erzielt, sondern lediglich eine Forderung einzieht, so dass zur Sicherung der Besteuerung eine Vorschrift hinsichtlich der StPflcht des Veräußerers erforderlich schien. Erwirbt der StPfl. mit den Gewinn- und Zinsansprüchen zugleich die dazugehörigen Stammrechte, so erzielt

er in seiner Eigenschaft als (neuer) Inhaber des Stammrechts stpfl. Kapitalerträge nach Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7. Das Veräußerungsentgelt des Veräußerer ist im Rahmen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 7 in Höhe des Veräußerungsgewinns, der auch die evtl. anfallenden Stückzinsen enthält, seit Einführung der unbedingten Wertzuwachsbesteuerung zum VZ 2009 ebenfalls stpfl.

Veräußerung ohne Stammrecht: Für die Veräußerung von Gewinn- und Zinsansprüchen aus Beteiligungen, Schuldverschreibungen und sonstigen Ansprüchen (Kapitalanlagen iSv. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7) enthält Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 eine Spezialregelung. Die Bedingung „Veräußerung ohne Mitveräußerung des Stammrechts“ ist für die Erfüllung des Tatbestands unverzichtbar. Dieser kann deshalb nicht erweitert werden (RFH v. 4.9.1929, RStBl. 1929, 607). Daraus folgt im Umkehrschluss, dass in den Fällen der Veräußerung von Gewinn- und Zinsansprüchen zusammen mit dem zugrunde liegenden Stammrecht, eine StPflcht nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 7 ausgelöst wird und der Erwerber der Stammrechte beim Zufluss der Kapitalerträge mit diesen Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7 stpfl. ist.

B. Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)

I. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1

1. Einnahmen aus der Veräußerung

a) Umfang der Einnahmen

451

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a erfasst das Entgelt, das der Inhaber einer Kapitalbeteiligung aus der Veräußerung seines zivilrechtlichen Anspruchs auf Beteiligung am Gewinn erhält. Die Veräußerung der Kapitalbeteiligung selbst mit oder ohne Dividendenschein fällt nicht unter die Vorschrift. Die Einnahmen aus der gemeinsamen Veräußerung von Kapitalbeteiligung (Stammrecht) mit dem dazugehörigen Gewinnanspruch ist nur dann stl. erheblich, wenn die Beteiligung zum Betriebsvermögen des Anteilseigners gehört oder einer der Tatbestände von § 17 (Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung) erfüllt ist.

Die Veräußerung des Gewinnbezugsrechts aus Genussrechten (Genussscheinen) fällt unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a, wenn das Genussrecht mit einer Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös des Emittenten (KapGes. iSd. Abs. 1 Nr. 1) ausgestattet ist. Soweit die an den deutschen Börsen gehandelten Genussscheine diese Bedingungen nicht erfüllen, sind die Entgelte aus der Veräußerung ihrer Gewinnbezugsrechte nicht stbar. Auch die Voraussetzungen der Nr. 2 Buchst. b liegen uE in diesen Fällen nicht vor.

Künftige Gewinnansprüche: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a kommt nur bei Veräußerung künftiger Gewinnansprüche zur Anwendung. Sind die Ansprüche bereits entstanden, so tritt Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 1 ein. Der Tatbestand der Nr. 2 Buchst. a kann nicht mehr erfüllt werden (LITTMANN, DStR 1981, 588). Veräußert der Anteilseigner seinen bereits entstandenen Gewinnanspruch, so ist in seiner Person der Besteuerungstatbestand des Abs. 1 Nr. 1 gegeben, auch wenn die Dividende später tatsächlich dem Erwerber zufließt. Der Zufluss hat lediglich Bedeutung für die zeitliche Erfassung der Einnahmen (s. § 11 Anm. 3).

► *Die Übertragung von (echten) Dividendenscheinen* erfolgt zivilrechtlich – soweit Inhaberpapiere vorliegen – nach sachenrechtlichen Grundsätzen (§§ 929 ff. BGB).

► *Sonstige Ansprüche* werden zivilrechtlich durch Abtretung der Forderung, die dem Anspruch zugrunde liegt, übertragen (§§ 398 ff. BGB).

Unentgeltliche Übertragungen (Schenkung, Erbfolge) schließen den Tatbestand der Nr. 2 Buchst. a aus. Die nach der unentgeltlichen Übertragung des Gewinnanspruchs entstehende Dividende ist weiterhin vom Inhaber des Stammrechts zu versteuern.

Teilentgeltliche Übertragungen sind aufzuteilen in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Vorgang (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942). Aufteilungsmaßstab ist das Verhältnis zwischen dem Wert des Dividendenanspruchs und dem Veräußerungsentgelt. Auf den entgeltlichen Teil ist Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a, auf den unentgeltlichen Teil Abs. 1 Nr. 1 anzuwenden.

Treuhandverhältnisse: Keine Veräußerung liegt in der Übertragung zu treuen Händen. Hier bezieht der Treugeber weiterhin Einkünfte nach Abs. 1 Nr. 1. Für den Abzug der KapErtrSt. ist auf dessen Verhältnisse abzustellen.

452 b) Dividendenscheine und sonstige Ansprüche

Dividendenscheine verkörpern (verbriefen) das Recht des Aktionärs auf die von der Hauptversammlung der AG festgestellte Dividende (Abs. 1 Nr. 1). Sie sind regelmäßig Inhaberpapiere (§§ 793 ff. BGB) und als solche echte Wertpapiere. Orderpapiere (§ 363) sind ebenso wie Rektapapiere (Namenspapiere) zulässig. Dividendenscheine sind weder Bestandteil noch Zubehör der Aktie, sondern dieser gegenüber selbstständig (Nebenpapier). Sie können nicht nur von einer AG, sondern auch von einer GmbH ausgegeben werden. Zwar enthält das GmbHG insoweit keine ausdrückliche Regelung, doch wird der Anteilschein hier allgemein für zulässig erachtet (BAUMBACH/HUECK, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 14 Rn. 8; LUTTER/HOMMELHOFF, GmbH-Gesetz, 13. Aufl., § 29 Rn. 3; HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, GmbHG, 7. Aufl., § 29 Anh. Rn. 1; SCHOLZ/WINTER, GmbHG, § 14 Rn. 66). Anteilscheine einer GmbH sind dagegen lediglich Beweisurkunden und keine Wertpapiere (PALANDT/THOMAS, BGB, 67. Aufl., § 793 Rn. 6).

Dividendenscheine als bloße Beweisurkunden fallen ebenfalls unter Nr. 2 Buchst. a (BTDrucks. 7/5310, 18). Sie verbiefen – im Gegensatz zum echten Wertpapier – keine Forderung gegen die KapGes. Sie werden lediglich zum Beweis dafür, dass eine entsprechende Forderung besteht, ausgegeben. Die Übertragung der Forderung erfolgt durch Abtretung (§§ 398 ff. BGB).

Sonstige Ansprüche sind alle zivilrechtlichen Ansprüche auf einen Gewinnanteil gegenüber einer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten KapGes., soweit der Anspruch nicht in einem Dividendenschein verbrieft ist, zB Gewinnanteilscheine einer GmbH. Ob ein Anspruch verbrieft ist oder nicht, ist für die Anwendung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a unerheblich (BTDrucks. 7/5310, 18). Nr. 2 Buchst. a erfasst im Ergebnis Dividendenforderungen jeder Art. Voraussetzung ist allerdings, dass sich der Anspruch zivilrechtlich als Forderung auf eine Dividende darstellt, weshalb der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht auf andersartige Ansprüche erweitert werden kann.

„**Ansprüche**“ auf vGA fallen deshalb nicht unter Nr. 2 Buchst. a, weil sie grds. keinen Dividendencharakter haben. Dies gilt uE jedoch nicht für den Teil einer echten Dividende, der eine angemessene Gewinnbeteiligung überschreitet und deshalb als vGA zu qualifizieren wäre. Die rechtliche Einordnung einer Ausschüttung als Dividende bleibt erhalten, auch wenn sie sich teilweise als vGA erweist.

c) Veräußerung „durch den Inhaber des Stammrechts“

453

Stpfl. ist der „Inhaber des Stammrechts“ (Kapitalbeteiligung) iSv. Abs. 1 Nr. 1, der seinen Gewinnanspruch unter Zurückhaltung des Stammrechts veräußert. Bis zur Änderung durch das StandOG vom 13.9.1993 bezeichnet die Vorschrift als Stpfl. den „Anteilseigner“. Der Austausch dieser Begriffe ist unverständlich und wohl nur im Hinblick auf den zeitgleich eingefügten Abs. 2a zu verstehen. Eine Rechtsänderung ist dadurch nicht eingetreten. Insoweit bezieht der Anteilseigner Einkünfte aus Abs. 1 Nr. 1 und 2; zum Anteilseigner s. Anm. 601. Soweit einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 zuzurechnen sind, gilt dieser nach Abs. 2a als Anteilseigner s. Anm. 601. Für Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a folgt daraus, dass Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen jedenfalls nicht dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger zugerechnet werden können, da die Personen nicht „Inhaber der Stammrechte“ sind.

d) Veräußerung durch einen Zweiterwerber

454

Nr. 2 Buchst. a erfasst nicht den Fall, in dem der Erwerber (Erst- oder Zweiterwerber) lediglich einen (isolierten) Dividendenschein erwirbt und diesen anschließend weiterveräußert. Der Inhaber des isolierten Dividendenscheins ist nicht Inhaber des Stammrechts. Gleiches gilt, wenn der Anteilseigner seine Kapitalbeteiligung veräußert, den Dividendenschein zurückbehält und diesen später separat veräußert. Stpfl. ist nur derjenige, der im Zeitpunkt der Veräußerung des Gewinnanspruchs auch Inhaber des Stammrechts, also der Kapitalbeteiligung, ist. Daran fehlt es in diesem Fall.

Nießbrauch am Stammrecht führt nicht zur Besteuerung des Veräußerungsentgelts, weil der Nießbraucher nicht „Inhaber des Stammrechts“ ist. Ihm sind weder die Gewinnbezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 noch das Entgelt aus der Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a zuzurechnen.

Für den Pfandgläubiger gilt Entsprechendes.

e) Keine Veräußerung des Stammrechts

455

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a setzt nicht voraus, dass das Stammrecht mitveräußert wird. Die Vorschrift erfasst nur die Fälle, in denen die dazugehörigen Stammrechte beim Inhaber verbleiben, es also zu einer Trennung von Kapitalertragsanspruch und Kapitalanteil (Stammrecht) kommt. Die Veräußerung des Stammrechts zusammen mit den dazugehörigen Gewinnansprüchen fällt nicht darunter, denn der Gesetzestext stellt ausdrücklich darauf ab, dass „die dazugehörigen Aktien und sonstigen Ansprüche nicht mitveräußert werden“.

II. Besteuerung des Veräußerungsentgelts anstelle der Kapitalerträge aus Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 2)

456

Die Besteuerung des Entgelts aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen tritt nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 2 an die Stelle einer Besteuerung der Gewinnanteile (sonstigen Bezüge) nach Abs. 1 Nr. 1. Daraus folgt, dass bei Erfüllung des Tatbestands aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 für eine Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 kein Raum bleibt. Der Satz 2 dient der Klarstellung. Er stellt sicher, dass in den Fällen, in denen anstelle der Dividende (vom Inhaber des Stammrechts) der Veräußerungserlös nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 zu versteuern ist, die Dividende nicht noch-

mals (vom Erwerber der Anteilscheine) nach Abs. 1 Nr. 1 besteuert wird (BTDrucks. 12/50, 87). Bedeutungsvoll ist der gegenseitige Ausschluss beider Vorschriften in den Fällen der unentgeltlichen Übertragung von Gewinnansprüchen, zB durch Schenkung oder Erbfolge. Lässt man in diesen Fällen die Besteuerung aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 nur am fehlenden Entgelt scheitern, könnte auf den Inhaber des Stammrechts, der die Ansprüche übertragen hat, Abs. 1 Nr. 1 nicht mehr angewendet werden. Der Bezug der Gewinnanteile bliebe in diesem Fall stfrei. Lässt man richtigerweise den Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 dagegen wegen des Fehlens einer entgeltlichen Übertragung erst gar nicht eingreifen, so ist die Gewinnausschüttung weiterhin dem übertragenden Stammrechtsinhaber stl. nach Abs. 1 Nr. 1 zuzurechnen und von diesem zu versteuern.

457

III. Besteuerung des Erwerbers des Dividendenscheins und der sonstigen Ansprüche

Der neue Inhaber des isoliert veräußerten Dividendenscheins oder eines sonstigen Anspruchs erzielt bei Einlösung des Scheins (Einzug der Forderung) keine stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen. Der im Dividendenschein verkörperte Kapitalertrag wurde bereits durch den Veräußerer versteuert (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1). Diese Besteuerung tritt an die Stelle der Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 2; sachliche StBefreiung). KapErtrSt. wird nicht einbehalten.

C. Einnahmen aus der Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1)

458

I. Umfang der Einnahmen

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 regelt, dass das Entgelt aus der Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen als Einnahme aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterliegt, wenn die Schuldverschreibung nicht mitveräußert wird. Nicht geregelt ist dagegen die Veräußerung des Stammrechts mit oder ohne Zinsschein; zur Stückzinsbesteuerung s. Anm. 512. Die Vorschrift verlagert die Besteuerung von Zinserträgen, die mit Einlösung vom Inhaber des Zinsscheins (der Zinsforderung) nach Abs. 1 Nr. 7 zu versteuern wären, auf den Zeitpunkt der Veräußerung des zivilrechtlichen, verbrieften oder unverbrieften Zinsanspruchs vor. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 ergänzt insoweit Abs. 1 Nr. 7, indem er den Inhaber des Zinsanspruchs einerseits von der StPflicht nach Abs. 1 Nr. 7 (bei Fälligkeit der Zinsen) befreit, ihn andererseits aber mit einer vorgezogenen Besteuerung (materielle StPflicht) seiner Veräußerungsentgelte belegt. Im Gegensatz zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 1 sind die Entgelte aus der Veräußerung „sonstiger Ansprüche“, die eine Schuldverschreibung ihrem Inhaber neben dem Zinsanspruch gewährt, wie zB Optionsrechte, im Rahmen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 nicht stbar.

II. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1

1. Einnahmen aus der Veräußerung

459

Einnahmen: s. § 8 Anm. 22 ff.

Veräußerung: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 erfasst sowohl den Inhaber des Stammrechts, der seinen verbrieften oder unverbrieften Zinsanspruch veräußert, das Stammrecht aber zurückbehält, als auch denjenigen, der zunächst das Stammrecht unter Zurückhalten des Zinsscheins veräußert hat und in einem späteren Akt den isolierten Zinsschein gegen Entgelt überträgt. Die Veräußerung von Stammrecht und Zinsschein dürfen in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Werden beide, wenn auch zeitlich versetzt, wirtschaftlich aber in einem Zusammenhang veräußert, so greift Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b Satz 1 nicht ein. In einem solchen Fall muss strechtlich von einer gleichzeitigen Veräußerung von Stammrecht und Zinsschein ausgegangen werden.

► *Stripped Bonds:* Die Veräußerung von Zinsscheinen ohne gleichzeitige Veräußerung des Stammrechts ist insbesondere bei sog. Stripped Bonds üblich, bei denen dem Erwerber in den Emissionsbedingungen das Recht eingeräumt ist, Stammrecht und Zinsscheine am Sekundärmarkt getrennt zu veräußern. Bei der Einlösung oder Weiterveräußerung der isoliert erworbenen Zinsscheine (ohne Stammrecht) durch einen Zweiterwerber ist von einem „künstlichen“ Zero-bonds auszugehen. Der stpfl. Ertrag bemisst sich in diesen Fällen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7.

2. Veräußerung von „Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den Inhaber von Schuldverschreibungen“

460

Schuldverschreibungen: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 erfasst den Inhaber von Schuldverschreibungen. Darunter fallen Inhaberschuldverschreibungen (§ 793 BGB), Namensschuldverschreibungen (§ 806 BGB) und Orderschuldverschreibungen (§ 808a BGB). Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ist nach Abs. 2 Satz 2 sinngemäß auf Schuldverschreibungen anzuwenden, die nicht in einzelnen Wertpapieren (Einzelurkunden), sondern in Sammel- oder Globalurkunden verbrieft sind. Die Ausstattung der Schuldverschreibung hinsichtlich Verzinsung und Kapitalrückzahlung spielt für die Besteuerung keine Rolle.

► *Teilschuldverschreibungen:* Schuldverschreibungen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b sind auch Teilschuldverschreibungen, bei denen Gläubigerrechte nur an einem bestimmten Teil des Nennbetrags einer einheitlich begebenen, mit einheitlichen Konditionen ausgestatteten Schuldverschreibung bestehen.

► *Schuldbuchforderungen,* wie zB Bundes-, Post- oder Bahnanleihen, Bundesobligationen, werden ebenfalls von Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b erfasst, auch wenn sie in der Vorschrift nicht ausdrücklich erwähnt sind. Das Entgelt aus der Veräußerung eines Zinsanspruchs, dem eine Schuldbuchforderung zugrunde liegt, gehört über die Verweisung in Abs. 2 Satz 3 auf Abs. 2 Satz 2 zu den stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 Schuldbuchforderungen werden nicht in einer Urkunde verbrieft, sondern durch Eintragung in ein Staatsschuldbuch gesichert.

Zinsscheine und Zinsforderungen: Zinsscheine werden – soweit ihnen Wertpapiercharakter zukommt – durch Übereignung des Papiers (§ 929 BGB) übertragen. Für die Veräußerung von Zinsforderungen und Zinsscheinen, die lediglich Beweis-papiere sind, genügt die Abtretung der Forderung iSv. §§ 398 ff. BGB; zur Veräußerung s. Anm. 1030. Zinsscheine werden regelmäßig zusam-

men mit der Schuldverschreibung in Form eines sog. Bogens emittiert. Der Bogen enthält einzelne Kupons (Wertpapiere iSv. §§ 793 ff. BGB), die bei Fälligkeit (Eintritt des jeweiligen Zinszahlungstermins) abgetrennt und beim Schuldner bzw. einer Bank zur Auszahlung der Zinsen vorgelegt werden müssen. Zinsscheine iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b sind die einzelnen Kupons. Renten- und Erneuerungsscheine dagegen sind keine Zinsscheine iSd. Vorschrift.

► *Veräußerung fälliger und noch nicht fälliger Zinsansprüche*: Diese Unterscheidung ist – anders als in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a – nicht von besonderer Bedeutung. Verbriefte oder unverbiefte Zinsforderungen entstehen nicht aufgrund eines besonderen Ausschüttungsbeschlusses; sie sind vielmehr in den Emissionsbedingungen der Schuldverschreibung festgelegt. Ist der Zinsanspruch fällig und wird er vor Zufluss der Zinsen vom Inhaber des Stammrechts veräußert, so erfüllt dieser den Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7, sofern man den Zufluss – richtigerweise – nicht als Tatbestandsmerkmal ansieht. Der Inhaber des Stammrechts hat die *Zinsen* zu versteuern. Die Veräußerung des Zinsanspruchs nach Fälligkeit ist eine Einkommensverfügung, die sich auf der privaten, nicht sbaren Ebene abspielt. Wird der Zinsanspruch dagegen vor Fälligkeit veräußert, ist der Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 gegeben. Der Inhaber hat das Veräußerungsentgelt zu versteuern. Eine Besteuerungslücke kann somit nicht entstehen.

461 3. Verbleib der Schuldverschreibung beim Veräußerer

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 setzt nicht voraus, dass das Stammrecht mitveräußert wird. Die Vorschrift erfasst nur die Fälle, in denen die dazugehörigen Schuldverschreibungen beim Inhaber verbleiben, es also zu einer Trennung von Kapitalertragsanspruch und Kapitalanteil (Stammrecht) kommt. Die Veräußerung des Stammrechts zusammen mit den dazugehörigen Zinsansprüchen fällt deshalb nicht unter diese Vorschrift, weil der Gesetzestext ausdrücklich darauf abstellt, dass „die dazugehörigen Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden“.

III. Entsprechende Anwendung des Satzes 1 bei Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 2)

462 1. Besteuerung des ehemaligen Stammrechtsinhabers

Nach Satz 2 des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b unterliegen im Falle der Veräußerung der Zinsscheine und Zinsforderungen auch die Erträge der Besteuerung, die der ehemalige Inhaber der Schuldverschreibung aus der Einlösung der Zinsscheine und Zinsforderungen erzielt. Nr. 2 Buchst. b Satz 2 hat teilweise klarstellenden, teilweise aber auch stbegründenden Charakter. Zu unterscheiden ist danach,

- ob der Veräußerer des Stammrechts lediglich Zinsforderungen einzieht, die auf den Zeitraum entfallen, in dem er Inhaber der Schuldverschreibung (Besitzzeit) war oder
- ob er bei der Veräußerung des Stammrechts auch Zinsforderungen zurückbehalten hat, die auf die Besitzzeit des Erwerbers der Schuldverschreibung entfallen.

Der Veräußerer verwirklicht schon immer mit Vorlage der Zinsscheine und Einzug der Zinsen den Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7. Diese Rechtslage wird durch

den Satz 2 der Nr. 2 Buchst. b lediglich bestätigt. Soweit Einnahmen aus der Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen erzielt werden, die auf einen Zeitraum nach der Veräußerung des Stammrechts entfallen, enthält Satz 2 einen eigenen Besteuerungstatbestand.

Beispiel: A erwirbt zum 20.10.09 als Erstwerber eine zehnjährige Schuldverschreibung und die dazugehörigen Zinskupons. Zinstermin ist jeweils der 20.10. Am 20.10.10 löst er den ersten Zinskupon ein und erzielt damit Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7. Am 19.10.11 veräußert er die Schuldverschreibung ohne Zinsscheine an B und löst am 20.10.11 den zweiten Zinskupon ein. Die daraus erzielten Zinserträge sind ebenfalls nach Abs. 1 Nr. 7 zu versteuern. Am 20.10.12 löst A den dritten Zinskupon ein. Die Zinsen sind nunmehr nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 iVm. Satz 2 stpfl. Im Jahr 13 veräußert A die übrigen Zinskupons an C. Das Veräußerungsentgelt wird nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 als Einnahme aus Kapitalvermögen erfasst.

2. Umfang der steuerpflichtigen Einnahmen

463

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 2 ist nur anzuwenden, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung die Zinsscheine und Zinsforderungen einlöst, nachdem er bereits zuvor die dazugehörige Schuldverschreibung veräußert oder unentgeltlich übertragen hat; zur teilentgeltlichen Übertragung des Stammrechts s. Anm. 459. Stpfl. sind die Erträge, die der ehemalige Inhaber der Schuldverschreibung nach der isolierten Veräußerung des Stammrechts aus der Einlösung der zurückbehaltenen Zinsscheine und Zinsforderungen erzielt. Im Unterschied zu Satz 1 der Nr. 2 Buchst. b wird in den Fällen des Satzes 2 kein Veräußerungsentgelt, sondern originärer Zinsertrag der Besteuerung unterworfen.

Beispiele: Die beiden Tatbestandsvarianten der Nr. 2 Buchst. b lassen sich durch folgende Beispiele erläutern:

Satz 1: A ist Inhaber von Schuldverschreibungen und den dazugehörigen Zinsscheinen. Er veräußert die Zinsscheine, behält aber die Schuldverschreibungen zurück. Das Veräußerungsentgelt ist stpfl. nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1. Die Einlösung der abgetrennten Zinsscheine durch Erwerber ist kein stbarer Vorgang, sondern nur Einzug einer (entgeltlich erworbenen) Forderung;

Satz 2: B ist Inhaber von Schuldverschreibungen und dazugehöriger Zinsscheine. Er veräußert in 01 die von den Zinsscheinen abgetrennten Schuldverschreibungen. In 02 löst er die getrennten Zinsscheine bei Fälligkeit ein. Die Einnahmen aus der Einlösung sind nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 2 zu versteuern. Das gilt auch, wenn A die Schuldverschreibungen vor der Einlösung unentgeltlich übertragen hätte.

IV. Sinngemäße Anwendung von Nr. 2 Satz 1 und 2 bei nicht verbrieften Anteilsrechten, Schuldverschreibungen und Schuldbuchforderungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 und 3)

464

Über die Rechtsfolgenverweisung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 sind Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 und 3 sinngemäß auf Einnahmen aus der Abtretung von Dividenden- und Zinsansprüchen anzuwenden, wenn die dazugehörigen Anteilsrechte und Schuldverschreibungen nicht in einzelnen Wertpapieren verbrieft sind, sondern als Wertrechte (Bucheffekten) verwahrt werden. Dies gilt nach Satz 3 auch dann, wenn Zinsansprüche aus Schuldbuchforderungen, die in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen sind, abgetreten werden. Für die Besteuerung der Veräußerungsentgelte spielt es danach keine Rolle, ob die Stammrechte in einzelnen Wertpapierurkunden (Dividenden- oder Zinsscheinen) oder in Sammel- oder Globalurkunden verbrieft sind. Stbar sind ebenfalls die Entgelte aus der Abtretung (§§ 398 ff. BGB) von Zinsansprüchen, wenn das dazugehöri-

ge Stammrecht lediglich als sog. Wertrechtsanleihe ausgestaltet und in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen ist.

Wertrechte bezeichnen urkundlose Aktien und Schuldverschreibungen, die von einer Wertpapiersammelbank girosammeldepotmäßig verwahrt werden, sog. Bucheffekten. Seit 1972 werden in der Bundesrepublik Anleihen emittiert, die nur in Anteilen zu 50 € (Finanzierungsschätze 500 €) oder einem Vielfachen an Sammelschuldbuchforderungen (Kurszusatz W) lieferbar sind. Die Schuldverschreibungen des Bundes werden ausschließlich als Wertrechte begeben, die in das Bundesschuldbuch eingetragen werden.

Wertrechtsanleihen sind Anleihen, für die keine effektiven Stücke angelegt werden. Der Gläubiger (Inhaber der Kapitalforderung) wird in ein Schuldbuch des Emittenten (Bund, Bundesländer, Kommunen, Bundesbahn, Bundespost) eingetragen. Bei Wertrechtsanleihen wird im Schuldbuch des Emittenten nicht der einzelne Gläubiger, sondern als treuhänderischer Gläubiger für die Anleihe der Kassenverein eingetragen.

465

V. Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

Veräußerung von Dividendenscheinen: Einnahmen aus Kapitalvermögen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a unterliegen dem Abzug der nach § 43 Abs. 5 abgeltenden KapErtrSt. von 25 %, da § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 auch auf Einnahmen aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Bezug nimmt. Den StAbzug hat nach § 44 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 4 Nr. 1 die die Veräußerung ausführende Stelle, idR ein Kreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen vorzunehmen.

Einlösung des Dividendenscheins durch den Erwerber: Wegen der materiell-rechtlichen StBefreiung der vom Erwerber des Dividendenscheins nachfolgend vereinnahmten Dividende – nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Satz 2 tritt die Besteuerung nach Satz 1 an die Stelle von Abs. 1 Nr. 1 – darf bei der Einlösung des Dividendenscheins durch den Erwerber keine KapErtrSt. erhoben werden. Die über Nr. 2 Buchst. a Satz 2 angeordnete Freistellung der Einlösungserträge muss auch für die KapErtrSt. gelten, die seit VZ 2009 eine besondere Erhebungsform der ESt. ist.

Veräußerung von Zinsscheinen: Nach § 43 Abs. 1 Nr. 10 wird von den Einnahmen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ebenfalls KapErtrSt. von 25 % mit abgeltender Wirkung für die ESt. einbehalten. Den StAbzug hat die die Erträge auszahlende Stelle, nach § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 das inländische Kreditinstitut, vorzunehmen.

466–469 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 3: Einnahmen aus Termingeschäften und Veräußerung von Finanzinstrumenten

470

I. Überblick

Schrifttum: WOHLFARTH/BRAUSE, Strukturierte Wertpapiere als Termingeschäfte, WM 1998, 1859, 1866 f. LUTTERMANN/BACKMANN, Rechtsverhältnisse bei Hedge-Fonds („Risikofonds“) in Deutschland und in den USA, ZIP 2002, 1017; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin 4. Aufl. 2006; MAIER/WENGENROTH,

Künftige Besteuerung privater Kapitalerträge, Auswirkungen der Abgeltungsteuer im Unternehmensteuerreformgesetz, ErbStB 2007, 89; PHILIPOWSKI, Werbungskosten bei fehlgeschlagenen Termingeschäften, DStR 2007, 1615; STECK, Liebhaberei bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, NWB Beratung aktuell, 2007, 2445; WATRIN/HANSEN, Finanzgeschäfte nach Einführung der Abgeltungssteuer, ErbStB 2007, 178; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009, 2. Aufl. Herne/Berlin 2010; HELIOS/PHILIPP, Besteuerung von Optionsgeschäften im Abgeltungsteuersystem, BB 2010, 95; ZANZINGER, Besteuerung des nicht gewerblichen Stillhalters bei Optionsgeschäften, DStR 2010, 149.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, betr. Besteuerung privater Termingeschäfte. Einkommensteuerrechtliche Behandlung von Termingeschäften im Bereich der privaten Vermögensverwaltung (§§ 20, 22 und 23 EStG); v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 9 ff. (Einzelfragen zur Abgeltungsteuer).

Die Vorschrift, die mit der Einführung des Abgeltungsteuersystems durch das UntStReformG 2008 erstmals in § 20 eingefügt wurde, ersetzt mit dem Buchst. a – in einem Teilbereich den früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF. Die Besteuerung der Einnahmen aus Termingeschäften in Buchst. a wird in Buchst. b erweitert um realisierte Wertzuwächse, die aus der Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Termingeschäften und ähnlichen Finanzinstrumenten. Während Buchst. a nur die Einnahmen aus der Beendigung eines solchen Geschäfts, nicht den Gewinn aus der Veräußerung erfasst, wird über den Buchst. b der „Gewinn“ aus einer Veräußerung des Termingeschäfts selbst oder eines als Termingeschäft ausgestalteten Finanzinstrument besteuert.

II. Einnahmen aus Termingeschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a)

1. Sachlicher Geltungsbereich des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a

471

Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört nach Nr. 3 Buchst. a der „Gewinn“ aus einem Termingeschäft, durch das der Stpfl. einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Die Gesetzesformulierung entspricht dem Wortlaut des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF. Eine Definition des „Termingeschäfts“ aber enthält das Gesetz wiederum nicht. Allerdings wurde die noch in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 aF zu findende Fiktion von Optionsscheinen und Zertifikaten als Termingeschäfte in der Formulierung des Buchst. a nicht übernommen. Der Gesetzesbegründung nach (BTDrucks. 16/14841, 73) umfasst der Begriff des „Termingeschäfts“ sämtliche als Options- oder Festgeschäft ausgestaltete Finanzinstrumente sowie Kombinationen zwischen Options- und Festgeschäft, deren Preis von einem Index oder dem Marktpreis eines anderen Wirtschaftsguts abhängt. Da die Verbriefung nicht Tatbestandsmerkmal ist, sind auch Wertzuwächse unverbriefteter Geschäfte erfasst. Nach BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06 (DStR 2007, 1075) und v. 17.4.2007 – IX R 23/06 (BFH/NV 2007, 1414) ist die Einräumung einer Option auf den Kauf oder Verkauf von Gütern (zB Wertpapiere, Devisen oder Rohstoffe) zu einem bestimmten Preis allerdings ist kein Termingeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF gewesen. Diese Einschränkung des Begriffs durch die Rspr. muss uE auch für die Nr. 3 Buchst. a gelten. Der Begriff des „Termingeschäfts“ an sich aber ist uE weiterhin unklar (ebenso Haisch, DStZ 2007, 762).

2. Begriff des „Termingeschäfts“

472

Parallelen zum Wertpapier- und Börsenrecht: Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a beschreibt die Termingeschäfte in Anlehnung an die Definition der in § 2 Abs. 2 WpHG (idF v. 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2798) und in § 1 Abs. 11 KWG (idF

v. 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2776) geregelten Derivate. Darunter werden Finanzprodukte verstanden, deren Wertentwicklung von der eines anderen Finanzprodukts (zB einer Aktie) oder einem synthetischen Bezugsobjekt (zB Bund-Futures) abhängt. Dazu gehören auch Finanzprodukte, die sich wiederum aus Elementen mehrerer anderer Finanzprodukte zusammensetzen, zB Aktienanleihen, die anlagetechnisch aus einer Festzinsanleihe und einem Optionsrecht zusammengesetzt sind, zivilrechtl und strechtl. aber Schuldverschreibungen sind. Mit der Formulierung der Nr. 3 Buchst. a soll deutlich gemacht werden, dass nicht nur Einnahmen aus Waren- und Devisentermingeschäfte, sondern aus allen Geschäfte, die in Abhängigkeit von der Entwicklung einer bestimmten Bezugsgröße einen Anspruch auf Geldzahlung oder einen sonstigen Vorteil begründen, der Besteuerung unterliegen. Der Gesetzeswortlaut könnte die Vermutung nahe legen, dass der Steuergesetzgeber von einem umfassenden Termingeschäftsbegriff ausgegangen ist, der auch das – nicht identische – Börsentermingeschäft des § 50 Abs. 1 BörsG in sich aufnimmt.

Termingeschäft: Nach BMF v. 22.12.2009 (BStBl. I 2010, 94 Tz. 9) sollen sämtliche als Options- oder Festgeschäfte ausgestalteten Finanzinstrumente sowie Kombinationen zwischen Options- und Festgeschäfte, deren Preis unmittelbar oder mittelbar vom Börsen- oder Marktpreis

- eines Wertpapiers,
- eines Geldmarktinstrumentes
- einer Währungs- oder Rechnungseinheit,
- einer Ware oder eines Edelmetalls abhängt,

unter den Begriff des Termingeschäfts fallen. Dem ist zumindest im Ergebnis zuzustimmen. Zunächst ist festzuhalten, dass die strechtl. Bedeutung des Begriffs nicht mit der zivilrechtl. oder kapitalmarktrechtl. übereinstimmen muss. Vielmehr ist ein autonomes Begriffsverständnis, also eine für die Besteuerung maßgebliches, zu ermitteln. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF (BTDrucks. 14/23, 180) wollte der Gesetzgeber bestimmte Besteuerungslücken, die bei Geschäfte mit spekulativem Charakter bestanden, schließen. Insoweit ist der Begriff des Termingeschäfts also wohl weit auszulegen. Allerdings ist das Vorgehen des BMF, allein auf den Begriff der Derivate iSv. § 1 Abs. 2 Nr. 1 WpHG zurückzugreifen, uE zu schematisch, weil diese Norm einem anderen Zweck, nämlich dem Anlegerschutz, dient. Dieser ist mit den Bedürfnissen des StRechts nicht in Einklang zu bringen. Umgekehrt erscheint es als zu eng, den Termingeschäftsbegriff über die Handelstechnik abzugrenzen. Danach wären Termingeschäfte von den Kassageschäfte dadurch abzugrenzen, dass eine Erfüllung erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfolgen hätte, während beim Kassageschäft schuldrechtl. Verpflichtung und Erfüllung zusammenfallen. Diese engere Auslegung würde dem Gesetzeszweck wohl nicht gerecht werden. Vielmehr ist der Begriff des Termingeschäfts iS eines Typusbegriffs dahin zu verstehen, der durch die Risiken eines Totalverlusts des angelegten Kapitals aufgrund der Hebelwirkung, und der Gefahr, planwidrig zusätzliche Mittel einsetzen zu müssen, gekennzeichnet ist (HAISCH/DANZ, DStR 2005, 2108). Der Begriff des Termingeschäfts in Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a umfasst demnach alle Geschäfte, die als Rechtsgeschäfte spekulativen Charakter aufweisen (ebenso ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im EStRecht, 2006, 87 ff.; s. unter „Optionsgeschäfte“).

Differenzgeschäfte: Der Begriff „Termingeschäft“ umfasst in Nr. 3 Buchst. a auch den zivilrechtl. Begriff des (unverbindlichen) Differenzgeschäfts iSd. § 764

Satz 2 BGB, der im ursprünglichen Gesetzentwurf zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF noch zu finden war (BTDrucks. 14/23). Von einem Differenzgeschäft ist auszugehen, wenn Vertragsinhalt die Lieferung von Waren oder Wertpapieren ist, aber zumindest eine Vertragspartei die Absicht hat, im Lieferzeitpunkt lediglich die Differenz zwischen dem bei Vertragsschluss vereinbarten Preis (Basispreis) und dem aktuellen Börsen- oder Marktpreis zu bezahlen. Obwohl äußerlich ein Umsatzgeschäft vereinbart ist, findet keine Lieferung der WG, sondern lediglich ein Differenzausgleich (Cash-Settlement) statt.

Börsentermingeschäfte: Das Termingeschäft iSd. Nr. 3 Buchst. a umfasst weiter spezielle Ausprägungen wie das Börsentermingeschäft (§§ 50–70 BörsG). Die Vertragsgestaltung von Börsentermingeschäften entspricht grds. derjenigen der Termingeschäfte. Die Besonderheit dieser Geschäftsart liegt in der Handelsform. Das Börsentermingeschäft ist darauf angelegt, durch Abschluss eines Gegengeschäfts (Glattstellung) für ein bereits vorher eingegangenes Grundgeschäft Deckung oder Ausgleich zu suchen (SCHLÜTER, *Innovative Finanzinstrumente*, 1998, 16) und sich so von den Verpflichtungen aus dem Grundgeschäft zu befreien. Nach der Rspr. des BGH sind Börsentermingeschäfte standardisierte Verträge, die von beiden Seiten erst zu einem späteren Zeitpunkt, dem Ende der Laufzeit, zu erfüllen sind und einen Bezug zum Terminmarkt haben (BGH v. 12.3.2002 – XI ZR 258/01, DStR 2002, 1055, betr. Aktienanleihen; v. 18.12.2001 – XI ZR 363/00, WM 2002, 283). Anders als beim Kassageschäft, bei dem der Anleger sofort Barvermögen oder einen Kreditbetrag einsetzen muss, wird der Anleger durch den hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt beim Börsentermingeschäft zur Spekulation auf eine günstige, aber ungewisse Entwicklung des Marktpreises in der Zukunft verleitet, die die Auflösung des Terminengagements ohne Einsatz eigenen Vermögens und ohne Aufnahme eines förmlichen Kredits durch ein gewinnbringendes Glattstellungsgeschäft ermöglichen soll (BGH v. 17.7.2001 – XI ZR 15/01, WM 2001, 1714).

Finanztermingeschäfte (Futures) sind zu standardisierten oder individuell vereinbarten Bedingungen abgeschlossene Verträge, die nach außen die Lieferung bestimmter Basisgüter wie Aktien oder Anleihen auf Termin zum Gegenstand haben. IdR sind sich die Vertragsbeteiligten jedoch darüber einig, dass ihnen nicht an der Lieferung des Basiswerts, sondern lediglich am Ausgleich der Differenz zwischen Basispreis und dem in der Zukunft liegenden, dann aktuellen Börsen- oder Marktpreis, gelegen ist. Dieser Differenzausgleich wird durch Barausgleich (Cash-Settlement) geleistet. Dies gilt unabhängig davon, ob Inhalt des sog. verdeckten Optionsgeschäfts ein lieferbares oder aber ein nicht lieferbares Basisgut ist. Lieferbare Basisgüter können zB Aktien oder Anleihen, nicht lieferbare Basisgüter ein Index oder ein bestimmter Zinssatz sein.

Termingeschäfte an der EUREX: Zu standardisierten Bedingungen werden Termingeschäfte an der Deutsch-Schweizerischen Terminbörse (EUREX, Nachfolgerin der DTB) gehandelt. Die Eröffnungsgeschäfte werden idR durch ein glattstellendes Gegengeschäft beendet, aus dem sich der Stpfl. einen Differenzgewinn erhofft. Neben Futures-Kontrakten auf Aktien oder Optionsgeschäften auf Futures werden an der EUREX auch Kapitalmarkt-Futures auf fiktive (synthetische) Schuldverschreibungen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft gehandelt.

Forwards: Die Besteuerungsregeln der Nr. 3 Buchst. a gelten auch für individuell vereinbarte, außerhalb der Börsen gehandelte Termingeschäfte (Over The Counter – OTC – Geschäfte), sog. Forwards.

Lieferung der Basiswerte: Wird bei einem Termingeschäft (ausnahmsweise) der dem Geschäfts zugrunde liegende Basiswert (Aktie, Schuldverschreibungen, Devisen) geliefert, liegt kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b vor. Die Auslieferung erfüllt selbst dann keinen Tatbestand des Abs. 2, wenn der Wert der Basisgüter im Auslieferungszeitpunkt den Wert des beim Abschluss des Termingeschäfts gezahlten Geldbetrags übersteigt. Erst wenn die gelieferten Werte weiter übertragen werden, wird ein Tatbestand des Abs. 2 Satz 1, zB Nr. 1 oder Nr. 7, erfüllt.

473–474 Einstweilen frei.

475 3. Beendigung von Finanztermingeschäften durch Glattstellung

Finanzgeschäfte an der EUREX werden regelmäßig durch den Abschluss eines Gegengeschäfts (Glattstellung) aufgelöst. Bei der Glattstellung schließen die Vertragspartner zum Ausgleich des Ursprungsgeschäfts ein Gegengeschäft auf den gleichen Basiswert mit gleichem Verfalltermin ab, wodurch die Verpflichtungen beider Seiten erlöschen, sofern das Gegengeschäft als Glattstellung oder Closing gekennzeichnet wird (Schuldaufhebungs- und Verrechnungsabrede). Vertragspartner des Stpfl. ist hier ausschließlich die Clearingstelle der Börse. Bei Forwards sind deshalb Glattstellungsgeschäfte nicht möglich. Die früher umstrittene Frage, ob die Glattstellung eines Termingeschäfts eine Veräußerung iSd. früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF war, hatte sich bereits durch die Einführung der Nr. 4 in § 23 aF entschärft. Wie schon § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF setzt auch Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a gerade keine Veräußerung voraus, weshalb der Gewinn oder Verlust aus der Glattstellung „ein durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmter Vorteil“ ist. Durch die Glattstellung wird das Ausgangsgeschäft beendet. Der BFH (v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995) hat zum alten Recht entschieden, dass die Glattstellung eines Optionsgeschäfts an der EUREX unter die Veräußerung iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF fallen kann. Diese Rspr. ist auch auf Nr. 3 übertragbar, sodass der durch die Glattstellung erzielte „Gewinn“ nicht unter die Nr. 3 Buchst. a, sondern unter Nr. 3 Buchst. b zu subsumieren ist. Strechtl. Auswirkungen hat diese Unterscheidung allerdings nicht.

Beendigung von Finanztermingeschäften ohne Ausübungserklärung: Finanztermingeschäfte unterscheiden sich von Optionsgeschäften dadurch, dass die Geschäftspartner ohne die bei Optionsgeschäften notwendige Ausübungserklärung (Wahrnehmung des Optionsrechts) verpflichtet sind, nach Ablauf der vereinbarten Frist den Basiswert zu „liefern“ bzw. zu „erwerben“, dh. regelmäßig den Differenzausgleich zu zahlen.

Devisentermingeschäfte können in zwei Grundvarianten abgeschlossen werden. Die Vertragsparteien können vereinbaren, zwei bestimmte Währungen zu einem zukünftigen Zeitpunkt mit vorher festgelegten Devisenkurs auszutauschen, dh. die Devisen effektiv zu liefern. Das Devisentermingeschäft kann jedoch auch in der Weise abgeschlossen werden, dass keine tatsächliche Lieferung erfolgen soll, sondern lediglich die Differenz zwischen einem angenommenen Basiskurs und dem zukünftigen Marktkurs auszugleichen ist.

Effektive Lieferung der Devisen: Werden die gelieferten Devisen in eine andere Währung umgetauscht, ist der Bereich des § 20 nicht tangiert. Vielmehr ist von einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 auszugehen (BFH v. 2.5.2000 – IX R 73/98; BStBl. II 2000, 614, zu § 23 Abs. 1 Satz 1

Nr. 2 aF), da Gegenstand der Veräußerung keine Kapitalforderung iSd. § 20, sondern ein anderes privates WG, die effektiven Deviseneinheiten, ist. Dies gilt auch dann, wenn am Fälligkeitstag ein auf Euro lautendes Konto des Käufers mit dem Kaufpreis belastet und ihm gleichzeitig die Fremdwährung gutgeschrieben wird, sofern dieser Betrag der auf Termin gekauften Fremdwährung entspricht. In diesem Fall wird die mit dem Devisentermingeschäft erworbene Fremdwährung am Fälligkeitstag geliefert und unmittelbar danach in Euro zurückgetauscht (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 38 f.).

Devisenerwerb vor Abschluss des Termingeschäfts: Von einem Veräußerungsgeschäft ist auch dann auszugehen, wenn die Devisen nach Anschaffung auf Termin weiterveräußert werden.

Devisenerwerb nach Abschluss des Termingeschäfts: Verkauft der Stpfl. Devisen auf Termin, ohne im Besitz der Fremdwährung zu sein (Stillhaltergeschäft), liegt ebenfalls ein Veräußerungsgeschäft vor.

Beispiel: A verkauft am 3.4.2009 10 000 US-\$ auf Termin zum 30.06.2009, ohne über die Fremdwährung zu verfügen. Der Verkaufspreis beträgt 11 000 US-\$. Am 10.5.2009 erwirbt A 10 000 US-\$ zum Termin 30.6.2009 zum Preis von 9 000 US-\$. Am 30.06.2009 wird sein Konto mit 9 000 US-\$ belastet; gleichzeitig werden ihm 11 000 US-\$ gutgeschrieben. Hieraus ist ein stpfl. Gewinn aus einem Veräußerungsgeschäft von 2 000 US-\$ aus der Differenz von 11 000 zu 9 000 US-\$ entstanden.

Devisenterminkauf mit nachfolgendem Gegengeschäft: Hier wird davon ausgegangen, dass zwischen erworbenem und veräußertem Fremdwährungsbestand Identität besteht. *Ausnahme:* der Stpfl. kann nachweisen, dass er über einen Bestand an gleichartigen Währungsmitteln verfügt und diesen tatsächlich veräußert hat. Bei einem Devisenterminkauf mit nachfolgendem Gegengeschäft erwirbt der Stpfl. den Fremdwährungsbetrag, den er zuvor mit dem Eröffnungsgeschäft veräußert hat. *Ausnahme:* der Stpfl. kann nachweisen, dass er über einen Bestand an gleichartigen Währungsmitteln verfügt und diesen tatsächlich veräußert hat.

Differenzausgleich: Vereinbaren die Vertragspartner ausdrücklich oder stillschweigend keine effektive Lieferung, sondern einen Differenzausgleich, ist ein darauf entstandener Gewinn oder Verlust nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a strechtl. beachtlich. Nach der Rspr. (BFH v. 8.12.1981 – VIII R 125/79; BStBl. II 1982, 618; v. 25.8.1987 – IX R 65/86; BStBl. II 1988, 248) sprechen folgende Indizien dafür, dass ein Differenzgeschäft vorliegt:

- die wiederholte Unterlassung der effektiven Lieferung vorheriger Devisentermingeschäfte,
- die Verbuchung und Zahlung lediglich eines Differenzausgleichs bei Fälligkeit des Devisentermingeschäfts,
- ein auffallendes Missverhältnis zwischen Vermögen und Börsentermingeschäft des Stpfl. und
- ein fehlendes sachliches Interesse des Devisenkäufers an der effektiven Währung.

Beispiel: A erwirbt am 11.6.2009 100 000 US-\$ auf Termin zum 1.10.2009. Der Terminkurs beträgt 20 000 US-\$. Am 16.7.2009 veräußert A 50 000 US-\$ auf Termin zum 11.10.2009. Der Terminkurs beträgt 62 000 US-\$. Bereits am 16.7.2009 hat A einen Gewinn aus einem privaten Termingeschäft von 2 000 US-\$ erzielt, der sich aus der Differenz des Verkaufspreises von 62 000 US-\$ und dem Kaufpreis von 60 000 US-\$ für jeweils 50 000 US-\$ nominal ergibt.

476 **4. Optionsgeschäfte als Termingeschäfte**

Optionsgeschäfte können ebenfalls unter den Begriff Termingeschäft iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a fallen (ebenso BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1975 f.; ausführlich ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im EStRecht, 2006, 87 ff.). Legt man ein autonom zu bestimmendes strechtl. Begriffsverständnis vom Termingeschäft zugrunde (s. bereits oben unter „Termingeschäft“), so sind auch Optionsgeschäfte unter den Begriff zu fassen. Die Tatsache, dass Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft beim Optionsgeschäft zivilrechtl. zusammenfallen (Kassageschäfte), spricht aber gegen die Einordnung von Optionsgeschäften in den Tatbestand der Nr. 3 Buchst. a.

Inhalt eines Optionsgeschäfts: Das Optionsgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerber einer Option nur das Recht, nicht jedoch die Verpflichtung hat, zu einem späteren Zeitpunkt ein Geschäft, zB den Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers, zu vorher festgelegten Konditionen abzuschließen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 10 ff.). Gegen Bezahlung einer Prämie (Optionsprämie) erwirbt der Käufer (Optionsnehmer) vom Verkäufer (Optionsgeber) das Recht, eine bestimmte Anzahl von Basiswerten, zB Aktien, zu einem vereinbarten Basispreis vom Verkäufer zu erwerben (Kaufoption oder Put). Bei einer Call-Option hat der Optionsgeber das Basisgut zu liefern, wenn der Optionsnehmer die Option ausübt. Im Fall eines Puts muss der Optionsgeber die ihm vom Optionsnehmer (Stillhalter) angedienten Aktien abnehmen. Je nach den Bedingungen des Optionsgeschäfts kann die Option am Ende der Laufzeit (europäische Option) oder während der gesamten Laufzeit (amerikanische Option) ausgeübt werden.

Verhältnis von Options- und nachfolgendem Wertpapiergeschäft: BFH v. 28.11.1990 – XI 197/87 (BStBl. II 1990, 300) geht uE zutreffend davon aus, dass der Optionsvertrag durch die Einräumung des Optionsrechts und Zahlung der Optionsprämie durch den Optionsnehmer vollständig erfüllt seien. Die nachfolgende, durch die Ausübung der Option veranlasste Lieferung des Basiswerts, zB der Aktien, gegen Zahlung des im Optionsvertrag vereinbarten Entgelts sei strechtl. als ein eigenständiges Geschäft anzusehen. Diese sog. Zweivertrags- oder Trennungstheorie wird zumindest für die Optionsgeschäfte an der EUREX (früher Deutsche Terminbörse) kritisiert (FG Hamb. v. 6.12.2001, FR 2001, 456, rkr., mit Anm. KUPKA/Süss, FR 2001, 438; NZB abgelehnt BFH v. 30.7.2002 – VIII R 23/02), weil die an der Terminbörse abgeschlossenen Optionsgeschäfte gerade nicht auf den nachfolgenden Vertragsabschluss über die Lieferung des veroptionierten Wertpapiers, sondern auf Glattstellung des Eingangsgeschäfts durch Abschluss eines Gegengeschäfts mit Closing-Vermerk gerichtet seien. Diese Argumentation überzeugt uE nicht. Auch wenn an der Terminbörse ca. 95 % aller eingegangenen Geschäfte durch Glattstellung beendet werden, so lassen die Handelsbedingungen der Terminbörse ausdrücklich auch die Ausübung der Option über lieferbare Wertpapiere zu, dh. es kommt im Fall der Ausübung zu einem zweiten Vertragsabschluss über die Lieferung des Basiswerts gegen Zahlung des Kaufpreises.

Beendigung des Optionsgeschäfts: Das Optionsgeschäft wird beendet durch

- Ausübung der Option,
- Verfall bei Ablauf der Laufzeit oder
- an der EUREX durch Glattstellung (Eingehen eines Gegengeschäfts).

Grundpositionen des Optionsgeschäfts: Der Optionsschein-Anleger kann vier Grundpositionen eingehen, aus denen sich unterschiedliche strechtl. Folgerungen ableiten:

- Kauf einer Kaufoption (long call),
- Kauf einer Verkaufsoption (long put),
- Verkauf einer Kaufoption (short call) und
- Verkauf einer Verkaufsoption (short put).

Kauf einer Kauf- oder Verkaufsoption: Die Aufwendungen für den Erwerb einer Kauf- oder Verkaufsoption sind AK des Optionsrechts. Transaktionskosten sind AK der Option. Wird das Optionsrecht innerhalb der Jahresfrist weiterveräußert, liegt ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b vor.

Verkauf einer Kauf- oder Verkaufsoption: Der Verkäufer einer Kaufoption (Stillhalter) erhält für das Eingehen des Risikos aus dem eingeräumten Optionsrecht vom Käufer der Option eine Optionsprämie, die seit VZ als Einnahme aus Kapitalvermögen nach Abs. 1 Nr. 11 (früher aus sonstiger Leistung nach § 22 Nr. 3) stbar ist (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. 2004, 995; v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075 f., jeweils zu § 22 Nr. 3); s. dazu Anm. 400 f.

Beispiel: (Verkauf einer Kaufoption): Der Verkäufer einer Kaufoption (Stillhalter) erhält von A die Optionsprämie dafür, dass er sich für eine bestimmte Zeit bindet und die daraus resultierenden Kursrisiken einget, die durch Einräumung des Optionsrechts während der Optionsfrist entstehen können. Die Optionsprämie stellt deshalb nach Auffassung der FinVerw. und der Rspr. für den Stillhalter Entgelt iSd. Abs. 1 Nr. 11 dar (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995, zu § 22 Nr. 3). Muss der Stillhalter die Aktien zum Preis von 320 € liefern, die er zuvor für 350 € erworben hatte, so führt der hieraus entstehende Verlust von 30 € je Aktie nicht zu WK. Das gilt auch, wenn der Stillhalter auf Grund des Optionsgeschäfts an A statt der Aktie einen Barausgleich (Differenzausgleich) zu leisten hat.

Ausübung einer Kauf- oder Verkaufsoption: Mit Ausübung der Kaufoption wird das Basisgut geliefert. Die Optionsprämie und Transaktionskosten erhöhen die AK des Basisguts. Der Tatbestand der Nr. 3 ist in diesem Fall nicht berührt. Wird dagegen anstelle der Lieferung lediglich ein Differenzausgleich gezahlt, ist der Tatbestand der Nr. 3 Buchst. a erfüllt. Die Optionsprämie und Transaktionskosten sind vom Differenzausgleich abzuziehen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 21, 28). Übt der Inhaber einer Verkaufsoption seine Option aus, muss er das Basisgut an seinen Vertragspartner liefern. Verfügt er noch nicht über das Basisgut, zB Aktien, und muss dieses erst erwerben, verwirklicht er mit der Weiterlieferung der Aktien an den Optionsnehmer ein Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 3. War er bereits Inhaber des Basisguts, erfüllt er mit der Lieferung innerhalb der Jahresfrist nach Anschaffung der Aktien den Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b. Optionsprämie und Transaktionskosten sind wiederum wie WK abziehbar (Abs. 4 Satz 1).

Beispiel: (Ausübung einer Kaufoption durch Lieferung): Anleger A erwirbt am 1.3.2009 über seine Bank zehn Kaufoptionen (Calls) über je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2009: 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juli 2009 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$. Bereits am 31.5.2009 ist der Kurs der Aktie auf 320 € gestiegen. A beschließt daher, sein Optionsrecht auszuüben und verlangt die Lieferung der Aktien. A erzielt aus diesem Geschäft keinen Vorteil iSd. Nr. 3 Buchst. a. Die Optionsprämie von 20400 € erhöht die AK der Aktien. Je Aktie hat A nunmehr AK von 340,40 €

(320 € + 20,40 €), die der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns nach Nr. 3 Buchst. b zugrunde zu legen sind, wenn die Aktien weiterveräußert werden.

Beispiel: (Ausübung einer Kaufoption durch Differenzausgleich): Anleger A erwirbt am 1.3.2009 über seine Bank zehn Kaufoptionen (Calls) auf je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2009: 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juli 2009 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$. Am 31.7.2009 ist der Kurs der Aktie auf 350 € gestiegen. A beschließt daher, sein Optionsrecht auszuüben und verlangt die Differenz zwischen dem Basispreis von 309,60 € zu 350 €, also 40,40 € je Option. Daraus erzielt er insgesamt Einnahmen von 40400 €. Abzüglich der Aufwendungen für die Optionsprämie von 20400 € verbleibt ein stpfl. Gewinn von 20000 €.

Glattstellung einer Kauf- oder Verkaufsoption durch den Käufer: Standardisierte Optionsgeschäfte an der EUREX können durch Glattstellung beendet werden. Mit dem Abschluss eines Gegengeschäfts zur Glattstellung des Ausgangsgeschäfts innerhalb der Jahresfrist wird ein Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 3 Buchst. b verwirklicht. Der Gewinn oder Verlust aus dieser Glattstellung ist die Differenz zwischen der aus dem Gegengeschäft erzielten Optionsprämie und den Anschaffungs- und Nebenkosten des Grundgeschäfts (BFH v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995; ebenso BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 24; aA die Vorinstanz zu IX R 26/03, FG Köln v. 22.1.2003, EFG 2001, 853; WAGNER, NWB F. 3, 12695 [12697]; zust. auch SCHULTZE/GRELCK, DStR 2003, 2103 f.). Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a ist auf den durch die Glattstellung erzielten Gewinn nicht anzuwenden, weil diese Vorschrift gegenüber der Nr. 3 Buchst. b subsidiär ist (s. ausführlich Anm. 485).

Beispiel: (Glattstellung einer Kaufoption nach BMF v. 27.11.2001, BStBl. 2001, 986 Tz. 17): Anleger A erwirbt am 15.3.2009 über seine Bank an der Terminbörse EUREX zehn Kaufoptionen (Calls) auf je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 15.3.2009 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juni 2009 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$ zzgl. 250 € Transaktionskosten. Am 1.4.2009 ist der Kurs der Aktie auf 350 € gestiegen. Das Recht (die Option), die Aktien zu einem Basispreis von 320 € zu kaufen, ist jetzt 50 € wert (innerer Wert 30 €, angenommener Zeitwert 20 €) A beschließt daher, seine Position durch ein Gegengeschäft glattzustellen, dh. er verkauft über seine Bank zehn Kaufoptionen über je 100 Aktien des gleichen Unternehmens zum Basispreis von 320 €, Verfallmonat für Juli 2009, mit Closing-Vermerk (Glattstellung). A erhält dafür am 2.4.2009 eine Optionsprämie von $1000 \times 50 \text{ €} = 50000 \text{ €}$ abzüglich 500 € Spesen. A hat aus diesen Vorgängen einen stpfl. Veräußerungsgewinn iHv. $(50000 \text{ €} - 500 \text{ €} - 20400 \text{ €} - 250 \text{ €}) = 28850 \text{ €}$ erzielt.

Glattstellung einer Kaufoption durch den Verkäufer: Der Verkäufer einer Kaufoption löst sich aus dem Grundgeschäft durch den Kauf einer Kaufoption mit entsprechendem Glattstellungsvermerk. Die für den Kauf der Kaufoption aufgewendete Optionsprämie ist durch die Befreiung aus dem Grundgeschäft und zur Sicherung der dabei erhaltenen Optionsprämie veranlasst und deshalb als WK (Glattstellungsaufwand) bei den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 11 abziehbar.

Verfall einer Kauf- oder Verkaufsoption: Wird die Option am Ende der Laufzeit nicht ausgeübt, verfällt das Kauf- oder Verkaufsrecht. Der dadurch entstehende Verlust ist nach Auffassung der FinVerw. stl. nicht relevant (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 27, 32). Nach BFH v. 10.12.2007 – IX R 11/06 (BStBl. II 2008, 519) zur Berücksichtigung des Verlusts im Rahmen der privaten Veräußerungsgeschäfte bestand zwischen § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1

und 2 EStG aF kein Widerspruch (aA PHILIPOWSKI, DStR 2004, 978 [979 f.]). Beide Vorschriften legten die Bedingungen für die StBarkeit fest. Das erworbene Recht auf einen Differenzausgleich müsse innerhalb eines Jahres beendet sein (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2 EStG aF) und der Optionsinhaber müsse hieraus (tatsächlich) einen Differenzausgleich erlangen (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 EStG aF). Für eine andere Auslegung der Vorschrift unter Hinweis auf das System des EStRechts oder den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit bestehe angesichts ihres eindeutigen Wortlautes kein Raum (aA PHILIPOWSKI, DStR 2004, 978 [979 f.]; PHILIPOWSKI, DStR 2007, 1615, unter Hinweis auf die Rspr. zu § 19 und der Abziehbarkeit von Optionsverlusten als WK, BFH v. 3.5.2007 – VI R 36/05, BStBl. 2007, 647; ebenso HELIOS/PHILIPP, BB 2010, 95 [98], die die AK der verfallenen Option als Aufwendungen iSd. Abs. 4 Satz 5 ansehen).

Beispiel: (Verfall einer Kauf- oder Verkaufsoption): Anleger A erwirbt am 1.3.2009 über seine Bank zehn Kauf-Optionen (Calls) auf je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2009: 309,60 €). Die Aktie ist nicht gestiegen, sondern hat verloren. Am letzten Tag des Verfallmonats Juli 2009 steht sie unter dem Basispreis von 320 €, zB bei 300 €. A könnte die Aktie jetzt über die Börse preiswerter erwerben als aus der Option. Er wird deshalb die Option nicht ausüben, sondern verfallen lassen. Die gezahlte Optionsprämie von 20 400 € geht dabei verloren. Sie kann stl. nicht als Verlust mit anderen Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften verrechnet werden. Die FinVerw. sieht in der Optionsprämie AK des Basisguts. Werden zB die zu Grunde liegenden Aktien geliefert, so erhöht die Optionsprämie die AK der Aktien. Wird die Option nicht ausgeübt, verfällt die Optionsprämie. Das Gleiche gilt für den Verfall einer Verkaufsoption.

Stellungnahme: Im Gegensatz zur Auffassung der FinVerw. hat der BFH im Fall von Optionen, die einem AN als Teil seiner Vergütung gewährt werden, die Optionsprämien als vergebliche, bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit abziehbare WK eingeordnet, wenn das Optionsrecht wertlos verfallen ist (BFH v. 3.5.2007 – VI R 36/05, BStBl. II 2007, 647). Da die AK mit dem Abschluss des Termin- oder Optionsgeschäft in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang“ stehen, sind uE nunmehr auch im Rahmen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 4 Satz 5 die Optionsprämien als vergebliche WK abziehbar. Die Auffassung der FinVerw. ist uE nicht mehr haltbar; ebenso HELIOS/PHILIPP, BB 2010, 95 (98).

Einstweilen frei.

477–479

5. Zinsbegrenzungsvereinbarungen

480

Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind Verträge, in denen sich einer der Vertragspartner (Verkäufer) verpflichtet, an einen anderen Vertragspartner (Käufer) Ausgleichszahlungen zu leisten, wenn ein bestimmter Zinssatz eine gewisse Höhe über- oder unterschreitet. Grundformen der Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind

- Caps (Zinsoberbegrenzungen),
- Floors (Zinsunterbegrenzungen) und
- Collars (Kombination aus Caps und Floors).

Kauf einer Zinsbegrenzungsvereinbarung (Rechtstellung des Optionsinhabers): Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind Termingeschäfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, da die Ausgleichszahlungen in Abhängigkeit von der Entwicklung einer bestimmten Bezugsgröße, dem Referenzzins, gezahlt werden. Alle

drei Grundformen können dabei nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden. Die Zahlung der Prämie zum Zeitpunkt des Erwerbs der Begrenzungsvereinbarung stellt die Anschaffung des Optionsrechts oder mehrerer hintereinander gestaffelter Optionsrechte dar. Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind zivilrechtl. Dauerschuldverhältnisse, deren Leistungen sich zu bestimmten vertraglich vereinbarten Terminen konkretisieren.

► *Steuerabzug*: Der Abzug der KapErtrSt. knüpft an die zu leistenden Ausgleichszahlungen an. Die für den Erwerb der Zinsbegrenzungsvereinbarung getätigten Aufwendungen sind im Zeitpunkt der ersten Ausgleichszahlungen (AK) nach Abs. 4 Satz 5 zu berücksichtigen.

► *Ausbleiben der Ausgleichzahlung*: Kommt es während der gesamten Laufzeit zu keiner Ausgleichzahlung, zB weil der Referenzzins die Zinsobergrenze zu keinem Zeitpunkt überschritten hat oder die Untergrenze nicht erreicht wurde, sind die Aufwendungen nach der FinVerw. (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 43) – wie beim Verfall von Optionen – stl. nicht zu berücksichtigen; s. Anm. 476 aE.

Verkauf einer Zinsbegrenzungsvereinbarung (Stillhalterposition): Die bei Vertragsabschluss vereinnahmte Prämie ist Einnahme aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 11. Die Ausgleichszahlungen, die der Stillhalter entsprechend der Vereinbarung zu zahlen hat, ist als Zahlung eines Differenzausgleichs zu werten, die im Rahmen des Privatvermögens stl. unbeachtlich ist.

481 6. Swapgeschäfte

Literaturhinweis: BORCHERS, Swapgeschäfte in Zivil- und Steuerrecht, Europäische Hochschulschriften, 1993.

Aktien swaps: Sie werden idR eingesetzt, um aus einer Aktienposition resultierende Chancen und Risiken auf einen Vertragspartner (Sicherungsgeber, idR die Hausbank) zu übertragen. Der Sicherungsgeber übernimmt dabei für die Laufzeit des Geschäfts das Kurs- und Dividendenrisiko aus den Aktien. Er erhält Dividendenausgleichszahlungen und bei Fälligkeit einen Ausgleich von etwaigen Wertsteigerungen der Aktien. Im Gegenzug ersetzt der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer dessen Finanzierungskosten, wobei als Berechnungsgrundlage der vertraglich vereinbarten „Zinszahlungen“ der Marktwert der Aktienposition bei Vertragsschluss zugrunde gelegt wird. Zudem leistet der Sicherungsgeber einen Ausgleich für mögliche Kursverluste. Ein Austausch von Kapital findet dagegen nicht statt.

Steuerrechtliche Folgen: Aktien swaps sind stl. als Termingeschäfte einzuordnen, die zu folgenden Konsequenzen führen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 46):

- *Vereinnahmung der Dividenden*: stpfl. Kapitalertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1,
- Ausgleichszahlungen an den Sicherungsgeber (Hausbank): Aufwendungen iSd. Abs. 4 Satz 5 (WK),
- Vergütung möglicher Kurswertsteigerungen an den Sicherungsgeber (Hausbank): Aufwendungen iSd. Abs. 4 Satz 5
- „Zinszahlungen“ des Sicherungsgebers (Hausbank) an den Anleger: Geldbetrag (Vorteil) iSd. Abs. 4 Satz 5 (WK),
- Ausgleich des Sicherungsgebers (Hausbank) für mögliche Kurswertverluste: Geldbetrag (Vorteil) iSd. Abs. 4 Satz 5 (WK).

Zinsswaps: Zeitlich begrenzter Vertrag (Dauerschuldverhältnis) über den Austausch von Geldbeträgen, welche sich in Bezug auf die Zinsberechnungsbasis unterscheiden. Ein Kapitalaustausch findet nicht statt. Im Grundfall wird eine jährliche Zahlung von Festzinsträgen gegen jährlich zu zahlende variable Zinsbeträge getauscht, die sich nach einem bestimmten Referenzzinssatz, zB dem EURIBOR, richten.

Steuerrechtliche Folgen: Auch Zinsswaps sind als Termingeschäfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a zu bewerten. Stpfl. Kapitalertrag iSd. Abs. 4 Satz 5 liegt in Form der während der Laufzeit erhaltenen Zinsbeträge vor (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 47). Geleistete Zahlungen sind im Zeitpunkt der Zahlung als negative Erträge unterjährig vom Kreditinstitut im Verlustverrechnungstopf (§ 43a Abs. 3) zu berücksichtigen. Transaktionskosten sind Aufwendungen iSd. Abs. 4 Satz 5 und im Zeitpunkt der Verausgabung als WK zu berücksichtigen. Einmalzahlungen im Tausch gegen laufende Zahlungen zu Beginn der Laufzeit (Up-Front-Zinsswap) oder am Ende der Laufzeit (Ballon-Zinsswaps) sind im Zahlungszeitpunkt bei StAbzug zu berücksichtigen.

7. Zeitpunkt der Verwirklichung eines Termingeschäfts

482

Der Tatbestand der Nr. 3 Buchst. a ist erfüllt, wenn aus einem Termingeschäft ein Geldbetrag oder Vorteil erlangt ist, der vom Wert einer veränderlichen Größe abhängig ist. Der Gewinn oder Verlust (Abs. 4) aus einem Termingeschäft entsteht also im Zeitpunkt der Beendigung des Geschäfts und Entstehung des Anspruchs auf Zahlung des Differenzausgleichs oder des Anspruchs auf Leistung des sonstigen Vorteils, zB Lieferung einer bestimmten Anzahl von Aktien. Im Fall der Glattstellung ist auf den Zeitpunkt der Ausführung des Gegen geschäfts abzustellen. Für den Zufluss des Geldbetrags oder sonstigen Vorteils aus einem Termingeschäft gelten die allgemeinen Regeln des § 11.

III. Einnahmen aus der Veräußerung von Finanzinstrumenten (Nr. 3 Buchst. b)

1. Der Begriff „Finanzinstrument“

483

Im Gegensatz zu Nr. 3 Buchst. a wird mit Nr. 3 Buchst. b der Gewinn aus der Veräußerung der in Buchst. a erfassten Termingeschäfte aller sonstiger Finanzinstrumente zu sbaren Einnahmen iSd. § 20 erklärt; zur Veräußerung s. § 23 Anm. 48 ff. Dies entspricht sachlich dem Tatbestand des früheren § 23 Abs. 1 Satz Nr. 2 Satz 1 aF, der die Veräußerung, der ua. die Veräußerung von unverbrieften und verbrieften Kapitalforderungen zu Gegenstand hatte. Die Vorschrift stellt nicht nur auf die Veräußerung des Termingeschäfts als solches ab, sondern regelt in unbestimmter Weise die Veräußerung eines als Termingeschäft ausgestalteten Finanzinstruments. Angesichts der Vielfältigkeit der heutigen Finanzprodukte scheint der Wortlaut bedenklich unbestimmt. In der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/14841, 73) wird dazu beispielhaft die Veräußerung von Optionen genannt. Wegen der fehlenden Begriffsbestimmung zum Termingeschäft ist aber schon zweifelhaft, ob Optionen überhaupt unter die Tatbestände der Nr. 3 fallen; s. dazu Anm. 476. Sowohl börsliche als auch außerbörsliche Optionsgeschäfte können als Finanzinstrumente bezeichnet werden, sind aber zivilrechtl. keine Termingeschäfte, sondern uE nach der vorherrschenden Trennungstheorie (Trennung von Options- und Ausführungsgeschäft; BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075) Kassageschäfte; s. dazu Anm. 476. Der BFH sieht in Optionsgeschäften keine Termingeschäfte. Er trennt vielmehr zu-

treffend zwischen Eröffnungs-, Basis- und Gegengeschäft (so BFH v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752, u. v. 18.12.2002 – I R 17/02, BStBl. II 2004, 126). Deshalb bilden das die Prämie auslösende Begeben einer Option und das nachfolgende Geschäft (zB Glattstellung oder Basisgeschäft) kein einheitliches Termingeschäft.

Finanzinstrumente iSd. Wertpapierhandelsgesetzes: Das WpHG enthält in § 2 Abs. 2b Satz 1 eine Definition des Finanzinstruments, auf die Nr. 3 Buchst. b jedoch im Wortlaut keinen Bezug nimmt. Finanzinstrumente sind danach fungible Wertpapiere wie

- Aktien, mit Aktien vergleichbare Anlagewerte (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG) und Zertifikate, die Aktien vertreten,
- Schuldverschreibungen, Genussscheine, Optionsscheine und Zertifikate auf Schuldtitel (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG),
- in- und ausländ. Investmentanteile (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 WpHG),
- Geldmarktinstrumente (§ 2 Abs. 1a WpHG) und
- Derivate (§ 2 Abs. 2 WpHG; als Termingeschäfte ausgestaltete Fest- und Optionsgeschäfte).

Umfang der betroffenen Finanzinstrumente: Die Formulierung der Nr. 3 Buchst. b schränkt den Begriff der Finanzinstrumente im Vergleich zum WpHG ein. Weder die Einnahmen aus der Veräußerung jeglicher Termingeschäfte noch die Einnahmen aus der Veräußerung aller Finanzinstrumente des § 2 Abs. 2b Satz 1 WpHG unterliegen der Besteuerung. Vielmehr sind nur solche Finanzinstrumente erfasst, die als Termingeschäfte „ausgestaltet“ sind. Somit ist der Begriff des Finanzinstruments nach Nr. 3 Buchst. b enger als der des § 2 Abs. 2b WpHG. Aus dem Kreis der in § 2 Abs. 2b Satz 1 WpHG aufgezählten Instrumente werden von Nr. 3 Buchst. b uE nur die verbrieften und unverbrieften Optionsgeschäfte, die Zertifikate, soweit sie Aktien (American Depository Receipts – ADR –) oder Schuldtitel (zB REX oder REX-P Zertifikate) vertreten und Geldmarktinstrumente erfasst, wenn sie als Termingeschäft ausgestaltet sind, dh. einen Bezug zum Terminmarkt haben.

Einnahmen aus der Veräußerung von Zertifikaten: Abgesehen von der bisher von der Rspr. noch nicht beantworteten Frage, ob die am deutschen Kapitalmarkt gehandelten Zertifikate vom Tatbestand des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 aF erfasst waren, obwohl sie keine „Aktien vertreten“, und nach der aktuellen Rechtslage unter Nr. 3 Buchst. a zu subsumieren sind, sind zB Index-Zertifikate keine (Börsen)Termingeschäfte (TILP, in Allmendinger/Tilp, Börsentermin- und Differenzgeschäfte Rdn. 332; WOHLFARTH/BRAUSE, WM 1998, 1859 [1866 f.]; ebenso für Finanztermingeschäfte: Begr. RegE 4. FMFG, BTDrucks. 14/8017, S. 85; BECK, in SCHWARK, Kapitalmarktrechts-Kommentar 3. Aufl. WpHG § 2 Rdn. 18). Index-Zertifikate zB sind vielmehr Schuldverschreibungen (WOHLFARTH/BRAUSE, aaO, WM 1998, 1859; LUTTMANN/BACKMANN, ZIP 2002, 1017; BECK, aaO, § 2 Rdn. 18), die den Anspruch des Inhabers gegen den Emittenten auf Zahlung eines Geldbetrages verbrieft, dessen Höhe vom Stand des zugrunde gelegten Index am Ende der Laufzeit abhängt. Der Leistungsaustausch durch Übertragung der Schuldverschreibung mit der darin wertpapiermäßig verbrieften Forderung hat Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises binnen der für Kassageschäfte üblichen Frist von zwei Tagen (BGH v. 18.1.1988 – II ZR 72/87, BGHZ 103, 84) zu erfolgen. Der Leistungsaustausch ist somit nicht – wie bei einem Termingeschäft – zukunftsbezogen. Durch die spätere Rückzahlung des Emittenten an den Erwerber wird nicht

der Vertrag über den Erwerb des Zertifikats, sondern die durch die Schuldverschreibung begründete Forderung erfüllt (BGH v. 13.7.2004 – XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58). Die am Ende der Laufzeit eines Zertifikats mit Rückzahlung erlangten Mehrbeträge sind somit – zumindest beim Durchhalter – nicht nach Nr. 3 Buchst. a, sondern nach Abs. 1 Nr. 7 stbar. Nach BFH v. 13.12.2007 – VIII R 79/03 (DStR 2007, 286), gilt dies allerdings nur für Garantie-Zertifikate. Die Einnahmen aus einer Zwischenveräußerung eines Garantie-Zertifikats sind dementsprechend von Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 erfasst. Zertifikate ohne garantierte Kapitalrückzahlung sind, folgt man der unter Anm. 476 vertretenen eigenständigen strechtl. Auslegung des Termingeschäftsbegriffs, vom Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b erfasst.

Einnahmen aus der Veräußerung von Optionsscheinen: Optionsscheine, die von einer Options-Schuldverschreibung abgetrennt werden, erfüllen den Termingeschäftsbegriff ebenfalls nicht. Solche Geschäfte sind insbesondere nicht von beiden Seiten erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt zu erfüllen. Sie sind nicht zukunftsbezogen. Es handelt sich vielmehr um Kassageschäfte (BGH v. 16.4.1991 – XI ZR 88/90, BGHZ 114, 177). Die Einnahmen aus der Veräußerung eines solchen Optionsscheins sind uE ebenfalls nicht nach Nr. 3 Buchst. b stbar. Etwas Anderes muss nach der Rspr. des BGH für sog. Bandbreiten-Optionsscheine gelten, die als (Börsen-)Termingeschäfte angesehen werden. Es handelt sich dabei um standardisierte Geschäfte mit Wertpapieren, die erst zu einem späteren Zeitpunkt, dem Ende der Laufzeit, zu erfüllen sind und einen Bezug zu einem Terminmarkt haben. Bei Bandbreiten-Optionsscheinen ist der Fälligkeitszeitpunkt hinausgeschoben und der Erfolg der Spekulation des Käufers von der künftigen Kursentwicklung des Basiswertes bis zu diesem Zeitpunkt abhängig. Nach der Rspr. der Zivilgerichte gehören zu den (Börsen-)Termingeschäften auch Geschäfte, die wirtschaftlich gleichen Zielen dienen, auch wenn sie nicht auf Erfüllung, dh. effektiven Bezug oder Lieferung von Waren oder Wertpapieren, ausgerichtet sind. Der BGH hat deshalb unter Modifizierung der in BGH v. 22.10.1984 – II ZR 262/83 (BGHZ 92, 317) entwickelten Definition Geschäfte mit selbstständigen Aktienindex- und Basket-Optionsscheinen als (Börsen)Termingeschäfte angesehen, obwohl bei ihnen die Möglichkeit einer Glatstellung durch ein Gegengeschäft am Terminmarkt nicht besteht (BGH v. 12.5.1998 – XI ZR 180/97, BGHZ 139, 1; v. 29.3.1994 – XI ZR 31/93, WM 1994, 834; v. 4.10.1995 – XI ZR 152/94, WM 1995, 2026, u. v. 3.2.1998 – XI ZR 33/97, WM 1998, 545). Für Geschäfte mit selbstständigen Bandbreiten-Optionsscheinen, bei denen wie bei anderen Optionsscheinengeschäften die Kursspekulation im Vordergrund steht, gilt unter Berücksichtigung ihres wirtschaftlichen Zwecks, der für die Qualifizierung als (Börsen) Termingeschäft von maßgeblicher Bedeutung ist (BGH v. 16.4.1991 – XI ZR 88/90, BGHZ 114, 177) nichts anderes. Diese Optionsscheine werden – folgt man der Zivilrechtsprechung – ebenfalls von Nr. 3 Buchst. a und b erfasst.

Einstweilen frei.

484

2. Abgrenzung der Nr. 3 Buchst. a zu Nr. 3 Buchst. b

485

Ausgehend von der Struktur des Abs. 2 Satz 1 unterscheidet sich das Termingeschäft in Nr. 3 Buchst. a vom Geschäft der Nr. 3 Buchst. b dadurch, dass nach dem Tatbestand der Nr. 3 Buchst. a nicht an einen Veräußerungsvorgang, sondern an die Beendigung des Geschäfts (Beendigungsgeschäfte) durch Zahlung (Empfang) eines Geldbetrags oder durch die Leistung eines sonstigen Vorteils aus dem Eingehen eines Termingeschäfts angeknüpft wird. Das Veräußerungs-

geschäft in Nr. 3 Buchst. b ist dagegen iS eines entgeltlichen Übertragungsgeschäfts mit einem Dritten zu verstehen. Seit 2009 fallen alle Beendigungstatbestände zwischen einem Rechtsinhaber und dem Emittenten eines Finanzprodukts begrifflich in den Bereich der Nr. 3 Buchst. a. Liegt zudem eine Veräußerung vor, so ist Nr. 3 Buchst. b vorrangig anzuwenden. Dies gilt nach der Rspr. des BFH (Urt. v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995) zu § 23 aF zB für die Glattstellung bestimmter Optionsgeschäfte an der EUREX. Kommt es innerhalb der Jahresfrist zu einer Übertragung der Rechte aus einem Termingeschäft oder einer Veräußerung des Optionsscheins oder Zertifikats, ist ebenfalls der Tatbestand der Nr. 3 Buchst. b erfüllt. Erst der Zwischenerwerber unterliegt mit dem bei Beendigung erzielten Geldbetrag oder sonstigem Vorteil der Besteuerung aus Nr. 3 Buchst. a.

Beispiel: A erwirbt am 20.9.2009 von der X-Bank aus der Emission ein Index-Zertifikat als Ersterwerber zu 50 €, das er am 20.12.2009 zu 60 € über die Börse an B veräußert. Der aus diesem Geschäft erzielte Differenz zwischen Erwerbs- und Veräußerungspreis) von 10 € ist nach Nr. 3 Buchst. b stl. zu erfassen. B löst das Zertifikat am Ende der Laufzeit am 15.9.2010 bei der X-Bank ein und erhält den Index im Verhältnis 1:100 in bar ausgezahlt. Das macht einen Geldbetrag von 70 € aus. B hat seinen Gewinn von 10 € (Differenz zwischen Erwerbs- und Einlösungspreis) nach Nr. 3 Buchst. a zu versteuern, da das Index-Zertifikat nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 45) von Nr. 3 Buchst. b erfasst wird.

Subsidiarität des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a: Erfüllt ein Geschäft sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen von Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b als auch die des Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, so ist fraglich, welcher Norm der Vorrang gebührt und welche subsidiär ist. Der Wortlaut ist wenig ergiebig. Deshalb wurden im Schrifttum zum Verhältnis des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 aF auch beide Positionen vertreten. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF ist von einer Subsidiarität der Nr. 3 Buchst. a gegenüber Nr. 3 Buchst. b auszugehen. Mit Nr. 3 Buchst. a und der Vorgängervorschrift § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF sollten und sollen lediglich Besteuerungslücken geschlossen werden, die durch das Abstellen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF, jetzt Nr. 3 Buchst. b, auf Veräußerungen entstanden waren (ebenso HEUERMANN, DB 2003, 1919, zu § 23 EStG; aA BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 75). Strechtl. Folgen ergeben sich aus der Unterscheidung nicht, da der Gewinn aus beiden Vorschriften zu Einkünften aus Kapitalvermögen führt.

IV. Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

Die Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 unterliegen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dem KapErtrStAbzug von 25 %. Mit diesem StAbzug ist die ESt. grds. abgegolten (§ 43 Abs. 5 Satz 1). Den StEinbehalt haben nach § 44a Abs. 1 Satz 3 und 4 die die Erträge auszahlende Stelle oder das die Veräußerung durchführende Institut, also regelmäßig das inländ. Kreditinstitut oder gleichgestellte inländ. Finanzdienstleistungsinstitute vorzunehmen.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 4: Einnahmen aus der Veräußerung von stillen Beteiligungen und partiarischen Darlehen (Abs. 1 Nr. 4)

A. Umfang der Einnahmen

490

Die Vorschrift wurde durch das UntStReformG 2008 erstmalig in den Abs. 2 eingefügt. Mit ihr wird der „Gewinn“, also der aus der Veräußerung oder Abtretung von stillen Beteiligungen oder partiarischen Darlehen iSd. Abs. 1 Nr. 4 realisierten Wertzuwachs, als Einnahme aus Kapitalvermögen erfasst. Zur Veräußerung s. Anm. 421.

Veräußerung an einen Dritten zum Nennwert der Einlage: Die Rückzahlung der Einlage ist nicht stbar; s. Anm. 147f. Wird die Beteiligung nach dem 31.12.2008 eingegangen und veräußert, wird der Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 zwar erfüllt, jedoch ergibt sich hieraus kein stpfl. Gewinn iSd. Abs. 4 Satz 1.

Veräußerung zu einem Entgelt über dem Nennwert der Einlage: Zu unterscheiden ist wiederum zwischen Beteiligungen, die vor 2009 eingegangen sind und solchen, die nach 2008 begründet wurden; zur Behandlung von Altbeteiligungen s. Anm. 148. Wird eine nach 2008 eingegangene Beteiligung veräußert, spielt uE die Frage, ob der Mehrbetrag als Beteiligungsertrag iSd. Abs. 1 Nr. 4 oder Veräußerungsgewinn iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 einzuordnen ist, keine Rolle mehr. Der Mehrbetrag ist in beiden Fällen stbarer Kapitalertrag iSd. § 20 und unterliegt dem Abgeltungsteuersatz des § 32a Abs. 1 von 25 %.

► *Zahlung eines Mehrbetrags ausschließlich für die Abtretung der Einlage:* In diesem Fall ist die Zahlung in Altfällen nicht nach Abs. 1 Nr. 4 stbar, s. Anm. 146. Nach Einfügung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ist der Mehrbetrag immer als Veräußerungsgewinn stbar.

► *Zahlung eines Mehrbetrags zur Abgeltung des Gewinnanteils für ein abgelaufenes Jahr:* Ist der Gewinnanteil dem Veräußerer bereits zugeflossen iSd. § 11 Abs. 1 (also von ihm schon versteuert), aber noch nicht ausgezahlt, ist die Zahlung des Mehrbetrags durch den Erwerber der stillen Beteiligung in Beteiligungsfällen, die nach 2008 eingegangen wurden, als Gewinn stbar; zur stl. Behandlung in Altfällen s. Anm. 146.

► *Zahlung des Mehrbetrags zur Abgeltung von Gewinnanteilen für das laufende Jahr:* Zur Besteuerung des Entgelts für die Anwartschaft auf den Gewinnanteil des laufenden Geschäftsjahrs (Jahr der Veräußerung) ist nach altem Recht, s. Anm. 145 ff. Bei einer Beteiligung nach 2008 ist Mehrbetrag ist in jedem Fall unabhängig davon, wofür er gezahlt wird, stbare Einnahme aus Kapitalvermögen.

► *Zahlung eines Mehrbetrags zur Abgeltung von Gewinnaussichten:* Zur Besteuerung des Entgelts für künftige Gewinne s. Anm. 145 ff. Nach Einführung der Veräußerungsbesteuerung für Beteiligungen, die nach 2009 eingegangen wurden, ist der Mehrbetrag wiederum uE nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 stl. zu erfassen.

Veräußerung zu einem Entgelt unter dem Nennwert der Einlage (Veräußerungsverlust): In Beteiligungsfällen ab 2009 stellt der Verlust eine negative Einnahme aus Kapitalvermögen dar, die mit allen positiven Kapitalerträgen, ausgenommen Aktiengewinnen verrechnet werden kann; zu Altfällen s. Anm. 146.

Zahlung des Veräußerungsentgelts in Form von wiederkehrenden Bezügen:

► *Leibrenten*: Es handelt sich um eine private Veräußerungsrente. Damit hat der Veräußerer die Leibrente – unabhängig von der Höhe ihres Barwerts und ausgehend davon, dass die stille Beteiligung zum PV gehört – nach § 22 Nr. 1 zu versteuern (BMF v. 23.12.1996, BStBl. I 1996, 1508 Tz. 49).

► *Andere wiederkehrende Bezüge als Leibrenten*: Sobald die gesamten Zahlungen den Wert der stillen Beteiligung überschreiten, liegt bei Beteiligung ab 2009 stbarer Kapitalertrag iSd. des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 vor; zu Altfällen s. Anm. 146.

B. Der Veräußerung gleichgestellte Vorgänge

Nach Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 ist die Beendigung eines stillen Beteiligungsverhältnisses (Auseinandersetzung) oder die Rückzahlung eines partiarischen Darlehens (Auflösung) der Veräußerung gleichgestellt. Diese Veräußerungsfiktion führt dazu, dass der über die Einlage oder das Darlehenskapital hinaus erzielte Betrag (Mehrbetrag) zu Einnahmen aus Kapitalvermögen führt. Nach der bis zum VZ 2008 geltenden Rechtslage fiel der Veräußerungserlös weder unter § 20 noch – nach Ablauf der Beteiligungsfrist – unter § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder § 17 (BFH v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II 1981, 465; GECK, DStR 1994, 657).

Die Rückzahlung der Einlage durch den Geschäftsinhaber ist nicht nach Abs. 1 Nr. 4 stbar, sofern sich die Rückzahlung mit dem Nennbetrag der Einlage deckt oder geringer ist als diese. Übersteigt die Rückzahlung den Nennbetrag der Einlage, ist die Zahlung des Mehrbetrags in Beteiligungsfällen nach 2008 immer stbar.

Verluste: Bei Beteiligungen ab 2009 sind die Verlustanteile jährlich als negative Kapitalerträge zu erfassen und der bei Rückzahlung geminderten Einlage wieder hinzuzurechnen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 4); zur Behandlung der Altfälle s. Anm. 145 ff.

Beispiel: A hat 2009 eine stille Beteiligung von 100 000 € erworben. Im Jahr 2010 und 2011 erleidet er je einen Verlust von 10 000 €. Im Jahr 2012 kündigt er die Beteiligung und erhält 80 000 € ausgezahlt. In den Jahren 2010 und 2011 kann er den Verlust mit anderen positiven Erträgen aus Kapitalvermögen verrechnen. Im Jahr 2013 ist die Rückzahlung als Veräußerungsvorgang zu sehen, aus dem sich der Gewinn folgendermaßen errechnet:

Veräußerungserlös	80 000 €
./. Anschaffungskosten	100 000 €
Summe	./. 20 000 €
zzgl. Verluste 2010/2011	+ 20 000 €
Gewinn 2013	0 €

Abfindungszahlung höher als Nennwert der Einlage: Übersteigen Abfindungszahlungen den Betrag der Einlage, gehört der Mehrerlös aus Beteiligung, die nach 2008 eingegangen sind, zu den stbaren Einnahmen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 iVm. Abs. 2 Satz 2.

Vorzeitige Auflösung der stillen Gesellschaft: s. Anm. 147 f.

Sachwert als Abfindung: s. Anm. 147 f.

Rückzahlung in Form von wiederkehrenden Bezügen: Es gelten die gleichen Regeln wie bei der Übertragung der stillen Beteiligung gegen wiederkehrende Bezüge an einen Dritten; s. Anm. 490.

Wertsicherungsklauseln können bewirken, dass ein über den Nennwert der Einlage hinausgehender Betrag an den stillen Gesellschafter ausgezahlt wird. Diese Mehrzahlung stellt in Neubeteiligungsfällen nach 2008 Kapitalertrag nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 iVm. Satz 2 Halbs. 2 dar.

Abfindung von Dienstleistungen: Der stille Gesellschafter kann bei Auflösung der Gesellschaft Ersatz des Werts von Diensten verlangen, die er als Einlage geleistet hat, soweit die Dienste nicht durch die Gewinnbeteiligung abgegolten wurden und der Erfolg der Dienste im Geschäftsvermögen als festumrisener und messbarer Vermögenswert vorhanden ist (BGH v. 22.11.1965 – II ZR 189/63, DB 1966, 106 = BB 1966, 53). Diese Vergütungen sind uE nachträgliche Nutzungen der Einlage und daher als Einnahmen aus Kapitalvermögen zu erfassen, wobei die Zuordnung zu Abs. 1 Nr. 4 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 nach neuem Recht keine Bedeutung mehr hat.

Umwandlung der stillen Gesellschaft in eine andere Gesellschafts- oder Vertragsform: s. Anm. 145 ff.

Insolvenz des Geschäftsherrn: s. Anm. 147 f.

Zahlungen nach beendeter Auseinandersetzung: Wird die Beteiligung nach 2008 begründet, liegen uE Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 iVm. Abs. 2 Satz 2 lt. Halbs. vor.

C. Steuererhebung im Wege der Veranlagung

492

Die Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung von stillen Beteiligungen oder partiarischer Darlehen unterliegen nicht dem KapErtrStAbzug. Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 sind nicht in der Aufzählung des § 43 Abs. 1 Satz 1 aufgeführt. Die Einnahmen müssen deshalb vom Veräußerer mit der StErklärung deklariert und vom FA im Wege der besonderen Veranlagung (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem linearen StSatz von 25 % veranlagt werden.

Einstweilen frei.

493–499

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 5: Einnahmen aus der Veräußerung von Hypotheken, Grundsulden und Renten (Abs. 1 Nr. 5)

A. Umfang der Einnahmen

500

Die ebenfalls mit dem UntStReformG 2008 eingefügte Vorschrift korrespondiert mit den Zinseinnahmen aus Hypotheken, Grundsulden und Renten aus Rentenschulden iSd. Abs. 1 Nr. 5. Die Rechte der von Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 erfassten Veräußerungsvorgänge entsprechen den Rechten iSd. Abs. 1 Nr. 5. Der „Gewinn“ aus der Übertragung von Hypotheken, Grundsulden und Rentenschulden ist erstmalig stbar, wenn das Recht nach dem 31.12.2008 erworben wurde (§ 52a Abs. 10 Satz 4).

501 **B. Steuererhebung im Wege der Veranlagung**

Die Einnahmen aus der Übertragung der Rechte iSd. Abs. 1 Nr. 5 unterliegen nicht dem KapErtrStAbzug. Sie sind nicht in der Aufzählung des § 43 Abs. 1 Satz 1 enthalten. Die Einnahmen müssen deshalb vom Veräußerer mit der St-Erklärung deklariert und vom FA im Wege der besonderen Veranlagung (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem linearen StStz von 25 % veranlagt werden.

503–504 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 6: Einnahmen aus der Veräußerung von Versicherungs- verträgen (Abs. 1 Nr. 6)

Schrifttum: RENGIER, Verkauf und Rückkauf von Kapitallebensversicherungen nach der Unternehmenssteuerreform, NWB F. 3, 14859.

505 **A. Umfang der Einnahmen**

Die Vorschrift korrespondiert mit den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 6 und regelt in Satz 1 erstmalig die Stpfl. der Einnahmen aus der Veräußerung der in Abs. 1 Nr. 6 bestimmten Versicherungsansprüche. Darunter fällt in erster Linie die entgeltliche Abtretung von Ansprüchen aus kapitalbildenden Lebensversicherungen durch den Versicherungsnehmer oder der entgeltliche Austausch des Versicherungsnehmers durch einen Dritten. In einem solchen Fall tritt der Dritte als Rechtsnachfolger an die Stelle des ursprünglichen Versicherungsnehmers. Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist, dass die Veräußerung nach dem 31.12.2008 stattfindet und der Versicherungsvertrag nach dem 31.12.2004 (Neu-Verträge) abgeschlossen wurde (§ 52a Abs. 10 Satz 5). Die Vorschrift gilt zudem für Versicherungsverträge, die vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden (Alt-Verträge), wenn der Rückkauf nach dem bis zum 31.12.2004 geltenden Recht zu stbar Einnahmen führt, zB weil der Vertrag noch keine 12 Jahre Bestand hatte. Veräußerungsvorgänge vor dem 1.1.2009 sind also nicht betroffen. Veräußerungsgewinne aus einer Übertragung in 2008 oder früher sind somit nicht stbar.

506 **B. Besondere Kontrollmitteilung über die Veräußerung**

Da die Finanzbehörden im Regelfall von den zivilrechtl. Vorgängen keine Kenntnis erhalten, werden in Nr. 6 Satz 2 die Versicherungsunternehmen zur vollständigen Erfassung aller Veräußerungsvorgänge verpflichtet, die für den Veräußerer zuständigen Finanzbehörden (Wohnsitz-FA) unverzüglich nach Kenntniserlangung eines solchen Veräußerungs- oder Austauschvertrags zu informieren (BRDrucks. 220/07/89). Die FinVerw. erhält über diese Art der Kontrollmitteilung Kenntnis von allen Veräußerungsvorgängen und erhält so die Möglichkeit, StErklärungen auf erklärte oder nicht erklärte Gewinne hin zu überprüfen.

Bescheinigung der bis zur Veräußerung entrichteten Beiträge: Der Veräußerer der Versicherungsansprüche iSd. Abs. 1 Nr. 6 hat nach Abs. 1 Nr. 6 Satz 4 nicht die Bruttoeinnahmen, sondern die Differenz aus dem Veräußerungserlös und den bis zur Veräußerung entrichteten Beiträgen (= AK) als Einkünfte zu versteuern. Um die Höhe der gezahlten Versicherungsbeiträge in der Veranlagung nachzuweisen, kann er vom Versicherungsunternehmen nach Satz 2 eine entsprechende Bescheinigung verlangen. Diese Bescheinigung erlangt insbesondere auch dann ihre Bedeutung, wenn beispielsweise einheitliche Versicherungsbeiträge auf eine Kapitallebensversicherung iSd. Abs. 1 Nr. 6 und eine mit ihr verbundene Unfall- oder Berufsunfähigkeitsversicherung geleistet werden. Die auf diese Versicherungen geleisteten Beiträge sind bei der Differenzberechnung sowohl iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 als auch iSd. Abs. 4 Satz 4 nicht einzubeziehen; s. BTDrucks. 16/5491 zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 6.

C. Steuererhebung im Wege der Veranlagung

507

Anders als bei der Auszahlung der Versicherungsleistung im Erlebensfall sind die Versicherungsunternehmen an der Veräußerung und Abtretung der Versicherungsansprüche regelmäßig nicht beteiligt. Der Veräußerungserlös unterliegt deshalb nicht dem StAbzug durch den Versicherer. Der nach Abs. 4 Satz 4 ermittelte Veräußerungsgewinn muss daher erklärt werden und wird (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem linearen StStz von 25 % vom FA veranlagt.

Einstweilen frei.

508–509

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 7: Einnahmen aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen (Abs. 1 Nr. 7)

Schrifttum: SCHARL, Sonderprobleme der Abgeltungsteuer bei Veräußerung oder Einlösung von Forderungen, DB 2009, 532.

A. Umfang der Einnahmen

510

Die Vorschrift korrespondiert mit dem Auffangtatbestand des Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 und stellt damit selbst einen Auffangtatbestand für alle Veräußerungsvorgänge dar, die nicht unter eine der anderen Nrn. des Abs. 2 Satz 1 zu subsumieren sind. Während Abs. 1 Nr. 7 das Ergebnis einer Fruchtziehung aus einer verbrieften oder unverbrieften Überlassung von Kapitalvermögen auf Zeit zum Gegenstand hat, regelt Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 die StPflicht der im Privatvermögen realisierten Wertsteigerungen aus der Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen. Die privaten Vermögensmehrungen sind nur dann stpfl., wenn es sich um eine Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 handelt; dazu s. Anm. 291 ff. Darunter fallen sowohl herkömmliche als auch finanzinnovative Wertpapiere und unverbrieft Kapitalforderungen jeder Art. Der Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 vereinigt sowohl den früheren Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 als auch den Veräußerungstatbestand des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1, allerdings nur soweit Kapitalforderungen betroffen sind.

Finanzinnovative Schuldverschreibungen: Die Zusammenfassung der Besteuerung von Kapitalerträgen und Wertsteigerungen in der Vorschrift des § 20 beseitigt den mit dem StMBG vom 21.12.1993 (BGBl. I 1994, 2310) in Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF vorgenommenen Systembruch; Einzelheiten dazu s. HARENBERG, NWB F. 3, 2007, 14653; BMF v. 19.7.2007 – IV B 8 – S2252/0). Die bis 2008 geltende Unterscheidung zwischen herkömmlichen Schuldverschreibungen (zB Festzinsanleihen) und finanzinnovativen Schuldverschreibungen ist nach dem ab VZ 2009 geltenden Recht obsolet. Wie auch immer eine Schuldverschreibungen nunmehr ausgestattet ist, ob ein Festzins oder ein variabler Zins vereinbart ist, ob als Kapitalrückzahlung, zB Aktien oder der Nennbetrag in Bar zurückgezahlt wird (Gläubiger- oder Schuldnerwahlrecht), ob Ertrag und/oder Kapitalrückzahlung von einem ungewissen Ereignis (zB einem Index) anhängen, die lfd. Zinserträge werden von Abs. 1 Nr. 7, die Veräußerungserlöse von Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 erfasst. Damit ist auch die Unterscheidung zwischen Kapitalertrag als Ergebnis einer Fruchtziehung und realisierter Wertsteigerung als letzter Akt dieser Fruchtziehung hinfällig. Mit den Änderungen in Abs. 2 Satz 1 durch das UntStReformG 2008 werden nicht nur in Abs. 1 Nr. 7, sondern auch in Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 sämtliche Risikoanlagen, die früher nicht von § 20 erfasst waren, sowohl mit ihren Erträgen als auch ihren realisierten Wertsteigerungen der Besteuerung unterworfen.

B. Erstmalige Anwendung und Übergangsregeln

511

I. Bestandschutzregel für Alt-Schuldverschreibungen

Die Besteuerung von realisierten Wertzuwächsen ab VZ 2009 setzt nur ein, wenn die zugrunde liegende Kapitalforderung nach dem 31.12.2008 angeschafft oder begründet wurde (§ 52a Abs. 10 Satz 6). Ungeklärt war im UntStReformG 2008 zunächst die stl. Behandlung innovativer Schuldverschreibungen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a–d aF, wie zB Zerobonds, Gleit- und Stufenzinsanleihen, Floater, Down-Rating-Anleihen und Garantie-Zertifikate, die vor dem 1.1.2009 erworben und nach dem 31.12.2008 veräußert oder eingelöst werden. Bei diesen Anlageprodukten sammelt sich der Zins ganz oder teilweise im Kurs an und wird mit der Veräußerung oder Einlösung realisiert. Unklar war zudem, wie teilgarantierte Indexzertifikate (garantierte Kapitalrückzahlung zB nur iHv. 10 % des überlassenen Kapitals) in Rahmen der Übergangsvorschriften zu behandeln sind. Diese Unklarheit wurde durch das JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2795; BStBl. I 2009, 74) mit einer Ergänzung des § 52a Abs. 10 Satz 7 beseitigt, mit der der zeitliche Anwendungs- und Übergangszeitraum zur neuen Kurswertbesteuerung bestimmt wird. Danach gelten für herkömmliche Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen mit Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 7 die neuen KapErtStVorschriften und die in § 43 Abs. 5 normierte Abgeltungswirkung des StAbzugs, sofern die Erträge dem Stpfl. nach dem 31.12.2008 zufließen. Für Erlöse aus der Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 sind die Vorschriften nur auf Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2008 erworben werden (§ 52a Abs. 10 Satz 6). Insoweit besteht Bestandschutz für Alt-Anschaffungen.

Finanzinnovationen: Ausgenommen hiervon sind allerdings Schuldverschreibungen, die als Finanzinnovationen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a–d aF einzuordnen sind (§ 52a Abs. 10 Satz 7). Bei diesen Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen kommt es auf das Anschaffungsdatum der Kapitalanlage an.

Diese Regelungen sind nach der Ergänzung des Satz 7 in § 52a Abs. 10 auch auf teilgarantierte Indexzertifikate und alle übrigen unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF fallenden Schuldverschreibungen und sonstigen Kapitalforderungen anzuwenden. Für die strechtliche Behandlung eines Finanzprodukts kommt es somit ausschließlich darauf an, dass es unter den Wortlaut des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF fällt. Eine materiell-rechtl. Prüfung des einzelnen Anlageprodukts nach den Kriterien der Rspr. des BFH (Urt. v. 24.10.2000 – VIII R 28/99, BStBl. II 2001, 97; v. 20.11.2006 – VIII R 97/02, BStBl. II 2007, 555; v. 13.12.2006 – VIII R 79/03, BStBl. II 2007, 562) wird damit vermieden.

Verfassungsrechtliche Bedenken: s. Anm. 301.

Einbeziehung von teilgarantierten Indexzertifikaten: Die Änderung in § 52a Abs. 10 Satz 7 hat jedoch erhebliche materiell-rechtl. Auswirkung, da in den Kreis der vom Bestandsschutz ausgenommenen, für vor dem 31.12.2008 erworbenen Kapitalforderungen, sog. Finanzinnovationen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF, nunmehr auch Schuldverschreibungen einbezogen werden, die ursprünglich bei Verabschiedung des UntStRefG 2008 nicht zu dieser Gruppe gehören sollten. Der Auslöser für die nunmehr erfolgte Klarstellung war durch die Entscheidung des BFH v. 4.12.2007 – VIII R 53/05 (BStBl. II 2008, 563) veranlasst, mit der Indexzertifikate mit garantierter Teilrückzahlung – soweit die Erträge den Garantiebereich betrafen – als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 angesehen wurden. Damit ist der Bestandsschutz für Zertifikate mit teilgarantierter Kapitalrückzahlung oder von Anleihen, bei denen eine leichte Trennung von Ertrags- und Vermögensebene, wie zB bei Floating Rate Notes (Floater) oder Aktienanleihen möglich ist, ebenfalls ausgeschlossen. Der ab 2009 erzielte Veräußerungserlös auch aus solchen Anlageprodukten unterliegt ab 2009 immer den neuen Regeln über den abgeltenden StAbzug, unabhängig davon, wann die Schuldverschreibung oder sonstige Kapitalforderungen erworben wurden.

Beispiel: Die Einnahmen aus der Einlösung eines vor 2009 zu 10 % des Nennwerts angeschafften Zerobonds, der vom Ersterwerber und Durchhalter 2010 zu 100 % eingelöst wird, ist mit seinem gesamten Aufzinsungsbetrag von 90 nach Abs. 1 Nr. 7 stl. zu erfassen und mit dem Abgeltungsteuersatz von 25 % zu besteuern, da der Aufzinsungsbetrag – bei gleich bleibendem Zinsniveau – als Kapitalertrag, nicht als Veräußerungsgewinn zu werten ist. Auf das Anschaffungsdatum kommt es nicht an, denn der Kapitalertrag fließt jedenfalls nach dem 31.12.2008 zu (§ 52a Abs. 6–8). Dies muss auch für die Einlösung durch den Zweiterwerber gelten, denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Durchhalter und Zweiterwerber.

Beispiel: Eine vor 2009 zu 98 % erworbene, laufend verzinste Down-Rating-Anleihe, die in 2010 zu 105 % veräußert wird, unterliegt lediglich mit ihren 2009 und 2010 zufließenden Zinserträgen der Abgeltungsteuersatz (Abs. 1 Nr. 7). Der realisierte Kursgewinn von 7 % dagegen ist kein Kapitalertrag gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7. Der Kursgewinn ist zum Abgeltungsteuersatz stbar, unabhängig davon, dass das Wertpapier bereits vor dem 1.1.2009 erworben wurde, denn eine Trennung zwischen Ertrags- und Vermögensebene (§ 52a Abs. 10 Satz 1 lt. Halbs.) ist leicht möglich.

Beispiel: Erwerb eines Garantie-Zertifikats vor 2009 zu 100 % und Veräußerung (oder Einlösung) 2010 zu 110. Der Einlösungsgewinn von 10 unterliegt noch nicht dem Abgeltungsteuersatz, weil bei diesem Produkt der Kapitalertrag nicht vom Kursgewinn leicht und einfach zu trennen ist. Deshalb muss der gesamte Gewinn als Kursgewinn eingeordnet werden, der – da Anschaffung vor dem 1.1.2009 – nach altem Recht – außerhalb des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF – nicht stbar ist.

Risiko-Zertifikate: Diese zivilrechtl. als Schuldverschreibungen einzuordnenden Kapitalforderungen haben keinen Zinskupon. Lfd. Zinserträge fallen nicht an. Das Entgelt für die Kapitalüberlassung wird vielmehr am Ende der Laufzeit vom Emittent mit Rückzahlung des Kapitals in Form eines an die Wertentwick-

lung eines Basisguts orientierten Mehrbetrags ausgezahlt. Dieser Mehrertrag hängt vom Kurs eines dem Zertifikat zugrunde gelegten anderen Wirtschaftsguts (zB Aktien-Zertifikate) oder eines Index (Index-Zertifikate) ab. Als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 wurden von der Rspr. zunächst nur solche Produkte angesehen, die nach den Emissionsbedingungen eine hundertprozentige Kapitalrückzahlung gewährten (BFH, Urt. v. 13.12.2006 – VIII R 79/03, DStR 2007, 286). Die FinVerw. ließ dagegen auch eine nur teilweise Kapitalrückzahlungsgarantie zu, um das Produkt unter Abs. 1 Nr. 7 aF zu fassen. Diese Rechtsfrage hat der BFH mit Urteil v. 4.12.2007 – VIII R 53/05 (BStBl. II 2008, 563) für ein Zertifikat mit einer Rückzahlungsgarantie von 10 % beantwortet. Diese Problematik stellt sich nach der Änderung des Abs. 1 Nr. 7 und der Einfügung des Veräußerungstatbestands in Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 deshalb nicht mehr. Eine Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 liegt auch dann vor, wenn weder der Zinsertrag noch die Rückzahlung des investierten Kapitals vom Emittenten garantiert wird. Somit erfasst sowohl Abs. 1 Nr. 7 als auch Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 hoch risikobehaftete Zertifikate (zB Turbo-Zertifikate), bei denen sowohl die Erträge als auch die Kapitalrückzahlung von einem Index anhängen (Full-Index-Linked-Anleihen), deren Veräußerungserlös nach altem Recht nur unter den zeitlichen Einschränkungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF stbar war.

II. Besteuerung der Stückzinsen

Vereinnahmte Stückzinsen: Werden verzinsliche Wertpapiere (Schuldverschreibungen) mit Zinskupons im Laufe eines Zinszahlungszeitraums veräußert, so hat der Erwerber des Wertpapiers dem Veräußerer regelmäßig den Zinsbetrag (Stückzinsen) zu bezahlen, der auf die Zeit seit Beginn des laufenden Zinszahlungszeitraums bis zum Veräußerungstag entfällt und regelmäßig neben dem Veräußerungspreis gesondert ausgewiesen wird. Der Veräußerer hat diese Stückzinsen als Kapitalertrag nach Abs. 1 Nr. 7 zu versteuern, wenn sie von der ausführenden Bank besonders in Rechnung gestellt werden.

Beispiel: A erwirbt 2009 eine verzinsliche Schuldverschreibung mit Zinskupons. Im Jahr 2010 veräußert er das Wertpapier nach der Hälfte des Zinszahlungszeitraums 2010 mit einem Kursgewinn. Neben dem Veräußerungsentgelt erhält er die Hälfte der Jahreszinsen gutgeschrieben. Diese Stückzinsen sind nach Abs. 1 Nr. 7 als Kapitalertrag stbar. Der Kursgewinn ist dagegen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu erfassen.

Bestandsschutz für Alt-Schuldverschreibungen mit Zinskupon: Die gesonderte Besteuerung der Stückzinsen im Rahmen der Veräußerung bedeutet, dass auch Alt-Anleihen mit Zinskupon (Anschaffung vor 2009) Bestandsschutz genießen. Bei einer Veräußerung einer Alt-Anleihe ab 2009 ist weiterhin zu differenzieren zwischen Kapitalertrag und Wertzuwachs der Anleihe. Ist der Kapitalertrag leicht und einfach abzugrenzen, wie zB die Stückzinsen, werden diese – bei Zufluss nach dem 31.12.2008 – nach neuem Recht aus Abs. 1 Nr. 7 besteuert. Der in 2009 erzielte Kursgewinn beim Verkauf einer Anleihe ist außerhalb der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF stfrei.

Beispiel: A erwirbt im Juni 2008 eine bereits 2005 emittierte Anleihe mit Zinsscheinen, die er im Mai 2009 wieder veräußert. Die Anschaffungskosten betragen 10 000 Euro zzgl. 100 € Stückzinsen. Der Veräußerungserlös beträgt 11 000 € zzgl. 110 € Stückzinsen.

- gezahlte Stückzinsen in 2008 von 100 € sind neg. Einnahmen aus § 20 aF;
- vereinnahmte Stückzinsen 2009 von 110 € sind Kapitalerträge aus Abs. 1 Nr. 7;
- Veräußerungsgewinn von 1000 € in 2009 ist stbar gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 aF.

III. Einzelfälle

513

Baisse-Geschäfte sind Geschäfte, bei denen ein Wertpapier oder eine sonstige Kapitalforderung vor ihrem Erwerb veräußert wird. Der Veräußerer spekuliert mit einem solchen Geschäft darauf, das Kapitalanlageprodukt zu einem höheren Preis verkaufen zu können als er selbst für den Erwerb zu zahlen hat. Die Einnahmen daraus waren bisher nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 stbar und werden nun ebenfalls über Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 erfasst.

Besserungsscheine unterliegen bei Veräußerung mit ihren Gewinnen der Besteuerung aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, wenn die Anschaffung nach 2008 vollzogen wurde.

Bundesschatzbriefe Typ B: Stückzinsen, die beim Typ B besonders in Rechnung gestellt werden, werden unabhängig vom Anschaffungsdatum von Abs. 1 Nr. 7 erfasst. Veräußerungsgewinne sind bei Anschaffungen ab 2009 nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 stbar.

Private Kapitalforderungen: Gewinne aus verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderungen, die nicht am Kapitalmarkt gehandelt werden, zB eine private Darlehens- oder Gesellschaftsforderung, fallen unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, wenn die Forderung nach 2008 begründet oder erworben wurde; die Erträge iSd Abs. 1 Nr. 7 unterliegen unabhängig vom Anschaffungszeitpunkt ab 2009 bereits der abgeltenden KapErtrSt.

C. Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

514

Die Gewinne aus der Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen jeder Art iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 unterliegen dem StAbzug durch das die Veräußerung durchführende inländ. Kreditinstitut (§§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10, 44 Abs. 1 Satz 3). Mit dem StAbzug zum Abgeltungsteuersatz von 25 % (§ 32d Abs. 1 Satz 1) ist die ESt. abgegolten (§ 43 Abs. 5). Werden die Wertpapiere über ein ausländisches Finanzdienstleistungsinstitut veräußert, ist der Veräußerungsgewinn zu erklären (Pflichtveranlagung, § 32d Abs. 3) und unterliegt in der Veranlagung dem Abgeltungsteuersatz.

Einstweilen frei.

515–519

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 8: Gewinn aus der Übertragung oder Aufgabe von Rechtspositionen im Sinne des Abs. 1 Nr. 9

A. Umfang der Einnahmen

520

Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören nach dieser Vorschrift auch Vermögensmehrungen (-minderungen), die ein Stpfl. (Mitglied, Anteilseigner) beim Ausscheiden aus einer Körperschaft iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG realisiert. Dies gilt ebenfalls bei Übertragung der Mitgliedschafts- und Anteilsrechte auf einen Dritten. Die Notwendigkeit, auch die Rechtspositionen des Abs. 1 Nr. 9 im Rahmen der Veräußerungsbesteuerung des Abs. 2 Satz 1 aufzunehmen, sah der Gesetzgeber in der ansonsten entstehenden Lücke (SCHMIDT/WEBER-GRELLET, EStG, § 20 Rn. 180). Ziel des UntStReformG 2008 war es, eine

umfassende Besteuerung von Wertzuwächsen im Rahmen des § 20 sicher zu stellen. Dieses Ziel wäre verfehlt und hätte zu unerwünschten Gestaltungen führen können, wenn nicht auch die Aufgabe oder Übertragung von Rechtspositionen des Abs. 1 Nr. 9 in die Veräußerungsbesteuerung aufgenommen worden wäre (BRDrucks. 220/07, 90).

521 **B. Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer**

Die Einnahmen aus der Realisierung von Aufgabe und Übertragungsgewinnen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 unterliegen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 der KapErtrSt. Der StAbzug hat nach § 43 Abs. 5 auch in diesem Bereich abgeltende Wirkung. Die StAbzug ist von der die Kapitalerträge auszahlenden Stelle (§ 44 Abs. 1 Satz 3) durchzuführen.

522–529 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 2: Gewinn aus einer Veräußerung gleichgestellten Vorgängen

530 **A. Überblick**

Während in Abs. 2 Satz 1 die entgeltlich Übertragung des rechtl. oder wirtschaftl. Eigentums an einer Kapitalanlage zu stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen führt, erweitert Abs. 2 Satz 2 den Tatbestand um bestimmte Ersatztatbestände, wie

- die (End)Einlösung,
- die Abtretung,
- die Rückzahlung einer verbrieften (Wertpapier) oder unverbrieften Kapitalforderung,
- die verdeckte Einlage eines WG in eine KapGes und
- die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens aus einer stillen Gesellschaft iSd. Abs. 1 Nr. 4.

Mit der Aufnahme dieser der Veräußerung gleichgestellten Sachverhalte erreicht der Gesetzgeber einerseits sein mit dem UntStReformG 2008 angestrebtes Ziel, jedwede Form der Übertragung von Kapitalanlagen und die daraus realisierten Wertzuwächse zu Einnahmen aus Kapitalvermögen werden zu lassen und andererseits von vornherein mögliche steuervermeidende Gestaltung zu unterbinden.

531 **B. Einzelfälle**

Einlösung von Wertpapieren: Bei im Inland verwahrten Wertpapieren sorgt idR das Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut für die Einlösung von Zins-, Gewinnanteil- und Ertragscheinen sowie von rückzahlbaren Wertpapieren bei deren Fälligkeit. Der Gegenwert von Zins-, Gewinnanteil- und Ertragscheinen sowie von fälligen Wertpapieren jeder Art wird unter dem Vorbehalt gutgeschrieben, dass das Institut den Betrag erhält (§ 14 Abs. 1 AGB Wertpapiergeschäfte der Banken). Der von den Instituten gutgeschriebene Gegenwert führt zu stbaren Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1.

Abtretung von Kapitalforderungen: Die einer Veräußerung gleichgestellte Abtretung ist nach § 398 BGB ein Vertrag (Verfügungsgeschäft) zwischen dem bisherigen Gläubiger (Alt-Gläubiger, Anleger) einer Kapitalforderung und dem neuen Gläubiger, durch den der Alt-Gläubiger die Forderung auf den Neugläubiger überträgt. Der Rechtsgrund der Abtretung kann unterschiedlicher Natur sein und zB ein Kauf, eine Schenkung oder sonstige Vereinbarung sein. Ist die zugrundeliegende Forderung teilbar, zB eine Darlehensforderung, fallen auch Teilabtretungen unter den Tatbestand. Die aus der entgeltlichen Abtretung von Kapitalforderungen realisierten Einnahmen führen zu stbaren Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1.

Rückzahlung von Kapitalforderungen: Bei im Inland verwahrten Schuldverschreibungen überwachen die Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute den Zeitpunkt der Rückzahlung infolge Auslosung und Kündigung anhand der Veröffentlichungen in den „Wertpapier-Mitteilungen“. und schreiben den Gegenwert der Wertpapiere oder unverbrieften Kapitalforderungen unter dem Vorbehalt des Eingangs des Rückzahlungsbetrags gut. Mit der Gleichstellung von Rückzahlung und Veräußerung werden auch die bei Rückzahlung durch den Stpfl. vereinnahmten Beträge zu stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen. Unbeachtlich ist, ob die Rückzahlung planmäßig, den vertraglichen Vereinbarungen gemäß, oder unplanmäßig, dh. vorzeitig oder verspätet, erfolgt.

► *Rückzahlung bei Liquidation:* Die Rückzahlung von Kapital in Fällen der Liquidation ist nicht ausdrücklich in Abs. 2 Satz 2 geregelt. Im Hinblick darauf, dass die Übertragung der Kapitalbeteiligung selbst nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 zu stbaren Einnahmen führt, sind uE nach auch die Auszahlung von Liquidationsraten iSd. Abs. 1 Nr. 2 von Abs. 2 Satz 2 erfasst (glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET, § 20 Rn. 185).

Rückgabe von Investmentanteilen: Jeder Inhaber von Investmentanteilen kann jederzeit gegen Rückgabe des Anteilscheins die Auszahlung seines Anteils am Sondervermögen verlangen (§ 37 Abs. 1 InvStG). Die Rückgabe des Anteilscheins steht uE der Rückzahlung einer Kapitalforderung gleich, so dass die Einnahmen aus der Rückgabe, ebenso wie die Veräußerung des Investmentanteils zu stbaren Erträgen iSd. Abs. 2 Satz 1 führen. Unerheblich ist, ob die Rückgabe freiwillig oder aufgrund einer Kündigung der Kapitalanlagegesellschaft beruht.

Verdeckte Einlage von WG: Zu den einer Veräußerung gleichgestellten Tatbeständen gehört auch die verdeckte Einlage eines WG in eine KapGes., ohne dass eine spätere Veräußerung durch die KapGes. vorausgesetzt wird. Eine verdeckte Einlage liegt vor, wenn ein Gesellschafter der KapGes. außerhalb der gesellschaftsrechtl. Einlage WG in das Vermögen der KapGes. überträgt und diese Übertragung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat (stRspr., s. BFH v. 18.12.1990 – VIII R 17/85, BStBl. II 1991, 512; v. 9.8.1989 – X R 62/87, BStBl. II 1987, 973). Da die verdeckte Einlage weder ein Tauschgeschäft, noch tauschähnliches Geschäft darstellt und somit nicht als Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 angesehen werden kann, musste zu stl. Erfassung der mit der Einlage realisierte Wertzuwachs in den Ersatztatbestand aufgenommen werden; weitere Einzelheiten zur verdeckten Einlage s. § 23 Anm. 248.

Erlöschen von Rechtspositionen: Der Anwendungsbereich des Abs. 2 Satz 2 umfasst nicht das Erlöschen von Rechtspositionen wie beispielsweise den Verfall einer Option. Zum bisherigen § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF hatte der BFH entschieden, dass der Optionsinhaber, wenn er von seinem Recht auf Differenz-

ausgleich keinen Gebrauch macht und die Option verfallen lässt, keine Einnahmen aus einem Termingeschäft erziele (BFH v. 19.12.2007 – IX R 11/06, BStBl. II 2008, 519; glA. BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, Tz. 18 und 23; KSM/CREZELIUS, § 23 Rn. B 109; SCHLÜTER, DStR 2000, 226, 228; aA: FG Rhld.-Pf., v. 19.5.2005, EFG 2005, 1701 rk; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 23 Rn. 29; LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 59; BLÜMICH/GLENK, § 23 EStG Rn. 74; DELP, Inf 1999, 584, 586; WENDT, FR 1999, 333 [352]; GEURTS, DB 2002, 110, 113; PHILIPOWSKI, DStR 2004, 978; PHILIPOWSKI, DStR 2007, 1615). Die Entscheidung, den durch einen Verfall eintretenden Verlust stl. unbeachtet zu lassen, ist nach Einführung einer alle Wertzuwächse und Wertminderungen umfassenden Besteuerung im Rahmen des § 20 nicht folgerichtig und wurde im Gesetzgebungsverfahren vom Zentralen Kreditausschuss uE zu Recht kritisiert (FinA Prot. 16/57, 240).

► *Stellungnahme:* Der BFH hat im Fall von Optionen, die einem Arbeitnehmer als Teil seiner Vergütung gewährt werden, die AK als vergebliche, abzählbare WK eingeordnet, wenn das Optionsrecht wertlos verfallen ist (BFH, Urt. v. 3.5.2007 – VI R 36/05, BStBl. II 2007, 647). Da die AK bei Abschluss des Termin- oder Optionsgeschäfts in „unmittelbar sachlichen Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehen“, sind diese nach Abs. 4 Satz 5 als vergebliche WK uE abzählbar. Die Auffassung der FinVerw. ist uE nicht mehr haltbar (so auch PHILIPOWSKI, DStR 2007, 1615, und HELIOS/PHILIPP, BB 2010, 95 [97]).

532–534 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2 Satz 3: Anschaffung oder Veräußerung der Beteiligung an einer Personengesellschaft

535

A. Überblick

Nach Abs. 2 Satz 3 gilt die Anschaffung oder Veräußerung einer mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligung an einer (vermögensverwaltenden) PersGes. als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen WG. Mit dieser Durchgriffsregelung wird verhindert, dass die Veräußerungstatbestände des Abs. 2 Satz 1 durch Zwischenschalten einer PersGes. unterlaufen werden kann. Dies wäre möglich, da die Veräußerung oder Abtretung eines Anteils an einer PersGes. nicht zu den Veräußerungstatbeständen des Abs. 2 Satz 1 gehört. Der Gesamthandsanteil ist vielmehr ein WG iSd. ab 2009 mit dem UntStReformG 2008 eingeschränkten Anwendungsbereichs des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Für die Veräußerung anderer privater WG gilt nach wie vor die Behaltensfrist von einem Jahr. Nach Ablauf dieser Frist könnte der Gesellschaftsanteil stfrei veräußert werden. Hält eine PersGes. Wertpapiere oder sonstige Kapitalanlagen in ihrem Gesamthandsvermögen und werden Anteile an diesem Gesamthandsvermögen durch einen Gesellschafter veräußert, sind die daraus erzielten Einnahmen nicht mehr stfrei, sondern gehören zu den nach Abs. 2 Satz 1 stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen. Für die Anwendung des Satz 3 wird allerdings nicht vorausgesetzt, dass die PersGes. ausschließlich Wertpapiere oder sonstige Kapitalanlagen in ihrem Gesamthandsvermögen führen. Die Regelung ist auf Gesellschaften anwendbar, die neben Kapitalvermögen auch andere WG im Gesamthandsvermögen halten.

B. Unmittelbare und mittelbare Beteiligung an einer Personengesellschaft

536

Unmittelbare Beteiligung: Sie liegt vor, wenn ein Stpfl. Gesellschafter einer PersGes. und als solcher direkt an der PersGes. beteiligt ist oder seine Beteiligung treuhänderisch von einem Dritten gehalten wird.

Mittelbare Beteiligung: Sie liegt vor bei der Beteiligung eines Gesellschafters am Anteil eines anderen Gesellschafters. Die Beteiligung über eine KapGes. ist dagegen keine mittelbare Beteiligung iSd. Abs. 2 Satz 3.

C. Anschaffung und Veräußerung

537

Zu den Begriffsbestimmungen s. § 23 Anm. 140, sowie Anm. 48–80 und 91–98. Der Tatbestand der Anschaffung oder Veräußerung ist nur insoweit erfüllt, als diese dem Gesellschafter anteilig zuzurechnen sind und die AK oder Veräußerungserlöse anteilig auf ihn entfallen. Darüber hinaus ist Satz 3 auch anzuwenden, wenn die WG von einer PersGes. angeschafft und die Beteiligung an dieser PersGes. vom Gesellschafter veräußert wird (BRDrucks. 220/07, 91).

Beispiel: A erwirbt 2009 einen Anteil von 30 % an einer vermögensverwaltenden PersGes. Im Jahr 2011 veräußert A seinen Anteil an dieser PersGes. (Gesamthandsanteil). Stpfl. ist der dadurch erzielte anteilige Gewinn bezüglich der einzelnen im Vermögen der Gesellschaft vorhandenen Vermögenswerte.

Beispiel: A erwirbt 2009 einen Anteil von 30 % an einer vermögensverwaltenden PersGes. Die Gesellschaft erwirbt 2010 Aktien der X-AG. Danach veräußert A im Jahr 2011 seinen Anteil an der PersGes. (Gesamthandsanteil). Obwohl solche Mischfälle (Anschaffung durch die PersGes., Veräußerung der Beteiligung durch Gesellschafter) von dem Wortlaut des Gesetzes nach nicht erfasst sind, ist in einem solchen Fall Abs. 2 Satz 3 anzuwenden, weil die Vorschrift sonst leer laufen würde.

Eintritt eines Gesellschafters: Mit Eintritt in eine PersGes. erwirbt der Stpfl. durch seine Einlage eine Beteiligung an der Ges. Der Erwerb gilt zugleich als Anschaffung der von der Ges. gehaltenen WG anteilig entsprechend der Beteiligungsquote. Als AK gilt der Anteil der Einlage, der nach dem Verhältnis des Verkehrswerts auf das entsprechende WG entfällt. Mit dem Eintritt des neuen Gesellschafters veräußern zugleich die Altgesellschafter ihren Anteil der WG an den Neugesellschafter. Als Gewinn ist hier der dem Altgesellschafter zufließende Betrag aus der Einlage abzgl. des Anteils an den AK der WG anzusetzen, die nunmehr dem Neugesellschafter zugewiesen werden.

Beispiel (nach BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 75): An der X-GbR sind A und B beteiligt. Mit ihrer Einlage von jeweils 5000 € hatten sie im Jahr 01 1200 Aktien der Y-AG zu 5 € und 800 Aktien der Z-AG zu 5 € erworben. Im Jahr 03 beteiligt sich C mit einer Einlage von 5000 € und erhält $\frac{1}{3}$ der Anteile. Die Aktien der Y-AG haben zu diesem Zeitpunkt einen Verkehrswert von 8 €, die der Z-AG von 6,75 €.

AK des C

C erhält jeweils $\frac{1}{3}$ der Anteile der Y-AG und der Z-AG. Da sich die AK nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Anteile bemessen, betragen die AK hinsichtlich des Anteils an den Aktien der Y-AG 3200 € sowie bezüglich des Anteils an den Aktien der Z-AG 1800 €.

Veräußerungsgewinn A und B

A und B haben jeweils $\frac{1}{3}$ ihres Anteils an den Aktien der Y-AG und der Z-AG veräußert.

<u>Veräußerungsgewinn Y-AG (jeweils A und B)</u>	
erhaltene Einlage	1 600 €
abzgl. AK ($\frac{1}{2} \times \frac{1}{3}$ von 1200 Aktien zu 5 €)	1 000 €
Summe	600 €
<u>Veräußerungsgewinn Z AG (jeweils A und B)</u>	
erhaltene Einlage	900 €
abzgl. AK ($\frac{1}{2} \times \frac{1}{3}$ von 800 Aktien zu 5 €)	666 €
Summe	234 €
Insgesamt	834 €

Steuerabzug: Der Gewinn aus der Veräußerung unterliegt nicht dem StAbzug. Er ist im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung zu erklären und in der EStErklärung des Gesellschafters anzugeben (Pflichtveranlagung nach § 32d Abs. 3).

Austritt eines Gesellschafters: Eine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 3 liegt vor, wenn ein Gesellschafter die Ges. verlässt und sich den Gegenwert der ihm anteilig zustehenden WG auszahlen lässt.

► *Beteiligung vor dem 1.1.2009:* Gehören zum Bestand der Ges. WG, die vor dem 1.1.2009 erworben wurden und war der Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt bereits an der Gesellschaft beteiligt, findet Abs. 2 Satz 3 keine Anwendung, da auch hier die Bestandsschutzregeln des § 52a Abs. 10 Sätze 1, 7–9 eingreifen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 76).

Beispiel wie zuvor; nur hat die Ges. die Aktien der Y-AG im Jahr 2007 und die Aktien der Z-AG im Jahr 2009 erworben. C tritt 2010 in die Ges. ein. Der auf die Aktien der Y-AG entfallene Gewinn ist in diesem Fall nicht stbar.

Steuererhebung: Der Gewinn aus der Veräußerung unterliegt nicht dem StAbzug. Er ist vielmehr im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Ges. zu erklären und in der EStErklärung des Gesellschafters anzugeben (Pflichtveranlagung nach § 32d Abs. 3).

538–549 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 3: Besondere Entgelte oder Vorteile

550

A. Grundinformationen zu Abs. 3

Abs. 3 ergänzt die Aufzählung der Einnahmen in Abs. 1 und 2 durch eine Generalklausel, nach der auch „besondere Entgelte oder Vorteile“, die neben den in Abs. 1 und 2 bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gezahlt werden, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören. Die Vorschrift enthält keinen selbstständigen Besteuerungstatbestand, sondern dient lediglich der Klarstellung und Ergänzung der Abs. 1 und 2 (BFH v. 12.12.1969 – VI R 301/67, BStBl. II 1970, 212; v. 3.11.1972 I – R 117/71, BStBl. II 1973, 447; v. 12.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II 1973, 449; v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II, 465; v. 14.12.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178).

Abs. 3 stellt zusammenfassend klar, dass alles, was für eine (private) Überlassung von Kapital gewährt wird oder was unter bestimmten Bedingungen aus der Abtretung oder Zwischenveräußerung von Wertpapieren oder Kapitalforderungen

erlangt wird, als Einnahme aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterliegt. Diese Klarstellung ist aus der Systematik des Abs. 1 und 2 erforderlich, weil dort zwar die Quellen der stpfl. Kapitalerträge und Veräußerungserlöse umfassend und abschließend, die Arten von Kapitalerträgen selbst jedoch nicht abschließend aufgezählt und auch nicht begrifflich erläutert sind (s. Anm. 46). Insoweit ergänzt Abs. 3 einerseits die Vorschriften aus Abs. 1 und 2, setzt andererseits aber die Tatbestände der Abs. 1 und 2 voraus. In diesem Sinne wird klargestellt, dass auch Entgelte oder Vorteile stbar sind, die anstelle von Sachbezügen oder anderen geldwerten Vorteilen erzielt werden (BTDrucks. 12/6078, 122).

B. Besondere Entgelte oder Vorteile

551

Dem Sinn einer Generalklausel entsprechend gehört alles, was ein Stpfl. „für die Gestattung seiner Kapitalnutzung erhält“ (BFH v. 12.12.1969 – VI R 301/67, BStBl. II 1970, 212) zu den besonderen Entgelten oder Vorteilen iSd. Abs. 3. Nach der Rspr. sind als Einnahmen gemäß Abs. 3 alle Vermögensmehrungen zu erfassen, die sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Entgelte für die Kapitalüberlassung darstellen (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735; v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 13.8.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; v. 10.3.1992 – VIII R 66/89, BStBl. II 1092, 1032; v. 2.3.1993 – VIII R 13/91, BStBl. II 1993, 602; v. 14.6.1994 – VIII R 14/93, BFH/NV 1995, 379).

In Betracht kommt alles, was Einnahme iSd. § 8 Abs. 1 sein kann, dh. alle „Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen“ (BFH v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178; s. § 8 Anm. 22 ff.), also auch Sachleistungen und Nutzungen (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399, Hapimag-Fall); nicht aber Rückzahlungen des hingegebenen Kapitals. In welches zivilrechtliche Kleid das einzelne Kapitalüberlassungsverhältnis gekleidet oder mit welcher Bezeichnung das Nutzungsentgelt belegt wird, ist unbeachtlich (RFH v. 13.10.1920, RFHE 4, 222; BFH v. 21.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II 1973, 449; v. 4.7.1984 – I R 195/81, BStBl. II 1984, 842; v. 23.10.1985 – I R 248/85, BStBl. II 1986, 178; ausdrücklich in Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 normiert; s. Anm. 305 f.).

Ebenso ohne Bedeutung ist die Art der Entgeltsgewährung. Abs. 3 erfasst sowohl offen als auch verdeckt gewährte Entgelte oder Vorteile. Die Entgelte oder Vorteile müssen wirtschaftlich Entgelt für die Kapitalnutzung (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735), die Veräußerung oder Gewährung von Kapitalbeteiligungen sein. Es muss also Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 vorliegen, als dessen Früchte sich die Vorteile oder Entgelte darstellen. Der Leistende muss in den Fällen des Abs. 1 der Schuldner, in den Fällen des Abs. 2 der Erwerber der Wertpapiere oder Abtretungsempfänger der Kapitalforderung oder sonstiger Ansprüche sein.

Ansatz des Bruttobetrag: Als stbares besonderes Entgelt oder besonderer Vorteil ist die gesamte Vermögensmehrung anzusetzen, die aufgrund des Kapitalüberlassungsverhältnisses, der Beteiligung oder Veräußerung beim Stpfl. ausgelöst wird. Die Vermögensmehrung hängt nicht davon ab, ob der zugeflossene Vorteil seinem Wert die Rückgewähransprüche übersteigt (BFH v. 4.7.1984 – I R 195/81, BStBl. II 1984, 842; v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178).

Bewertung von Sachbezügen: Vorteile, die nicht in Geld gewährt werden (Wohnung, Kost, Waren und sonstige Sachbezüge), sind nach § 8 Abs. 2 mit den üblichen Endpreisen am Abgabeort anzusetzen.

Schadensersatz oder Kulanzzahlungen: Entschädigungszahlungen, die der Stpfl. aufgrund von Beratungsfehlern im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage von ihren Kreditinstituten oder Vermögensanlageberatern erhalten, gelten als besondere Entgelte oder Vorteile iSd. Abs. 3 unabhängig davon, ob für die Zahlung der Entschädigung eine rechtl. Verpflichtung bestand oder ob es sich um eine Kulanzzahlung gehandelt hat.

Gewährung besonderer Entgelte oder Vorteile neben oder an Stelle von Einnahmen iSd. Abs. 1 und 2: Die besonderen Entgelte oder Vorteile sind unabhängig davon stbar, ob sie zusätzlich zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 und 2 oder ausschließlich gewährt worden sind.

552

C. Rechtsfolgen

Abs. 3 klärt lediglich den Umfang der von den Tatbeständen des Abs. 1 und 2 erfassten Einnahmen, stellt aber keinen selbstständigen Besteuerungstatbestand dar (s. Anm. 51). Besondere Entgelte oder Vorteile, die neben oder anstelle von Einnahmen iSd. Abs. 1 und 2 gewährt werden, sind daher den betreffenden Tatbeständen dieser Vorschriften zuzuordnen, nach denen sich die Rechtsfolgen bestimmen.

KapErtrStAbzug: Soweit Rechtsfolgen an die Tatbestände des Abs. 1 und 2 anknüpfen, sind jeweils auch die besonderen Entgelte oder Vorteile iSd. Abs. 3 miterfasst. Daraus folgt, dass der StAbzug bei besonderen Entgelten oder Vorteilen gleichermaßen vorzunehmen sind wie bei den unmittelbar den Tatbeständen des Abs. 1 und 2 zuzurechnenden Einnahmen aus Kapitalvermögen (§ 43 Abs. 1 Satz 2). Die Abgeltungswirkung des StAbzugs bezieht sich damit auch auf die besonderen Entgelte oder Vorteile, wenn diese dem Stpfl. (Gläubiger) nach dem 31.12.2008 zugeflossen sind (§ 52a Abs. 10 Satz 10). Soweit diese Erträge nicht dem StAbzug unterlegen sind, müssen sie vom Stpfl. mit der StErklärung deklariert werden (Pflichtveranlagung, § 32d Abs. 3).

553–554 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 4: Ermittlung der Einkünfte aus Veräußerungen von Kapitalanlagen iSd. Abs. 2

Schrifttum: s. § 23 Anm. 270; DOEGE, Wertminderung und Ausfall privater Kapitalanlagen nach der UnStReform, Stbg 2008, 440; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009, 2. Aufl. Herne/Berlin 2010.

555

A. Überblick

Die mit dem UntStReformG 2008 erstmals in § 20 eingeführte Vorschrift entspricht inhaltlich weitgehend dem § 23 Abs. 3 und regelt im Einzelnen in

Satz 1, dass der Gewinn aus Veräußerungsgeschäften und den ihnen gleichgestellten Tatbeständen des Abs. 2 durch Abzug der AK und der im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehenden Aufwendungen (WK) von den Einnahmen aus der Veräußerung zu ermitteln ist

(1. Halbs.) und bei Fremdwährungsgeschäften sowohl der Veräußerungserlös als auch die AK im Zeitpunkt der Veräußerung bzw. Anschaffung in Euro umzurechnen sind (lt. Halbs.),

Satz 2, dass bei verdeckten Einlagen (Abs. 2 Satz 2) der gemeine Wert der WG an die Stelle des Veräußerungserlöses tritt (1. Halbs.) und der Gewinn aus einer verdeckten Einlage im Jahr der Einlage anzusetzen ist (lt. Halbs.),

Satz 3, dass bei Überführung von WG in das PV oder bei Betriebsaufgabe anstelle der AK der bei der Entnahme (§ 6 Abs. 1 Nr. 4) oder Betriebsaufgabe anzusetzenden Wert (§ 16 Abs. 3) tritt,

Satz 4, dass bei Veräußerungen von Versicherungsverträgen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 6) die AK aus den entrichteten Beiträgen gebildet werden (1. Halbs.) und bei vorausgegangenem entgeltlichen Erwerb des Versicherungsvertrags auch die nach dem Erwerb entrichteten Beiträge zu den AK gehören (lt. Halbs.),

Satz 5, dass der Gewinn aus einem Termingeschäft aus dem Saldo des Differenzbetrags (Vorteils) und der mit dem Termingeschäft in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang stehenden Aufwendungen zu ermitteln ist,

Satz 6, dass bei einem unentgeltlichen Erwerb einer Kapitalanlage dem Stpfl. die AK, Kosten der Überführung ins PV und sonstigen Aufwendungen des Rechtsvorgängers zuzurechnen sind,

Satz 7, dass in den Fällen der Girosammelverwahrung von Wertpapieren im Veräußerungsfall die FiFo-Methode Anwendung findet.

B. Gewinn als steuerliche Bemessungsgrundlage

556

Auf der Grundlage der Vorschriften zu den privaten Veräußerungsgeschäften der §§ 17 und 23 regelt Abs. 4 die Ermittlung der estl. Bemessungsgrundlagen für Veräußerungsfälle des Abs. 2. Stbar ist danach bei Veräußerung oder einem gleichgestellten Vorgang der „Gewinn“, der sich als Differenz zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung und den AK der Wertpapiere, Kapitalbeteiligung oder sonstigen Kapitalforderungen unter Abzug der Veräußerungskosten errechnet. Bei den Termingeschäften tritt an die Stelle des Veräußerungserlöses der Differenzausgleich (Vorteil, Geldbetrag). Der „Gewinn“ iSd. Abs. 4 kann auch negativ sein (Verlust), wenn die Einnahmen aus der Veräußerung niedriger sind als die Summe aus Anschaffungs- und Veräußerungskosten.

Keine Gewinnermittlung, sondern Einnahme-/Überschussrechnung: Systematisch unzutreffend hat der Gesetzgeber in Abs. 4 – wie bereits in Abs. 2 – den „Gewinn“ als estl. Bemessungsgrundlage vorgegeben, obwohl § 20 – jedenfalls bisher – nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 aF zu den Überschusseinkunftsarten gehörte. Mit dem UntStReformG 2008 hat der Gesetzgeber durch Änderung des § 2 Abs. 2 unter Einfügung eines neuen Satz 2 die Bruttobesteuerung der Einnahmen aus Kapitalvermögen angeordnet. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 ist anstelle der tatsächlichen WK nur der aus dem bisherigen Sparer-Freibetrag und dem WK-Pauschbetrag gebildete Sparer-Pauschbetrag (Abs. 9) von den stbaren Einnahmen abzuziehen. Dieses ab 2009 geltende System wird allerdings in Abs. 4 wieder dadurch durchbrochen, dass bei den Einnahmen aus der Veräußerung sowohl die AK als auch die bisher im Rahmen des § 23 Satz 1 Abs. 3 berücksichtigungsfähigen Veräußerungskosten (WK) abziehbar sind.

Überschussermittlung für jede einzelne Kapitalanlage: Wie bei den Einkünften aus einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

und Nr. 2 iVm. Abs. 3 ist für jeden einzelnen Veräußerungsvorgang, für jede einzelne Kapitalanlage, der Überschuss gesondert zu ermitteln (zu § 23: Nds. FG v. 15.10.1970, EFG 1971, 227, rkr.). Jede einzelne Kapitalanlage ist Gegenstand der Einkunftserzielung, wobei allerdings eine Gruppenbildung, zB eine bestimmte Anzahl von Aktien eines Unternehmens, zulässig ist (BFH v. 24.3.1992 – VIII R 12/89, BStBl. II 1993, 18; aA noch BFH v. 23.3.1982 – VIII R 132/80, BStBl. II 1982, 463).

Eigenständigkeit der Einkunftsermittlung: Wenn auch die Besteuerung der Wertzuwächse aus der Veräußerung von Kapitalanlagen oder gleichgestellter Vorgänge mit dem UntStReformG 2008 in den Tatbestand des § 20 integriert wurde, so kommt der Ermittlung der stbaren Einnahmen eine gewisse, von der Einnahmeermittlung für Kapitalerträge iSd Abs. 1 abweichende Eigenständigkeit zu. Diese liegt darin, dass bei der Ermittlung des stbaren Überschusses vom Veräußerungserlös die AK und in beschränktem Umfang auch als WK einzuordnende Aufwendungen (Veräußerungskosten, sachlich unmittelbar mit dem Veräußerungserlös zusammenhängende Aufwendungen) abziehbar sind. Diese Regelung gestattet es, die gesamten AK zzgl. Nebenkosten – unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Leistung – in dem VZ abzuziehen, in dem die Veräußerungserlöse dem Stpfl. zufließen und damit stbar sind; s. auch § 23 Anm. 295.

Überschusserzielungsabsicht: Anders als noch im Rahmen der Besteuerung als privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 (dazu § 23 Anm. 146 „Wirtschaftsgüter des täglichen Gebrauchs/Jahreswagen“) setzt die Besteuerung der Veräußerungserlöse iSd. Abs. 2 iVm. Abs. 4 estl. die Absicht voraus, auf Dauer gesehen nachhaltige Überschüsse zu erzielen (BFH GrS v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. 1984, 752 [766]). Neben den gesetztl. Tatbestandsmerkmalen „Anschaffung“ und „Veräußerung“ setzt die Besteuerung der Veräußerungserlöse das ungeschriebene (subjektive) Tatbestandsmerkmal der „Überschusserzielungsabsicht“ voraus. Die FinVerw. geht wegen des beschränkten und pauschalierten Abzugs der WK (Abs. 9) nach der Systemumstellung von einer Einkunftserzielungsabsicht aus (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 125).

557

I. Einnahmen aus der Veräußerung

Zu den Einnahmen aus der Veräußerung gehören alle Güter, die der Stpfl. bei der Veräußerung einer Kapitalanlage erhält. Dazu zählen alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen; s. § 8 Anm. 22ff. Anders als im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 kommt es im Rahmen des § 20 für eine periodengerechte Erfassung der Veräußerungseinnahmen auf den Zufluss des Veräußerungserlöses iSd. § 11 Abs. 1 Abs. 1 an (zu § 23 s. BFH v. 15.12.1993 – X R 49/91, BStBl. II 1994, 687); Einzelheiten dazu § 23 Anm. 272.

558

II. Zuflusszeitpunkt des Veräußerungserlöses

Maßgeblicher Zeitpunkt für den Zufluss des Veräußerungserlöses und des StAbzugs durch das ausführende Kreditinstitut ist der Abschluss des zivilrechtl. Kaufvertrags. Dieser Zeitpunkt ist ebenfalls maßgeblich für die Verwaltung des Freistellungsauftrags (Ausnutzung des Freistellungsvolumens) und die unterjährige Verlustverrechnung durch die Kreditinstitute.

III. Anschaffungszeitpunkt bei Wertpapieren

559

Wertpapiere sind in dem Zeitpunkt angeschafft, in dem das obligatorische Rechtsgeschäft (Kaufvertrag) abgeschlossen ist. Börsengehandelte Papiere sind angeschafft, wenn der Börsenhändler, den der Stpfl. oder das ihn vertretende Kreditinstitut beauftragt hat, den Kaufauftrag ausgeführt (geschlossen) hat (Schlusstag). Wertpapiere, die außerhalb der Börse im Hinblick auf eine Börseneinführung erworben werden, sind mit Abschluss des Kaufvertrags angeschafft.

Neuemissionen: Bei Zeichnung neu emittierter Wertpapiere liegt eine Anschaffung erst in dem Zeitpunkt vor, in dem entschieden wird, dass es zur Zuteilung der gezeichneten Wertpapiere kommt. Das ist der Zeitpunkt, in dem das Kaufangebot durch den Emittenten des Wertpapiers oder seinen Vertreter abgenommen wird. Kommt es zu keiner Zuteilung, sind aber bereits Aufwendungen beim Stpfl. entstanden, so sind diese – entsprechend dem Prinzip der Bruttobesteuerung des Abzugsverbots aus Abs. 9 Satz 1 – stl. unbeachtlich.

Anschaffung von Wertpapieren oder Aktien durch Ausübung von Arbeitnehmeroptionen (stock options): Werden Wertpapiere oder Aktien durch Ausübung von Optionen, die ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eingeräumt hat, bezogen, gilt der Ausübungstag als Tag der Anschaffung.

Anschaffung bei Aktiensplit: Die im Rahmen eines Aktiensplits zugeteilten Aktien sind nicht angeschafft, sondern durch Teilung des bisherigen Aktienbestands zugeteilt. Als Anschaffungstag gilt auch bei einem Aktiensplit weiterhin der Tag der Anschaffung des ursprünglichen, ungesplitteten Aktienbestands.

IV. Anschaffungskosten in Einzelfällen

560

AK sind alle Aufwendungen, die durch die Anschaffung der Kapitalanlage veranlasst sind, s. § 6 Anm. 281 ff. und § 23 Anm. 275 ff. Dazu gehören auch die Anschaffungsnebenkosten wie zB Transaktionskosten der Bank, Maklerhonorare, Gerichts- und Notargebühren; Einzelfälle s. § 23 Anm. 276; zur Zahlungsweise der AK s. § 23 Anm. 277. Werden im Rahmen von Optionsgeschäften die veroptionierten WG geliefert, gehören zu den AK – neben dem Kaufpreis der WG – auch die an den Veräußerer gezahlten Optionsprämien.

Anschaffung der durch Ausübung von Arbeitnehmeroptionen angeschafften Aktien: Veräußert ein Arbeitnehmer die aufgrund der ihm vom Arbeitgeber gewährten Optionen angeschafften Aktien, sind als AK neben der Zuzahlung zum Kaufpreis auch der Wert des geldwerten Vorteils anzusetzen, der für die Besteuerung der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit maßgeblich war. Der Freibetrag nach § 8 Abs. 3 Satz 3 oder eine sonstige StVergünstigung bleiben dabei unberücksichtigt.

Aktiensplitt: Nach einem Aktiensplitt sind die ursprünglichen AK auf den gesplitteten Bestand aufzuteilen.

Eintritt in eine Personengesellschaft: Tritt ein Stpfl. in eine Pers. Ges. ein, veräußern die Altgesellschafter einen bestimmten Anteil der WG an den Neugesellschafter. Der Gewinn der Altgesellschafter ermittelt sich als Saldo aus zufließendem Betrag aus der Einlage des Neugesellschafters und dem Anteil an den AK der WG, die dem Neugesellschafter mit seinem Eintritt zugewiesen werden.

Beispiel (nach BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 75): An der AB-GbR sind A und B mit je 5000 € beteiligt. Für ihre Einlage haben sie im Jahr 01 Aktien (1200 Stück) der X-AG zum Preis von 5 € je Aktien und Aktien der Y-AG (800 Stück) zum

Preis von 5 € erworben. Im Jahr 03 beteiligt sich noch C mit einer Einlage von 5000 € und erhält dafür 1/3 der Anteile. Im Zeitpunkt des Eintritts haben die Aktien der X-AG einen Kurswert von 8 €, die der Y-AG von 6,76 €.

Anschaffungskosten des C

C erhält 1/3 der Aktien der X-AG und der Y-AG. Die AK richten sich nach dem Verhältnis der Verkehrswerte der Anteile. Sie betragen 3200 € für die X-AG und 1800 € für den Anteil an den Aktien der Y-AG.

Veräußerungsgewinn von A und B (X-AG)

Die Gesellschafter A und B haben jeweils 1/3 ihres Anteils an der X-AG und der Y-AG an den Neugesellschafter C veräußert.

erhaltene Einlage	1 600 €	
./. AK (1/3 von 1 200 Aktien zu 5 €)	./. 1 000 €	
Summe	600 €	600 €

Veräußerungsgewinn von A und B (Y-AG)

erhaltene Einlage	900 €	
./. AK (1/3 von 800 Aktien zu 8 €)	666 €	
Summe	234 €	234 €

Insgesamt **834 €**

Der Gewinn ist nicht kapertstpf. und muss in der StErkl. deklariert werden. Der anzuwendende StSatz beträgt 25 %.

Austritt eines Gesellschafters: Eine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 3 liegt ebenfalls vor, wenn ein Gesellschafter die PersGes. verlässt und sich den Gegenwert seiner bisherigen Beteiligung (der ihm anteilig zustehenden WG) auszahlen lässt. Das Gesetz fingiert in diesem Fall eine Veräußerung der anteiligen WG der Ges. an die verbleibenden Gesellschafter, soweit die WG nach dem 31.12.2008 erworben wurden. Gehören zum Vermögen der Ges. auch WG, die vor dem 1.1.2009 angeschafft wurden, liegt in Bezug auf diese WG keine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 2 vor. Als AK der an die verbleibenden Gesellschafter übertragenen anteiligen WG wird der Anteil des Auszahlungsbetrags zugrunde gelegt, der nach dem Verhältnis des Verkehrswerts auf das entsprechende WG entfällt.

Beispiel (nach BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 78 ff.): Sachverhalt wie zuvor; A tritt im Jahr 2010 aus der ABC- GbR aus. Im Vermögen der Ges. befinden sich zum Austrittszeitpunkt 1 200 Aktien der X-AG, die vor dem 1.1.2009 angeschafft wurden (AK 5 €), und 800 nach dem 31.12.2008 angeschaffte Aktien der Y-AG jeweils mit einem Kurswert von 10 € je Aktie (AK 5 €). Der an A gezahlte Betrag beläuft sich damit auf insgesamt 6667 €. Der auf die Aktien der X-AG entfallende Erlös von 4000 € ist wegen Verstreichens der Haltefrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF stfrei.

Veräußerungsgewinn aus den Y-Aktien

Veräußerungserlös	2 666 €
./. AK (1/3 × 800 × 5 €)	1 333 €
Gewinn	1 333 €

Nach dem Austritt des A verbleiben bei B 1/3 der Aktien der X-AG und der Y-AG mit einem Wert von 5 € (AK) und jeweils 1/3 der Aktien der X- AG und Y-AG mit einem Wert von 10 € (AK). C hält einen Anteil von 1/3 der Aktien der X-AG mit einem Wert von 8 € und einen Anteil von 1/3 der Aktien der X-AG mit einem Wert von 10 € und weiter 1/3 Anteil der Aktien der Y-AG mit einem Wert von 6,76 € und 1/3 der Aktien der Y-AG zum Wert von 10 €.

Gratis- oder Berichtigungsaktien, Teilrechte: Erhöht eine AG ihr Grundkapital aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207 ff. AktG) und gibt zugleich Gratis- oder Berichtigungsaktien und Teilrechte aus, liegt im Zeitpunkt der Zuteilung kein Anschaffungsvorgang vor. Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln führt

vielmehr zu einer Abspaltung eines Teils der in den Altaktien verkörperten Substanz und zu einer Abspaltung der ursprünglichen AK (Gesamtwertmethode). Zeitpunkt der Anschaffung auch der Gratis- oder Berichtigungsaktien ist der Zeitpunkt der Anschaffung der Altaktien. Der Gewinn aus der Veräußerung von Gratis- oder Berichtigungsaktien ist stabarer Kapitalertrag nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1.

► *Ausübung von Teilrechten* ist keine Veräußerung der Teilrechte und keine Anschaffung der durch die Ausübung bezogenen Aktien. Der Gewinn aus der Veräußerung der Teilrechte führt zu stabarem Kapitalertrag iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Abs. 4a Satz 4 findet in diesem Fall keine Anwendung.

Beispiel: A hat am 10.1.01 30 Aktien der X-AG zum Kurs von 150 € angeschafft. Die X-AG beschließt am 30.4.01 eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und bietet für je zwei Altaktien eine neue Aktie, die am 1.6.01 ausgegeben wird. An diesem Tag beträgt der Kurs der X-Aktie 120 €. Durch die Ausgabe der neuen Aktien (Abspaltung) sinkt der Kurs am 2.5.01 auf 80 €. A erwirbt zu den ihm zugeteilten 30 Teilrechten am 3.5.01 30 weitere Teilrechte zum Kurs von 40 € hinzu und erhält am 1.6.01 eine Zuteilung von 30 X-Aktien (zwei Teilrechte für eine neue Aktie). Am 10.8.01 veräußert A sämtliche X-Aktien zum Kurs von 100 €. Der dabei erzielte Veräußerungsgewinn ist stpfl. Die durch die zugeteilten Teilrechte angeschafften Neuaktien gelten am Tag der Anschaffung der Altaktien, hier am 10.1.01 als angeschafft; die durch die hinzu erworbenen Teilrechte angeschafften Neuaktien gelten am Tag der Anschaffung der Teilrechte, hier am 3.5.01 als angeschafft. Die AK der 30 Altaktien werden nach Ausübung der zugeteilten Teilrechte zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns auf Alt- und Neuaktien aufgeteilt:

Veräußerungsgewinn

Veräußerungserlös	60 × 100 €	6 000 €
AK für 45 Aktien	30 × 150 €	4 500 €
AK für 15 Aktien	30 × 40 €	1 200 €
Veräußerungsgewinn		<u> 300 €</u>

Kapitalherabsetzung: s Anm. 126 ff.

Optionsanleihen: Optionsanleihen sind aus zwei WG bestehende Schuldverschreibungen. Dem Stammrecht ist neben evtl. Zinskupons noch ein in einem Optionsschein verbrieftes Optionsrecht angehängt. Übt der Inhaber des Optionsscheins die Option aus, schafft er das Basisgut (Aktien, Schuldverschreibungen, Rohstoffe). Der Kaufpreis und die AK des Optionsscheins gehören zu den AK des Basiswerts. Hat der Stpfl. die Optionsanleihe mit erworben, sind die AK der Anleihe aufzuteilen in AK des Stammrechts und AK des Optionsscheins.

► *Ersterwerb:* Ist der Stpfl. Ersterwerber der Optionsanleihe richtet sich die Aufteilung der AK nach den Angaben des Emissionsprospekts, sofern dort ein besonderes Aufgeld (Agio) für das Optionsrecht ausgewiesen ist und die Anleihe mit einer kapitalmarktgerechten Verzinsung begeben wurde.

► *Zwischenerwerb:* Im Fall des Zwischenerwerbs lässt es die Verw. zu, dass der Stpfl. bzw. das Kreditinstitut die gesamten AK der Anleihe zurechnet, wenn die Aufteilung auf Stammrecht und Optionsrecht nicht anhand der Emissionsbedingungen erfolgen kann.

Einstweilen frei.

561

V. Aufwendungen in unmittelbar sachlichem Zusammenhang mit der Veräußerung

Nach Abs. 4 Satz 1 sind die mit der Veräußerung im Zusammenhang stehenden Aufwendungen stmindernd zu berücksichtigen. Veräußerungskosten sind nur solche Aufwendungen, die in unmittelbarer sachlicher Beziehung zu dem Veräußerungsgeschäft stehen (BFH v. 1.12.1992 – VIII R 43/90, BFH/NV 1993, 520). Die Abziehbarkeit der Veräußerungskosten entspricht der bisherigen Regelung in § 23 Abs. 3 Satz 1. Im Gegensatz dazu enthält Satz 1 aber nicht den Begriff der „Werbungskosten“, sondern verwendet den Begriff „Veräußerungskosten“. Eine sachliche Änderung bedeutet diese Wortwahl uE nicht. Nach einhelliger Auffassung zu § 23 sind die durch die Veräußerung des (zuvor angeschafften) Wirtschaftsguts veranlassten Aufwendungen ebenso als WK anzusehen wie die bei fremdfinanzierter Anschaffung des Spekulationsgegenstandes innerhalb der Spekulationsfrist angefallenen Schuldzinsen, soweit nicht eine Nutzung des Spekulationsgegenstandes im Rahmen einer vorrangigen Einkunftsart, zB Einkünfte aus Kapitalvermögen (BFH, Urt. v. 12.12.1996 – X R 65/95, BStBl. II 1997, 603; v. 19.2.1965 – VI 291/64 U, BStBl. III 1965, 194), gegeben ist. Damit ist im Bereich der Veräußerungsgewinne des Abs. 2 ein beschränkter WK-Abzug eröffnet. Neben den durch die ausführende Bank in Rechnung gestellten Transaktionskosten sind auch Schuldzinsen aus der Fremdfinanzierung einer Kapitalanlage als WK abziehbar, wenn sie in sachlichem Zusammenhang mit der Veräußerung stehen. Diese Voraussetzung ist allerdings bei laufenden Schuldzinsen nicht erfüllt. Wird ein Wertpapierkredit wegen der Veräußerung der Kapitalanlage vorzeitig gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung abgelöst, ist die Entschädigung uE als durch die Veräußerung veranlasst anzusehen und als WK abziehbar; Einzelfälle zu den WK bei Veräußerungsgeschäften s. § 23 Anm. 289 und zum Zu- und Abfluss § 23 Anm. 293 f.; zur Verfassungsmäßigkeit des nur beschränkten WK-Abzugs s. Anm. 8.

Transaktionskostenanteil bei Vermögensverwaltung (all-in-fee): Depot- und Vermögensverwaltungskosten sind nach der Systemumstellung (Bruttoprinzip) grds. nicht mehr als WK abziehbar (Abs. 9 Satz 1). Nicht folgegerecht wirken sich dagegen Anschaffungsnebenkosten und Veräußerungskosten stmindernd aus, da sie in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der Veräußerung stehen. Dies soll nach Auffassung der Verw. auch für pauschale Entgelte bei Verträgen mit Kreditinstituten oder Vermögensverwaltern (all-in-fee) gelten, die die Transaktionskosten abdecken und in den Vertragsbedingungen ausgewiesen werden. Die im all-in-fee ausgewiesenen pauschalen Transaktionskosten sind danach im Zeitpunkt der Verauslagung durch das Kreditinstitut als WK abziehbar und von den Kreditinstituten in den Verrechnungstopf des Kunden einzustellen, soweit die Transaktionskosten nicht mehr als 50 % der gesamten all-in-fee betragen. Einzelne Transaktionskosten dürfen in diesen Fällen nicht zusätzlich angesetzt werden (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 93).

► *Ausweis der Transaktionskosten derr Einzelabrechnung des all-in-fee:* Werden die anteiligen Transaktionskosten in der einzelnen all-in-fee-Abrechnung ausgewiesen, sind sie ebenfalls stmindernd als WK in den Verrechnungstopf aufzunehmen.

Beispiel (nach BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 96): Ein Vermögensverwaltungsvertrag sieht eine pauschale Vergütung von 2 % des verwalteten Depotvermögens vor. Bewertungsstichtag ist der 31.12. des Jahres. Mit der Pauschale sollen die Transaktionskosten (Wertpapierumsatz) abgegolten sein. Die vermögensverwaltende Bank erteilt am Ende des Jahres die folgende Abrechnung:

Verwaltetes Vermögen	250 000 €
all-in-fee	2 % von 250 000 € = 5 000 €, das sich wie folgt gliedert:
Vermögensverwaltung	2 600 €
Depotführung	500 €
Wertpapierumsatz	<u>1 900 €</u> (< 51 % des all-in-fee)
Summe:	5 000 €

Der pauschale Transaktionskostenanteil übersteigt die 50 %-Grenze nicht und ist daher in voller Höhe abziehbar.

Beispiel: Die pauschale Vergütung beträgt 1,5 % des verwalteten Depotbestands am 31.12. und deckt die Transaktionskosten (Wertpapierumsatz) ab. Der Vermögensverwalter erstellt folgende Abrechnung:

Verwaltetes Vermögen:	100 000 € × 1,5	= 1 500 €
Wertpapierumsatz	70 % von 1 500 €	= 1 050 €

Die Transaktionskosten können mit 50 % des all-in-fee, also mit 750 €, gewinnmindernd berücksichtigt werden.

Transaktionskosten bei Beratungsverträgen: Vermögensverwaltungsverträge und Beratungsverträge unterscheiden sich dadurch, dass einzelne Transaktionen des Kreditinstituts bei Beratungsverträgen unter dem Vorbehalt einer Zustimmung des Kunden vorgenommen werden. Für die Abziehbarkeit der Transaktionskosten gelten die Regeln zur Vermögensverwaltung.

VI. Saldierung von Veräußerungserlös und Anschaffungskosten

563

Nach Abs. 4 Satz 1 sind zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns die AK von den Einnahmen aus der Veräußerung („nach Abzug der übrigen Aufwendungen“) abzuziehen. Danach sind die AK in voller Höhe im Jahr der Besteuerung der Veräußerungseinnahmen, also im Jahr des Zuflusses des Veräußerungspreises, zu berücksichtigen. Unbeachtlich ist, wann die AK verausgabt werden, also beim Stpfl. abgeflissen sind. Die AK sind auch dann abziehbar, wenn sie erst nach der Veräußerung vom Stpfl. geleistet werden.

Beispiel: A veräußert seine Wertpapiere im November 2009 an B zum Gesamtpreis von 10 000 € mit der Abrede, B müsse den Kaufpreis erst aus einem Weiterverkauf der Wertpapiere bezahlen. B veräußert die Papiere im Dezember 2010 weiter zum Preis von 14 000 € und überweist im Dezember 2010 den Kaufpreis an A.

VII. Fremdwährungsbeträge (Satz 1 lt. Halbs.)

564

Für Wertpapiere und sonstige Kapitalforderungen, die nicht auf Euro, sondern auf eine Fremdwährung lauten, bestimmt Abs. 1 Satz 1 lt. Halbs., dass der Gewinn in der StWährung Euro durch Umrechnung der Anschaffungs- und Veräußerungskosten zum Devisenbriefkurs zu ermitteln ist (BMF v. 13.6.2008, DStR 2008, 1236 Tz. 7). Diese mit dem UntStReformG 2008 in § 20 eingeführte Regelung weicht von der Regelung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 lt. Halbs. aF ab, nach der bei der Veräußerung von finanzinnovativen Schuldverschreibungen der Veräußerungsgewinn zunächst in der Fremdwährung und danach in die StWährung Euro umzurechnen war. Die jetzige Regelung entspricht der bisherigen Regelung zu § 23 (BFH v. 2.5.2000 – IX R 73/98, BStBl. II 2000, 614) und

stellt sicher, dass Vermögenmehrungen/-minderungen, die auf Wechselkurschwankungen beruhen, estl. mit berücksichtigt werden, wohingegen die alte Regelung gerade Vermögenmehrung/-minderung aufgrund von Währungsschwankungen nicht erfassen wollte. Die jetzige Regelung ersetzt zudem § 43a Abs. 2 Satz 7 aF, der die Nichtberücksichtigung des Währungsgewinns/-verlusts beim KapErtrSt-Abzug zum Gegenstand hatte.

565 **VIII. An die Stelle des Veräußerungspreises tretende Werte
(Abs. 4 Satz 2)**

Mit Satz 2 wird die verdeckte Einlage von WG aus dem PV in ein BV der Veräußerung iSd. Satz 1 gleichgestellt. An die Stelle des Veräußerungserlöses, der bei einer Einlage nicht vereinnahmt wird, ist bei der Gewinnermittlung – vergleichbar § 17 Abs. 2 Satz 2 – der gemeine Wert der eingelegten WG im Zeitpunkt der Einlage anzusetzen. Dieser Wert bestimmt sich grds. nach § 11 BewG. Von diesem Wert sind zur Ermittlung der stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen die AK und VK abzuziehen sind; Einzelheiten dazu s. § 17 Anm. 170 ff.

Teilentgeltliche Einlage: Wird für die Übertragung der WG ein geringes Entgelt gezahlt, das unter dem gemeinen Wert der WG liegt, ist uE das tatsächlich gezahlte Entgelt und nicht der stl. Wert bei der Ermittlung der Einnahmen anzusetzen (glA WEBER-GRELLET/SCHMIDT, EStG, 28. Aufl. § 17 Rn. 139).

566 **IX. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte
bei Entnahme oder Betriebsaufgabe (Abs. 4 Satz 3)**

Entsprechend Satz 2 wird in Satz 3 der Übergang von WG aus einem BV in das PV anlässlich einer Entnahme oder einer Betriebsaufgabe geregelt. Veräußert der Stpfl. das entnommene WG weiter, bedarf es für diesen Fall einer Bestimmung der AK, die bei einer Entnahme mit dem sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 4 oder bei einer Betriebsaufgabe mit dem sich nach § 16 Abs. 3 ermittelten Wert anzusetzen sind; Einzelheiten dazu s. § 6 Anm. 1197 ff. und § 16 Anm. 460 ff. Damit wird sichergestellt, dass bei einer späteren Veräußerung lediglich die im PV entstandenen Werterhöhungen/-minderungen im Rahmen des § 20 besteuert werden.

567 **X. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte
bei Übertragung von Versicherungsansprüchen iSd. Abs. 6
(Abs. 4 Satz 4)**

Eine dem Satz 3 vergleichbare Problematik stellt sich bei der Veräußerung oder Abtretung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen iSd. Abs. 1 Nr. 6 ein. Als AK bei Übertragung derartiger Versicherungsansprüche wird die Summe der auf den Vertrag entrichteten Beiträge bestimmt. Wird die Versicherung entgeltlich erworben, setzen sich die AK aus der Summe der Beiträge des Veräußerers und den Folgebeiträgen des Erwerbers zusammen. Diese Regelung soll eine Doppelbesteuerung der ausgezahlten Versicherungsleistung vermeiden soweit diese auf die Zeit des Veräußerers entfällt. Der Erwerber hat nur die auf seine Besitzzeit entfallende Versicherungsleistung als Kapitalertrag zu versteuern.

Beispiel:

Beiträge des Veräußerers	50 000 €
Veräußerungspreis	55 000 €
Beiträge des Erwerbers	50 000 €
Versicherungsleistung	200 000 €
Veräußerungsgewinn des Veräußerers	5 000 € (55 000 ./ 50 000)
Kapitalertrag des Erwerbers bei Auszahlung	100 000 € (200 000 ./ (50 000 + 50 000))

XI. Gewinn/Verlust aus Termingeschäften (Abs. 4 Satz 5)

568

Ermittlung der steuerbaren Einnahmen: Satz 5 des Abs. 4 entspricht der bisherigen Regelung für die Gewinnermittlung aus der Beendigung von Termingeschäften in § 23 Abs. 3 Satz 5 aF. Für die Ermittlung der stbaren Einnahmen aus einem Termingeschäft kann – anders als für die Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 2 Nr. 1 und 2, Nr. 4–8 grds. nicht auf einen Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang abgestellt werden. Deshalb bedurfte es auch für diese Fälle einer besonderen Regelung zur Ermittlung der maßgebenden Bemessungsgrundlage. Dazu bestimmt Satz 5, dass der Gewinn oder Verlust aus einem Termingeschäft der Differenzausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzgl. der in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehenden Aufwendungen (WK) ist.

Gewinn/Verlust aus Termingeschäften: Gewinn oder Verlust aus einem Termingeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a ist die Differenz zwischen dem bei Beendigung des Geschäfts erhaltenen Geldbetrag oder dem Wert des sonstigen Vorteils (zB Aktien oder Schuldverschreibungen) einerseits und dem bei Abschluss des Geschäfts an den Vertragspartner gezahlten Geldbetrag und dem eingeschränkten Abzug der damit in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang stehenden Aufwendungen (WK). Abs. 4 Satz 5 erfasst dagegen nicht die Veräußerung des Termingeschäfts selbst. Der Gewinn oder Verlust des unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b fallenden Sachverhalts ist nach den Regeln des Abs. 4 Satz 1 zu ermitteln.

► **Optionsprämien:** Eine bei Erwerb eines Optionsrechts an den Optionsgeber geleisteten Optionsprämie steht mit dem Abschluss des Termingeschäfts in unmittelbarem wirtschaftlichen und damit sachlichen Zusammenhang, so dass sie ebenfalls als Abzugsposition zu berücksichtigen ist. Ist die Option zB auf den Erwerb bestimmter Aktien gerichtet, so setzt der Optionsnehmer zur Erlangung der Aktien sein Optionsrecht ein, indem er es ausübt und mit der Ausübung das Optionsrecht selbst erlischt. Die damit eintretende Vermögensminderung ist Voraussetzung für die Erlangung des Vorteils in Gestalt der Aktienlieferung. Dem steht uE nicht entgegen, dass die Optionsprämie zugleich zu den AK des Optionsrechts gehört, denn der Gesetzgeber hat in Abs. 4 Satz 5 lediglich die entgegen der Regelung in Abs. 9 Satz 1 abziehbaren Aufwendungen (WK) geregelt. Eine Bestimmung der AK des zugrunde liegenden Rechts fehlt dagegen.

► **Differenzausgleich bei EUREX-Geschäften:** Der stbare Differenzausgleich bei Geschäften an der EUREX setzt sich aus der Differenz der Summe aller während der Laufzeit des Geschäfts empfangenen und geleisteten Zahlungen im Zeitpunkt der Fälligkeit des Differenzausgleichs zusammen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 36 ff.).

► *Einnahmen bei Glattstellung*: Wird ein Ausgangsgeschäft an der Terminbörse (EUREX) durch Abschluss eines Gegengeschäfts glattgestellt (Schuldaufhebungs- und Verrechnungsabrede), ergibt sich der Gewinn oder Verlust ebenfalls aus der Differenz der Summen aller während der Laufzeit des Geschäfts empfangenen und geleisteten Zahlungen. Für die Gewinnermittlung ist allerdings nicht Abs. 4 Satz 5, sondern Abs. 4 Satz 1 einschlägig, da die Glattstellung wirtschaftlich einer Veräußerung des Optionsrechts iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b entspricht.

Gewinn/Verlust aus der Einlösung (Rückzahlung) von Zertifikaten: Die mit der Einlösung (Rückzahlung) von als Zertifikat ausgestalteten Schuldverschreibungen erlangten Einnahmen erfüllen den Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2. Zertifikate sind keine Termingeschäfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und Abs. 4 Satz 5. Gewinn aus der Rückzahlung ist nach Abs. 4 Satz 1 die Differenz zwischen dem mit der Einlösung empfangenen Geldbetrag oder dem Wert der als Rückzahlung gelieferten Basiswerte und den AK zuzüglich der Transaktionskosten der Anschaffung (Bankgebühren, Maklercourtage uÄ.) abzüglich der in unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der Rückzahlung stehenden Aufwendungen (WK).

Berücksichtigung geldwerter Vorteile bei der Einkünfteermittlung: ArbN erhalten vom ArbG häufig anstelle oder neben dem Arbeitsentgelt Optionsrechte auf Aktien des Unternehmens zu einem unter dem Marktpreis liegenden Kurs übertragen. Übt ein ArbN sein Optionsrecht später aus oder veräußert er das Recht ist fraglich, ob bei der Bestimmung der AK der im nicht marktgerechten Erwerbspreis liegende Vorteil zu berücksichtigen ist. Der geldwerte Vorteil fließt einem ArbN bei Veräußerung oder Ausübung des Optionsrecht zu und ist als Einnahme iSd. § 19 stl. zu erfassen (BFH v. 10.3.1972 – VI R 278/68, BStBl. II 1972, 596; v. 3.7.1999 – VI B 116/99, BStBl. II 1999, 684). Wird der geldwerte Vorteil bei der Ermittlung des Gewinns/Verlust im Fall einer Ausübung oder Veräußerung nicht berücksichtigt, kommt es zu einer Doppelbesteuerung: als Arbeitlohn nach § 19 und als Einnahmen aus der Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 iVm. Abs. 4 Satz 1 oder 5, wenn von den tatsächlichen (niedrigeren) AK des Rechts ausgegangen wird. Deshalb muss uE der geldwerte Vorteil bei der Ermittlung der Höhe des Veräußerungsgewinns den tatsächlichen AK hinzugerechnet werden.

Beispiel: Ein ArbN erhält 2009 von seinem ArbG Optionsrechte im Wert von 1 000 € zum Preis von 500 €. Die Rechte veräußert er 2010 zum Kurswert von 1 200 €. Ohne Berücksichtigung des geldwerten (stbaren) Vorteils von 500 € (§ 19) ergibt sich ein Veräußerungsgewinn von 700 €, in dem der Vorteil von 500 € enthalten ist. Werden die tatsächlichen AK von 500 € bei Ermittlung des Veräußerungsgewinns um den geldwerten Vorteil von 500 € erhöht, ergeben sich AK von 1 000 € und damit ein Veräußerungsgewinn von lediglich 200 €.

Nach BMF v. 25.10.2004 (BStBl. I 2004, 1034 Tz. 14) ist der geldwerte Vorteil unabhängig davon den AK hinzuzurechnen, ob er tatsächlich der Besteuerung unterliegt oder wegen des Freibetrags in § 8 Abs. 3 Satz 2 stfrei bleibt.

569 XII. Zurechnung der Anschaffungskosten durch den Rechtsvorgänger bei Einzelrechtsnachfolge bei unentgeltlichem Erwerb (Abs. 4 Satz 6)

Die Vorschrift entspricht der Regelung für die privaten Veräußerungsgeschäfte iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3. Werden Kapitalanlagen iSd. des Abs. 2 unentgeltlich im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf einen Dritten übertragen, hat der Dritte

keine Aufwendungen. Für diesen Fall bestimmt Satz 6, dass dem Dritten die Aufwendungen des Rechtsvorgängers bei der Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung oder gleichgestellter Vorgänge zuzurechnen sind. Die Regelung entspricht dem bisherigen § 23 Abs. 1 Satz 3 aF; s. § 23 Anm. 230–233.

XIII. FiFo-Verfahren (Abs. 4 Satz 7)

570

Wertpapiere in Sammelverwahrung: Die Vorschrift schreibt für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Wertpapieren, die sich in der Sammelverwahrung befinden, die sog. FiFo-Methode (first-infirst-out) vor. Die Regelung entspricht der mit dem EURLUMsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310) in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 aF eingeführten FiFo-Methode (BMF, Schr. v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034). Bei der Girosammelverwahrung (§§ 5 ff. DepotG) erwirbt der Wertpapierinhaber lediglich Bruchteilseigentum an allen Wertpapieren einer Art, die gemeinsam im Girosammeldepot verwahrt werden. Bei der Streifbandverwahrung bleibt der Wertpapierinhaber Eigentümer der von ihm erworbenen Wertpapiere. Allerdings werden alle Wertpapiere, die ein Depotinhaber zur Sonderverwahrung bestimmt hat, mit einem einzigen Streifband umgeben. Sie werden also regelmäßig nicht nach dem Anschaffungsdatum getrennt verwahrt. Werden Wertpapiere in einem Depot bei einem Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut verwahrt und wurden mehrere Wertpapiere derselben Art zu unterschiedlichen Zeitpunkten angeschafft, lässt sich bei einer teilweisen Veräußerung des Bestands dieser Wertpapier nicht feststellen, wann und mit welchen AK die veräußerten Wertpapiere angeschafft wurden.

Wertpapiere in Streifbandverwahrung: Abs. 4 Satz 6 auch Wertpapiere anwendbar, die sich in einer Streifbandverwahrung befinden (BMF v. 31.7.2008, DStR 2008, 1236).

Unterdepots: Als Depot iSd. Abs. 4 Satz 6 wird auch ein Unterdepot angesehen, wenn das Unterdepot mit einer lfd. Unterdepotnummer versehen ist und der Bankkunde dadurch die Zuordnung der einzelnen Wertpapiere zum jeweiligen Depot bestimmen kann.

Verbrauchsreihenfolge: Satz 7 sieht verbindlich die Verbrauchsreihenfolge nach der FiFo-Methode vor. Dieses Verfahren besagt, dass jeweils die zuerst angeschafften Wertpapiere als zuerst veräußert gelten. Die bis 2004 vom BFH favorisierte Durchschnittsmethode (BFH v. 24.11.1993 – X R 49/90, BStBl. II 1994, 591; v. 5.5.1994 – X R 157/90, BFH/NV 1995, 195) ist damit auch im Rahmen des § 20 obsolet. Die FiFo-Methode ist einfach zu handhaben und erleichtert den Kreditinstituten, den für den Abzug der KapErtrSt. maßgeblichen Veräußerungsgewinn zu ermitteln.

Beispiel: A kauft am 30.11.2009 100 Aktien zum Kurswert von 50 € je Aktie und lässt sie sammelverwahren. Am 31.1.2010 kauft er weitere 100 Aktien desselben Unternehmens zum Kurs von 60 € je Aktie. und am 31.3.2010 weitere 100 Stück zu 70 €. Am 31.12.2010 verkauft er 150 Aktien zum Kurs von 80 € je Aktie. Da fingiert wird, dass die zuerst gekauften Aktien zuerst veräußert werden, müssen 100 Aktien mit AK von 50 € und 50 Aktien mit AK von 60 € bei der Gewinnermittlung berücksichtigt werden. Der Gewinn ist also zu ermitteln:

Veräußerungserlös	150 × 80 €	12000 €
./. AK 100 × 50 €		./. 5000 €
./. AK 50 × 60 €		./. 3000 €
Veräußerungsgewinn		8500 €

Verbrauchsreihenfolge über Depotgrenzen hinweg: Die Verbrauchsreihenfolge nach der FiFo-Methode findet nur insoweit Anwendung, als sich die Wertpapiere gleicher Gattung in einem Depot (Haupt- oder Unterdepot) befinden. Sie kommt nicht zur Anwendung über (Unter)Depotgrenzen hinweg. Damit ist sichergestellt, dass Haupt- und Zweitdepots zur Trennung von Wertpapieren, die bei Einführung der abgeltenden KapErtrSt. den Bestandsschutzregeln unterliegen (Alt-Wertpapiere), unabhängig von nach dem 31.12.2008 angeschafften Wertpapieren besteuert werden können (BMF v. 31.7.2008 – IV C1 - S2000/07/009).

Beispiel: Der Stpfl. hat Aktien der X-AG zu unterschiedlichen Zeitpunkten für sein Hauptdepot angeschafft. Zugleich hat der X-Aktien in einem Unterdepot. Beim der Veräußerung von X-Aktien aus dem Hauptdepot ist die Verbrauchsreihenfolge nur für diese Depot zu bestimmen. Die Aktien aus dem Unterdepot bleiben unberücksichtigt. Das gleiche gilt für mehrere Hauptdepots des Stpfl.

571–579 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 4a: Sonderregeln zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns bei Kapitalmaßnahmen, Andienungsvorgängen, Bezugsrechtsveräußerung und damit zusammen- hängenden Regelungen

Schrifttum: HAHNE/KRAUSE, DStR 2008, 1724; HAISCH, Umwandlung, Abgeltungsteuer und Teileinkünfteverfahren, Ubg 2009, 96; MELICKE, Die Neuregelung der Besteuerung des Bezugsrechts, DB 2009, 476; DERS., Gewinnrealisierung durch Ausübung von Bezugsrechten?, DB 2006, 1337; NACKE, StuB 2009, 55; STEINLEIN, Abgeltungsteuer und Kapitalmaßnahmen: Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2009, DStR 2009, 509.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 (Einzelfragen zur Abgeltungsteuer); v. 15.8.2008, StEK EStG § 32d Nr. 6 (Weitere Anwendungs- und Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009); v. 25.10.2004, DStR 2004, 2009, betr. Zweifelsfragen bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG; OFD Hannover v. 5.1.2007, DB 2007, 491.

580

A. Überblick zu Abs. 4a

Die mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) eingeführte Vorschrift ist eine Reaktion auf diverse Eingaben der Kreditwirtschaft. Sie soll die Regelungen zur Ermittlung des Gewinns bei Veräußerung von Kapitalanlagen in Abs. 4 nachbessern und vereinfachen. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, mit der Einführung einer abgeltenden KapErtrSt. auf private Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne uA die StErhebung für den Stpfl., für die FinVerw. aber auch für die zum StEinbehalt verpflichteten Stellen zu vereinfachen. Die Vielfalt der zu Kapitaleinkünften führenden Sachverhalte macht es daher notwendig, den StAbzug im Massenverfahren für die Kreditinstitute möglichst praktikabel und wenig fehleranfällig auszugestalten. Dazu regelt Abs. 4a in Ergänzung des Abs. 4:

▷ *Satz 1*, das bei bestimmten ausländischen Kapitalmaßnahmen die erhaltenen Kapitalanteile an die Stelle der abgegebenen Anteile treten und der Gewinn aus einer nachfolgenden Weiterveräußerung der empfangenen Anteile wie eine Gewinn aus der Veräußerung der abgegebenen Anteile nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 vorzunehmen ist,

- ▷ *Satz 2*, dass neben den in Satz 1 beschriebenen Kapitalmaßnahmen gezahlten Entgelte (sog. Barkomponente) im Zeitpunkt der Zahlung als Kapitalertrag zu besteuern ist,
- ▷ *Satz 3*, dass ein Gewinn aus der Ausübung von Lieferoptionen zB bei Aktien- und Umtauschanleihen sowie Wandelanleihen im Zeitpunkt der Andienung der Basiswerte als stneutral zu behandeln ist,
- ▷ *Satz 4* eine Fiktion der AK von Bezugsrechten, die grds. mit 0 € anzunehmen sind, weil die den StAbzug vornehmenden Institute im Massenverfahren keine Bewertung der Bezugsrechte vornehmen können und es deshalb vermehrt zu Veranlagungsfällen kommen würde,
- ▷ *Satz 5*, dass bei einer Einbuchung von Anteilen, für die der Stpfl. keine Gegenleistung erbringt, mit 0 € zu erfolgen hat, wodurch kein abzugsplf. Kapitalertrag entsteht,
- ▷ *Satz 6*, den stl. relevanten Zeitpunkt einer Kapitalmaßnahme, um den abzugsplf. Instituten den StEinbehalt zu erleichtern.

Rechtsfolge dieser unterschiedlichen Einzelfallregelungen ist, dass in Abweichung von Abs. 2 Satz 1 und § 13 Abs. 2 UmwStG (Buchwertfortführung) keine zeitgerechte Besteuerung des durch die Kapitalmaßnahme entstandenen Gewinns eintritt. Die Besteuerung wird vielmehr auf einen späteren Zeitpunkt, den der nachfolgenden Weiterveräußerung der empfangenen Anteile, verschoben.

B. Austausch von Anteilen bei bestimmten Kapitalmaßnahmen (Abs. 4a Satz 1)

581

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift betrifft eine ganze Reihe unterschiedlicher gesellschaftsrechtl. und wertpapierrechtl. Sachverhalte, die alle samt Auswirkungen auf den Anteilsbestand des privaten Kapitalanlegers haben können und durch die sich – nach Einführung der Abgeltungsteuer – stbar positive oder negative Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 2 – bis 2008 iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 – ergeben können. Dazu gehören insbesondere die Kapitalerhöhung durch Umwandlung von Rücklagen oder die Ausgabe neuer Anteile, die Verschmelzung, der Formwechsel von KapGes. in PerGes. oder KapGes., Spaltungsvorgänge und Einbringungsvorgänge, die in den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 5 UmwStG fallen. Die Vorschrift gilt nur für Kapitalanteile, die in einem Privatvermögen gehalten werden und die keine wesentliche Beteiligung iSd. § 17 darstellen.

Voraussetzungen des Steueraufschubs: Unter den Voraussetzungen des Abs. 4a Satz 1 wirkt sich ein Tausch von Kapitalanteilen für den Stpfl. stneutral, wenn

- die Geschäftsleitung oder der Sitz der aufnehmenden und abgebenden Körperschaft im Ausland liegt,
- der Anteilstausch aufgrund von gesellschaftsrechtl. Maßnahmen der beteiligten Unternehmen ausgeht,
- die Anwendung des § 12 Abs. 2 KStG ausgeschlossen ist (StFreiheit des Gewinns bei Verschmelzung nach UmwStG) und
- das Besteuerungsrechts für die erhaltenen Anteile im Fall ihrer Weiterveräußerung im Inland besteht, also weder ausgeschlossen noch beschränkt ist oder die EU-Mitgliedstaaten Art. 8 der RL 90/434 EWG angewendet haben.

Auslandsbezug der Kapitalmaßnahme: Die beschriebenen Kapitalmaßnahmen bereiten den zum StEinbehalt verpflichteten Stellen insbesondere dann erhebliche Probleme, wenn es sich um Kapitalmaßnahmen ausländ. Körperschaften handelt. Deshalb bestimmt Abs. 4a Satz 1, dass die Vereinfachungsregel nur dann anzuwenden ist, wenn an der Kapitalmaßnahme ausschließlich ausländ. Unternehmen beteiligt sind. Die abgebenden und aufnehmenden Körperschaften, Vermögensmassen oder Personenvereinigungen dürfen weder ihre Geschäftsleitung (§ 10 AO) noch ihren Sitz (§ 11 AO) im Inland haben. Das sind somit Gesellschaften, die im Inland nicht oder nur beschränkt stpfl. sind, regelmäßig ihre Kapitalmaßnahmen rechtzeitig bekanntmachen und ausreichende Informationen für die stl. Einordnung der Kapitalmaßnahme bekannt machen (STEINLEIN, DStR 2009, 509 [510]). Ob eine Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung iSd. Abs. 4a Satz 1 vorliegt, richtet sich grds. nach deutschem Recht; Einzelheiten dazu § 1 KStG Anm. 20–28.

► *Europarechtliche Bedenken:* Abs. 4a Satz 1 ist nur auf Auslandssachverhalte anzuwenden. Europarechtl. Probleme ergeben sich uE daraus jedoch nicht, da weder das Grundrecht auf Freizügigkeit noch das Grundrecht der Kapitalverkehrsfreiheit eingeschränkt ist. Die Vorschrift betrifft nur die periodengerechte Besteuerung des inländ., unbeschränkt stpfl. Kapitalanlegers, nicht die Unternehmen selbst. Sie hat lediglich verfahrensrechtl. Bedeutung dergestalt, dass eine Besteuerung des entstandenen Gewinns bei einer späteren Veräußerung der erhaltenen Anteile nachgeholt wird, während bei Kapitalmaßnahmen inländ. Unternehmen die beschriebenen Bewertungs- und Gewinnermittlungsprobleme für die den StAbzug vornehmenden Stellen idR nicht auftreten.

Anteilstausch auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage: Der Anteilstausch muss nach Satz 1 von den beteiligten Unternehmen aufgrund gesellschaftsrechtl. Maßnahmen ausgehen. Mit dieser Regelung werden Tauschvorgänge auf freiwilliger, privatrechtl. Basis, zB zwischen Privatanlegern, von Tauschvorgängen auf gesellschaftsrechtl. Grundlage abgegrenzt. Privatrechtl. Tauschvorgänge fallen nicht unter Satz 1. Der Tauschgewinn ist in diesen Fällen nach den allg. Regeln der Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 sbar.

Keine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts: Die Anwendung des Satz 1 verlangt weiter, dass das deutsche Besteuerungsrecht in Anlehnung an § 13 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 UmwStG besteht bzw. nicht eingeschränkt ist. Mit der Aufnahme des Verweises auf die sog. Fusionsrichtlinie (RL 90/434/EWG) ist der Anwendungsbereich des Satz 1 auf Fälle ausgedehnt, in denen nach dem einschlägigen DBA das Recht der Besteuerung der Gewinne aus einem Anteilstausch, wie zB in Art. 13 DBA Tschechien, dem ausländischen Staat zugewiesen ist (STEINLEIN, DStR 2009, 509 [510]). Für den Abzug der KapErtrSt. haben die Kreditinstitute davon auszugehen, dass das Besteuerungsrecht Deutschlands hinsichtlich der erlangten Anteile nicht beschränkt oder ausgeschlossen ist.

Rechtsfolgen des Anteilstauschs: Der Anteilstausch, der als Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gilt, kann außerhalb des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2, Satz 3 UmwStG oder eines Fortführungsantrags hinsichtlich der AK zu einem Gewinn oder Verlust beim Anteilseigner führen, der sich aus der Differenz zwischen dem gemeinen Wert der abgegebenen Anteile und ihren AK errechnet. Dieser Gewinn wäre nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 stl. beachtlich und unterläge dem StAbzug durch die ausführenden Kreditinstitute (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1). Dieses Ergebnis wird ertragstl. durch Abs. 4a Satz 1 und kapertrstl. durch § 43 Abs. 1 Satz dadurch vermieden, dass die erhaltenen Anteile rechtlich an die Stelle der hingegebenen Anteile treten („Fußstapfentheorie“). Die er-

haltenen Anteile „erben“ so den stl. Status der hingegebenen Anteile (STEINLEIN, aaO).

Beispiel: Privatanleger A erwirbt 2009 100 Aktien der X-AG zu einem Preis von 10 Euro je Aktie. Im Jahr 2010 wird die X-AG von der Y-AG übernommen. Die Aktionäre der X-AG erhalten je 10 Aktien der X-AG eine Aktie der Y-AG, die im Tauschzeitpunkt mit 120 € je Aktie notiert. KapErtrStpfl. Bemessungsgrundlage ist der mit der Übertragung der Y-Aktien bei A eingetretene Gewinn. Dieser ist mit null anzusetzen, da die AK der 10 Y-Aktien (100 €) den AK der 100 X-Aktien (100 €) entsprechen.

Diese Fiktion hat zur Folge, dass im Zeitpunkt einer Anteilsübertragung kein stl. relevanter Veräußerungsgewinn entsteht. Die Kapitalmaßnahme wirkt sich bei Anteilsinhaber vielmehr stneutral aus. Eine Besteuerung findet im Durchführungszeitpunkt nicht statt. Der StAbzug durch die Kreditinstitute unterbleibt. Die Besteuerung eines durch die Kapitalmaßnahme tatsächlich entstandenen Gewinns wird vielmehr bei einer späteren Veräußerung der Anteile nachgeholt, was letztlich einem StAufschub entspricht. Die Besteuerung wird hinausgeschoben und setzt erst bei einer Weiterveräußerung der erhaltenen Anteile ein. Diese Verfahren soll den Kreditinstituten, die die Bemessungsgrundlage für den StAbzug zu ermitteln haben, den Einbehalt der KapErtrSt. erleichtern. Da beim Anteilstausch idR keine Zahlungsvorgänge stattfinden, müssten die Kreditinstitute die anfallende KapErtrSt. bei Anteilsinhaber anfordern. Davon wollte der Gesetzgeber absehen (FinAus. BTDrucks. 16/11108, 20 f.).

Beispiel: A veräußert die 10 erhaltenen Aktien der Y-AG im Jahr 2011 zum Preis von 150 € je Aktie. Der Veräußerungsgewinn ermittelt sich (ohne Berücksichtigung der Veräußerungskosten) mit 1500 €. \cdot 1000 € = 500 €.

► *Anteilstausch im Übergang zur Abgeltungsteuer:* Sind die hingegebenen Anteile noch vor dem 1.1.2009 angeschafft, gehören sie zu den sog. Alt-Anteilen, die noch dem bis 31.12.2008 geltenden § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 unterfallen (§ 52a Abs. 10 Satz 1). Die Regeln über die Besteuerung des Veräußerungsgewinns aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 sind noch nicht anzuwenden. Treten nun die erhaltenen Anteile an die Stelle der hingegebenen Anteile gehören die neuen Anteile ebenso zum Alt-Bestand, dh. werden sie außerhalb der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 weiterveräußert, ist der daraus entstehende Gewinn nicht stbar. Abs. 4a Satz 1 lt. Halbs. ist ebenfalls nicht anwendbar.

Nachgelagerte Besteuerung bei Weiterveräußerung: Liegen die Voraussetzungen des Abs. 4a Satz 1, Halbs. 2 vor, wird die Besteuerung des Tauschgewinns vom Zeitpunkt der Ausbuchung der abgegebenen Anteile auf den Zeitpunkt einer späteren erfolgten Veräußerung der empfangenen Anteile verschoben. Dazu bestimmt Abs. 4 Satz 1, Halbs. 2, dass der Gewinn aus einer Weiterveräußerung der erworbenen Anteile wie eine Veräußerung der abgegebenen Anteile zu besteuern ist. Einer Veräußerung der Anteile steht entsprechend § 15 Abs. 1a Satz 2 die verdeckte Einlage in eine KapGes., die Auflösung der KapGes. oder eine Ausschüttung (Rückzahlung) aus dem stl. Eigenlagenkonto der KapGes. gleich. Sonderregeln aus einem DBA werden bei der Besteuerung des privaten Anteilsinhabers nicht beachtet.

Behandlung der Transaktionskosten: Da im Zeitpunkt der Durchführung der Kapitalmaßnahme kein stl. zu beachtender Veräußerungserlös anfällt, können evtl. anfallende Transaktionskosten (Umbuchungsgebühren uÄ), mit denen der Stpfl. belastet wird, uE nicht berücksichtigt werden (BMF v. 25.10.2004, DStR 2004, 2009, Tz. 6, zur den Kosten bei Ausübung einer Wandelanleihe). Findet die Weiterveräußerung erst in einem späteren Veranlagungszeitraum statt, sind die mit dem Tauschvorgang verbundenen Transaktionskosten stl. grds. verloren

und dürfen uE – wegen des Abflussprinzip aus § 11 Abs. 2 – bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nicht abgezogen werden (glA STEINLEIN, DStR 2009, 509 [511]), es sei denn die FinVerw. ließe die Transaktionskosten als nachträgliche AK der getauschten Anteile zu. Eine Regelung dazu fehlt bisher.

Beispiel: Anleger A tauscht seine Aktien der X-AG mit einem Wert von 100 € gegen Anteile der Y-AG im Wert von 120 €. Die Bank berechnet für die Umbuchung im Depot 10 €. Anschließend veräußert A die neuen Aktien für 150 €, wobei Transaktionskosten von 15 € entstehen. Der Veräußerungsgewinn errechnet sich:

Veräußerungserlös	150 €
./. Anschaffungskosten	120 €
./. Transaktionskosten	<u>15 €</u>
Gewinn	30 €

Unter Berücksichtigung der Umbuchungskosten von 10 € ergäbe sich lediglich ein Gewinn von 20 €.

Kein Steuerabzug im Durchführungszeitpunkt: Für den StAbzug gilt der Anteilstausch zwar als Veräußerung der abgegebenen Anteile und Anschaffung der erhaltenden Anteile. Nach § 43 Abs. 1 Satz 7 jedoch sind die abgebenden Anteile zu ihren AK als veräußert, mit der Folge, dass – mangels Gewinn – kein StAbzug vorzunehmen ist (Antwortschreiben des BMF an die Spitzenverbände der Kreditwirtschaft v. 15.8.2008 – IV C1 - S2000/07/0009, unter www.bundesfinanzministerium.de abrufbar). Somit wird auch der StAbzug auf den Weiterveräußerungsvorgang verschoben.

582 Einstweilen frei.

583 C. Besteuerung der Barkomponente (Abs. 4a Satz 2)

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift regelt die Besteuerung einer Zuzahlung bei Anteilstausch mit Baraufgabe. Erhält der Stpfl neben neuen Anteilen für seine eingetauschten Anteile noch eine Barzahlung, so stellt diese sog. Barkomponente in voller Höhe stbaren Kapitalertrag iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 4 Satz 2 dar.

Anteilstausch aus Alt-Bestand und Zuzahlung im Übergang zur Abgeltungsteuer: Problematisch ist ein Anteilstausch von Anteilen aus einem Alt-Bestand gegen Zuzahlung, wenn die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 für die vor dem 1.1.2009 erworbenen Anteile bereits abgelaufen ist.

Beispiel: Anleger A erwirbt im Juni 2008 Aktien der X-AG, die aufgrund gesellschaftsrechtl. Maßnahmen im August 2009 in Aktien der Y-AG getauscht werden. Neben den Aktien der Y-AG erhält A eine Barzahlung von 1000 €. Im Jahr 2010 veräußert er die Y-Aktien wieder mit Gewinn. Der beim Tausch entstehende Gewinn des A ist wegen Ablaufs der Jahresfrist nach dem bis 2008 geltenden Recht stfrei; ebenso der 2010 entstehende Veräußerungsgewinn (Fußstapfenprinzip). Fraglich ist die Besteuerung der Zuzahlung bei Zufluss. Die Zuzahlung ist uE keine Ausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1, sondern Abfindung für die in seinen Alt-Aktien steckenden stillen Reserven, die wegen des Ablaufs der Jahresfrist stfrei vereinnahmt werden kann.

584 D. Anlieferung von Wertpapieren bei Ausübung von Rückzahlungsoptionen (Abs. 4a Satz 3)

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift enthält eine weitere mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) eingeführte Verein-

fachungsregel zur Anwendung des Abs. 4 Satz 1 und dient wiederum der Erleichterung des StAbzugs durch die ausführenden Kreditinstitute. Abweichend von Abs. 4a Satz 1 sind hier keine Tauschvorgänge, sondern Einlösungsvorgänge (Rückzahlung) bei sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 (Schuldverschreibungen) betroffen. Da die Einlösung und Rückzahlung von sonstigen Kapitalforderungen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 einer Veräußerung der Forderung gleichgestellt ist, kann es bei der Einlösung in Form der Anlieferung von Wertpapieren zu stbaren Gewinnen oder stl. zu beachtenden Verlusten und in Folge der Einführung der abgeltenden KapErtrSt. zum StAbzug durch die ausführenden Kreditinstitute kommen. Diese sollten im Zeitpunkt der Rückzahlung und Anlieferung der Wertpapiere vom StAbzug befreit werden, was mit Satz 3 durch eine Fiktion erreicht wird. Der Veräußerungsgewinn aus der Einlösung wird mit 0 € fingiert. Dieser Gewinn ergibt sich dadurch, dass der Veräußerungserlös und die AK der Wertpapiere aus den AK der Forderung fingiert werden.

Übernahme aus dem bisherigen Recht für Wandlungsanleihen: Mit Abs. 4a Satz 3 hat der Gesetzgeber die strechtl. Situation, wie sie bereits vor Einführung der Abgeltungsteuer für Wandelanleihen bestand übernommen. Bei Wandelanleihen stellt die Wandlung der Anleihe in Aktien keinen stl. relevanten Vorgang dar und führt zu keinem Veräußerungsgewinn (BMF v. 25.10.2004, DStR 2004, 2009, Tz. 5 und 6; v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 103).

Umfang der betroffenen Schuldverschreibungen: Abs. 4a Satz 3 erfasst die Rückzahlung von verbrieften oder unverbrieften Schuldverschreibungen, deren Emissionsbedingungen bei Fälligkeit entweder dem Gläubiger oder dem Emittenten bei Fälligkeit ein Rückzahlungswahlrecht einräumen.

▶ *Schuldverschreibungen mit Inhabervahlrecht:* Dazu gehören in erster Linie die sog. Umtauschanleihen, die meist niedrig verzinst werden und die im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit dem Inhaber ein Wahlrecht dergestalt gewähren, dass er die Rückzahlung zum Nennwert oder der Lieferung einer im Voraus festgelegten Anzahl von Aktien eines bestimmten Unternehmens verlangen kann. Der Inhaber wird von diesem Wahlrecht Gebrauch machen, wenn er im Fall der Aktienlieferung neben dem (niedrigen) Zinsertrag einen im Kurswert der Aktien enthaltenen zusätzlichen Ertrag erzielt werden kann.

Beispiel: Privatanleger A erwirbt 2009 als Ersterwerber eine Umtauschanleihe der X-Bank zum Wert von 1000 €. Am Ende der Laufzeit 2010 wählt er die Lieferung von Aktien der Y-AG zum Kurswert von 1200 €, die er 2011 zum Kurs von 2000 € wieder veräußert. Der Vorgang ist 2010 stl. nicht relevant. Die X-Bank wird bei Lieferung der Aktien keine KapErtrSt. einbehalten, denn die AK der Aktien sind gleich den AK der Anleiheforderung. Erst im Jahr 2011 bei der Weiterveräußerung hat A den Veräußerungsgewinn von 2000 € ./ 1000 € = 1000 € in Form des StAbzugs durch die ausführende Bank zu versteuern.

▶ *Schuldverschreibungen mit Emittentenwahlrecht:* Dazu gehören Aktienanleihen, die regelmäßig hoch verzinst werden und mit einem (Schuldner)Emittentenwahlrecht ausgestattet sind. Der Schuldner der Kapitalrückzahlung (Emittent, idR ein Kreditinstitut) hat bei Eintritt bestimmter Bedingungen das Recht, statt des Nominalbetrags der Anleihe eine bestimmte Anzahl von Aktien eines im Voraus festgelegten Unternehmens zu liefern. Liefert der Schuldner die Aktien, macht zumindest der Ersterwerber der Kapitalforderung idR einen. stl. relevanten Einlösungsverlust, während ein Zwischenerwerber je nach Einstiegskurs bei der Einlösung auch einen Gewinn erzielen kann.

Beispiel: Privatanleger B erwirbt 2009 als Ersterwerber eine Aktienanleihe der X-Bank zum Nominalwert von 1000 €. Am Ende der Laufzeit 2010 liefert die Bank statt der Kapitalrückzahlung Aktien der Y-AG zum Kurswert von 600 €. Im Jahr 2011 veräußert B die Aktien zum Preis von 700 €. Der Einlösungsverlust von 400 Euro ist 2010 stl. nicht relevant. Erst mit der Veräußerung im Jahr 2011 wird der eingetretene Verlust von 700 € \cdot 1000 € = 300 € stl. von der Bank im Rahmen der unterjährigen Verrechnung positiver und negativer Kapitalerträge berücksichtigt.

► *Vollrisikozertifikate mit Aktienandienung:* Mit dem UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630) wurde der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7 auf Vollrisikozertifikate erweitert. Bei dieser Art von Schuldverschreibungen ist sowohl die Erzielung von Erträgen als auch die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals von einem ungewissen Ereignis, der Wertentwicklung des Basiswerts, anhängig. Deshalb fallen diese Zertifikate nunmehr unter Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 7. Das Tatbestandsmerkmal „anstelle der Rückzahlung des Nominalbetrags“ in Satz 3 ist nach Auffassung der Verw., unabhängig davon, ob bereits der Tatbestand der Lieferung einer „vorher festgelegter Anzahl von Wertpapieren“ – wie bei Aktienanleihen – vereinbart ist, erfüllt (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 105). Abs. 4a Satz 3 ist allerdings noch nicht anwendbar, sofern die Andienung vor dem 1.1.2010 erfolgt und das Zertifikat nach dem 14.3.2007 angeschafft wurde.

► *Übergangsregelung:* Die Verw. wird es allerdings nicht beanstanden, wenn Kreditinstitute bei Lieferung von Wertpapieren bis zum 31.12.2009 für den StAbzug von einer Anwendung des Abs. 4a Satz 3 ausgehen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 105).

Keine Anwendung auf Optionsanleihen: Abs. 4a Satz 3 ist auf Optionsanleihen nicht anwendbar. Diese Anleihen bestehen aus zwei WG, dem Stammrecht (Anleihe) und dem angehängten Optionsschein. Daraus ergeben sich keine der mit Abs. 4a zu vermeidende Bewertungsschwierigkeit.

Keine Anwendung auf Lieferschuldverschreibungen: Satz 3 verlangt im Tatbestand ausdrücklich, dass sich das Andienungsrecht auf Wertpapiere bezieht. Unter Wertpapiere fallen regelmäßig Aktien oder Schuldverschreibungen, aber auch anleiheähnlich ausgestattete Genussscheine. Nicht von Satz 3 erfasst sind deshalb Rückzahlungsrechte, die sich auf eine Lieferung physischer WG wie Edelmetalle oder sonstige Rohstoffe beziehen. Gewährt der Emittent einer Schuldverschreibung dem Inhaber das Recht, die Rückzahlung der Schuldverschreibung ausschließlich in physischem Gold zu verlangen (Goldliefererschuldverschreibungen) ist Satz 3 uE nicht anwendbar. Gewinne oder Verluste aus solchen Anleihen, zB der Lieferschuldverschreibung auf Gold, WKN DE000A0S9GB0, sind im Zeitpunkt der Lieferung nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 deshalb stl. beachtlich. Gewinne unterliegen damit dem StAbzug durch das ausführende Kreditinstitut und dem Abgeltungssteuersatz von 25 %.

Rechtsfolgen des Abs. 4a Satz 3: Liegen die Voraussetzungen des Satz 3 vor, wird die Gewinnermittlungsregel des Abs. 4 Satz 2 (Veräußerungserlös minus AK minus Veräußerungskosten) dahingehend modifiziert, dass der Veräußerungserlös der Schuldverschreibung (sonstige Kapitalforderung) mit ihren AK gleichgesetzt wird. Daraus ergibt sich, dass die AK der als Rückzahlung gelieferten Wertpapiere gleich den AK der ursprünglichen Schuldverschreibung sind. Es entsteht im Rückzahlungszeitpunkt kein stbarer Einlösungsgewinn, weshalb das ausführende Kreditinstitut keine KapErtrSt. einbehalten und abzuführen hat. Ein Verlust ist ebenfalls stl. unbeachtlich. Die stl. Auswirkungen werden auf den Zeitpunkt der Zwischenveräußerung verlagert.

Beispiel: A erwirbt aus der Neuemission eine Umtauschanleihe zum Preis von 1000 €, wählt am Ende der Laufzeit die Rückzahlung in Aktien und erhält Aktien im Wert von 1200 €, die er später für 1500 € weiterveräußert. Der Einlösungsgewinn von 200 € bleibt im Zeitpunkt der Rückzahlung stl. unbeachtet. Erst im Veräußerungszeitpunkt ergibt sich ein stabarer Gewinn von 500 € (1500 € ./ 1000 €). Die Besteuerung des Gewinns wird auf den späteren Zeitpunkt verlagert.

Beispiel: A erwirbt aus der Neuemission einer Aktienanleihe zum Preis von 1000 €, die vom Emittenten am Ende der Laufzeit mit Aktien im Wert von 800 € zurückgezahlt wird. Die AK der Aktien betragen 1000 €. Werden die Aktie später zu 1200 € veräußert, ergibt sich daraus ein Gewinn von 200 € (1200 € ./ 1000 €). Die Berücksichtigung des Einlösungsverlusts von 200 € wird so auf den Zeitpunkt der Weiterveräußerung verschoben.

Keine Anwendung der Fußstapfentheorie: Anders als in Abs. 4a Satz 1 treten die gelieferten Wertpapiere in Satz 3 nicht an die Stelle der zurückgezahlten Schuldverschreibung. Das bedeutet, dass eine vor dem 1.1.2009 angeschaffte und in 2009 eingelöste Schuldverschreibung zwar den Bestandsschutzregeln aus dem UntStReformG 2008 unterliegt (§ 52a Abs. 10 Satz 6), die als Rückzahlung gelieferten Wertpapiere dagegen nicht.

Beispiel: A erwirbt in 1999 aus der Neuemission einer Umtauschanleihe zum Preis von 1000 €, die in 2009 durch Lieferung von Aktien im Wert von 1200 € zurückgezahlt wird. Veräußert er diese Aktien nach Ablauf eines Jahres in 2010 zum Preis von 1500 € unterliegt der daraus entstehende Gewinn von 500 € (1000 € ./ 1500 €) den Regeln der abgeltenden KapErtrSt. (StSatz 25 %) und nicht denen aus § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF.

Barausgleich von Bruchteilen ohne Angaben in den Emissionsbedingungen: Bei der Tilgung von Schuldverschreibungen durch Anlieferung von Wertpapieren verbleiben häufig Bruchteile, die nicht in Wertpapieren, sondern durch Barzahlung ausgeglichen werden. Für die Anwendung des Abs. 4a Satz 3 ist in diesen Fällen das Entgelt, das der Stpfl. für den Erwerb der Schuldverschreibungen aufgewendet hat, anteilig, im Verhältnis der gelieferten Wertpapierstücke zur Gesamtheit aller Stücke unter Einschluss der Bruchteile zu übertragen, wenn in den Emissionsbedingungen keine Angaben über die Tilgung und Auszahlung von Bruchteilen gemacht werden.

Beispiel (nach BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 106): A erwirbt für 10000 € nominal eine Aktienanleihe mit einem Basispreis der hinterlegten Aktien von 22 €. Am Bewertungstag notiert die Aktie bei 21 € und A erhält für nominal 1000 € rechnerisch 45,4545 Aktien (1000 € : 22 €) als Rückzahlung der Anleihe angeordnet. Die Lieferung von Aktienbruchteilen ist nicht möglich, weshalb ihm die Emittentenbank 450 Aktien liefert. Die Bruchteile von 4,545 werden zum Kurs am Tag der Fälligkeit in Bar ausgezahlt. A veräußert somit 4,545 : 4,545, mithin 1 % von 10 € nominal der Aktienanleihe, während 99 % in Aktien umgewandelt werden. Die AK der 450 Aktien betragen mithin 99 % × 10000 €; der Kurswert der Aktien beträgt 9000 €. Bei einem Kurswert der Aktien von 20 € am Fälligkeitstag (Rückzahlungstag) ergibt sich folgender Gewinn/Verlust:

Veräußerung der verbleibende Bruchstück zu 20 € × 4,545	90,90 €
abzgl. AK	<u>100,00 €</u>
Verlust	9,10 €

Der Verlust wird von der Bank in den Verrechnungstopf (§ 43a Abs. 3) eingestellt.

Barausgleich von Bruchteilen mit Angaben in den Emissionsbedingungen: Sehen die Emissionsbedingungen Regelung für einen Barausgleich von Bruchteilen vor und verfährt die Emittentenbank nach diesen Regeln, so sind die AK der gelieferten Anleihe entsprechend der Zahl der angeordneten Aktien zuzuweisen.

Beispiel (nach BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 107): Die Wertpapierbedingungen einer Wandelanleihe mit Nennwert 1000 € sehen bei einem Verfall (Nichtausübung des Wandlungsrechts) eine Rückzahlung in bar von 501,25 € sowie zusätzlich eine Andienung von 7,1454 Aktien vor. Die Bruchteile der Aktien werden in bar auf der Grundlage des Wandlungspreises ausgezahlt. Nach dem vorgegebenen Aufteilungsverhältnisses von Barrückzahlung und Andienung der Aktien besteht ein konkreter Aufteilungsmaßstab für die AK. Der Rückzahlungsbetrag von 501,25 € entspricht einem Betrag von 50,125 % der AK der Anleihe. Den angedienten Aktien können somit 49,875 % der Aufwendungen für die Anleihe als AK zugewiesen werden. Der Barausgleich für die Abfindung der Bruchteile stellt Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 4 Satz 1 dar.

585 Einstweilen frei.

586 E. Besteuerung von Veräußerung oder Ausübung von Bezugsrecht (Abs. 4a Satz 4)

Schrifttum: MEILICKE, Die Neuregelung der Besteuerung des Bezugsrechts, DB 2009, 476; DERS., Gewinnrealisierung durch Ausübung von Bezugsrechten?, DB 2006, 1337.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 (Einzelfragen zur Abgeltungsteuer); v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8; OFD Hannover v. 5.1.2007, DB 2007, 491.

Gegenstand der Regelung: Satz 4 enthält eine Regelung zur Ermittlung des Gewinns oder Verlusts aus der Veräußerung oder der Ausübung von Bezugsrechten und gleichgestellten ausländ. Zeichnungsrechten. Insbes. die Bewertung der Bezugsrechte stellt die zum StAbzug verpflichteten Kreditinstitute vor erhebliche Probleme, deren Lösung dem Vereinfachungsgedanken des StAbzugsverfahrens mit Abgeltungswirkung entspricht. Nach der Rspr. und FinVerw. (BMF v. 20.12.2005, DStR 2006, 95) ist ein Teil der AK der Aktien auf die zuge teilten Bezugsrechte abzuspalten. Die Aufteilung ist – bei börsennotierten Bezugsrechten – nach den Grundsätzen der Gesamtwertmethode vorzunehmen; zu den Einzelheiten der Berechnung der AK eines Bezugsrechts nach der Gesamtwertmethode s. BFH v. 6.12.1968 – IV R 174/67 (BStBl. II 1969, 105). Die AK der (Alt)Aktien mindern sich um den Wert des Bezugsrechts, der nach der Gesamtwertmethode auf das Bezugsrecht entfällt. Dieser Wert ist nach dem Verhältnis des niedrigsten Börsenkurses der Bezugsrechte am ersten Handelstag zum niedrigsten Börsenschlusskurs der (Alt)Aktie am letzten Tag vor dem Bezugsrecht handel zu ermitteln (BMF v. 20.12.2005, aaO). Diese Wertermittlung ist mit besonderem praktischen Schwierigkeiten verbunden, die sich im Massenverfahren des StAbzugs durch die Kreditinstitute nicht zeitgerecht lösen lassen (s. Antwortschreiben des BMF v. 15.8.2008 – IV C1 - S2000/07/009, abrufbar unter: www.bundesfinanzministerium.de).

Bezugsrechte berechtigen den Anteilsinhaber im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Einlage zum Bezug neuer Anteile gegen Zuzahlung entsprechend seiner bisherigen Beteiligung am Grundkapital der KapGes. (§ 186 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 55 GmbHG). Sie sind kein Entgelt der KapGes. für das Kapital, das der Anteilsinhaber ihr überlassen hat, sondern ein mit dem Wirksamwerden des Kapitalerhöhungsbeschlusses von Gesetzes wegen entstehendes Forderungsrecht, das aus dem alten Anteil hervorgegangen ist. Solange das Bezugsrecht zB durch den Beschluss der Hauptversammlung einer AG noch nicht konkretisiert ist, gehört es zu den durch die Aktie vermittelten allgemeinen Mitgliedschaftsrechten des Aktionärs und ist weder von der Aktie abtrennbar noch selbstständig übertragbar (sog. allgem. Bezugsrecht). Durch den Kapitalerhöhungs-

beschluss der Hauptversammlung (§ 182 Abs. 1 Satz 1 AktG) wird das allgem. Bezugsrecht zu einem selbstständig verwertbaren Forderungsrecht des Aktionärs konkretisiert (WIEDEMANN in Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., § 186 Rn. 60 und 61; HEFERMEHL/BUNGEROTH in GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, AktG, § 186 Rn. 16; BFH v. 22.5.2003 – XI R 9/00, BStBl. II 2003, 712). Den inländ. Bezugsrechten sind nach Satz 4 vergleichbare ausländ. Rechte gleichgestellt.

Rechtslage bis 2008: Nach der Rspr. des BFH, waren bei der Zuteilung von Bezugsrechten die AK der Alt-Aktien nach der Gesamtwertmethode aufzuteilen in die AK des abgespaltenen Bezugsrechts und die AK der verbliebenen Alt-Aktien (BFH v. 6.12.1968 – IV R 174/67, BStBl. II 1969, 105).

Beispiel (nach MEILICKE, aaO): A hält eine Aktie der X-AG, die einen inneren Wert von 100 € je Aktie hat. Er erhält das Recht, für jede Alt-Aktie eine junge Aktie zu 20 € zu erwerben. Der Unternehmenswert der X-AG erhöht sich somit um 20 € je Aktie. A übt das Bezugsrecht aus und hält nach Zuteilung der jungen Aktien zwei Aktien der X-AG, mit einem Gesamtwert von 120 € oder 60 € je Aktie. Der daraus abgeleitete Wert des Bezugsrechts hat somit einen Wert von 40 € (60 € ./ 20 €).

Rechtslage ab 2009: Nach Abs. 4a Satz 4 wird der Wert eines Bezugsrechts, das wirtschaftl. einen abgespaltenen Wert aus der Alt-Aktie entspricht, mit einem fiktiven Wert von 0 € bei der Veräußerung oder Ausübung angesetzt und eingebucht. Daraus folgt, dass die Alt-Aktien weiterhin mit ihren ursprünglichen, nicht um das Bezugsrecht wertgeminderten AK fiktiv fortgeführt werden. Diese Rechtsfolge tritt unabhängig davon ein, ob die Alt-Aktien vor dem 1.1.2009 oder nach dem 31.12.2008 erworben wurden. Das Anschaffungsdatum der Altaktien geht bei Veräußerung der Bezugsrechte auf das Bezugsrecht über. Der Gewinn aus einem Bezugsrechtsverkauf in 2009 ist daher stfrei, wenn die Aktie bereits vor dem 1.1.2009 angeschafft und die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF abgelaufen ist. Werden die Bezugsrechte 2009, aber noch innerhalb der Jahresfrist veräußert, muss der private Veräußerungsgewinn mit der StErklärung deklariert werden. Zur Anwendung kommt in diesem Fall der Tarifsteuersatz und nicht der definitive StStz von 25 %.

Veräußerung oder Ausübung der Bezugsrechte: Zugeteilte Bezugsrechte können an der Börse weiterveräußert oder durch den Inhaber veräußert werden. Sowohl der Veräußerungsgewinn als auch der bei Ausübung und Lieferung der (Neu)Anteile entstandene Gewinn ist nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 stbarer Kapitalertrag und führen zum StAbzug durch das ausführende Kreditinstitut.

► *Ausübung des Bezugsrechts:* Die Ausübung von Bezugsrechten ist als Veräußerung der Bezugsrechte anzusehen (BFH v. 21.9.2004, BStBl. II 2006, 12). Erfolgte die Ausübung innerhalb eines Jahres nach der Anschaffung der Altaktien, lag nach dem bis 31.12.2008 geltendem Recht ein stpfl. privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 EStG vor; kritisch dazu MEILICKE, DB 2006, 1337, und DB 2009, 476 (477) mwN. Als Zeitpunkt der Veräußerung galt der Tag der Annahme des Bezugsrechtsangebots. Als Veräußerungserlös war der Börsenkurs der Bezugsrechte im Zeitpunkt der Annahme des Bezugsrechtsangebots zu sehen. Diese Rechtslage gilt grds. fort mit der Modifikation, dass aus den Bezugsrechtsvorgang allerdings kein Veräußerungsgewinn mehr entsteht. Anschaffungszeitpunkt der jungen Aktien ist der Tag der Ausübung.

Rechtsfolgen des Abs. 4a Satz 3: Werden Bezugsrechte veräußert oder ausübt, sieht Satz 4 vor, dass der Teil der AK der Alt-Aktien, der auf die Bezugsrechte entfällt, bei der Gewinnermittlung iSd. Abs. 4 Satz 1 mit 0 € anzusetzen

ist. Damit wird sichergestellt, dass die mit dem Bezugsrecht zusammenhängenden Kapitalmaßnahmen im Rahmen stl. Massenverfahren zeitpunktgenau praktisch abgewickelt werden können, denn ein StAbzug durch die ausführenden Institute ist nicht vorzunehmen. Der Wert der AK der Altaktien vermindert sich nicht um den Wert des Bezugsrecht. Bei der Veräußerung von Bezugsrechten braucht deren schwer zu ermittelnder Wert nicht bestimmt zu werden. Schließlich wirkt sich der Wert des Bezugsrechts nicht auf die AK der aufgrund der Ausübung des Bezugsrechts erhaltenen Anteile aus.

Auswirkungen auf vor 2009 erworbene Aktien: Die Übergangsregeln zur Abgeltungsteuer sehen in § 52a Abs. 10 Satz 1 vor, dass für vor dem 1.1.2009 angeschaffte Aktien die bis zum 31.12.2008 geltenden StRegeln, also auch § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1, anzuwenden sind. Veräußerungsgewinne sind nur bei Realisation innerhalb der Jahresfrist stbar. Außerhalb dieser Frist bleiben stille Reserven stfrei. Verluste können nicht mit Gewinnen iSd. Abs. 2 verrechnet werden. Dadurch, dass bei einer Weiterveräußerung der nach dem 31.12.2008 aus einem Bezugsrecht erworbenen jungen Aktien der abgespaltene Anteil an stillen Reserven in den Wert der jungen Aktien einfließt, kommt es zur einer stl. Belastung der wegen Fristablaufs eigentlich stfreien Veräußerungsgewinne.

Beispiel (nach MEILICKE, aaO): A hält eine Aktie der X-AG mit einem aktuellen Wert von 100 €. Die Aktie hatte er vor langer Zeit zu 10 € erworben. Würde A die Aktie 2008 oder 2009 veräußert haben, blieben die stillen Reserven von 90 € stfrei. Im Jahr 2009 erwirbt A aus einem Bezugsrecht eine junge Aktie unter Zuzahlung von 20 €. In der jungen Aktie stecken 40 € an stillen Reserven aus der Alt-Aktie, deren stille Reserven von ursprünglich 90 € auf 50 € gemindert sind. Veräußert A Jung-Aktie zu ihrem aktuellen Wert von 60 € entsteht ein Veräußerungsgewinn von 60 € (60 € ./ 0 €), in dem der eigentlich nicht mehr stverstrickte Anteil an stillen Reserven der Alt-Aktie enthalten ist und besteuert wird.

Auswirkungen auf nach 2008 erworbene Aktien: Werden Aktien nach dem 31.12.2008 erworben, sind stille Reserven, die bei einer Veräußerung realisiert werden, ohne Einhaltung einer Frist immer steuerverstrickt.

Beispiel: A erwirbt 2009 eine Aktie der X-AG zum Preis von 60 €. Kurz vor Zuteilung eines Bezugsrechts für eine junge Aktie der X-AG mit Zuzahlung von 20 € steigt der Wert der Altaktie auf 100 €. A veräußert die Alt-Aktie vor der Zuteilung des Bezugsrechts zu 100 €. Der dabei realisierte Veräußerungsgewinn von 40 € unterliegt der Besteuerung mit 25 %. Würde A das Bezugsrecht annehmen, sinkt der Börsenwert seiner Alt-Aktie auf die ursprünglichen AK 60 €, da die stillen Reserven von 40 € auf die junge Aktie übergeht.

Zu Gestaltungsmöglichkeiten bei einer Teilveräußerung, Schenkung s. MEILICKE, DB 2009, 476 (478).

587 Einstweilen frei.

588 F. Sonderregelung zur Gewinnermittlung bei Einbuchung ausländischer Kapitalanteile (Abs. 4a Satz 5)

Gegenstand der Regelung: Satz 5 dient der Vermeidung von Veranlagungsfällen unter dem System der abgeltenden KapErtrSt. (Bericht FinA BTDrucks. 16/11108) und bedeutet eine weitere Vereinfachung des StAbzugs, wenn die Höhe des Kapitalertrags bei Kapitalmaßnahmen, wie zB Spin-offs oder Abspaltungen, insbes. bei Auslandssachverhalten, nicht ermittelt werden kann. Die Regelung bestimmt, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Sätze 3 und 4 der Kapitalertrag und die AK der Kapitalanteile (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1; Abs. 4 Satz 1) mit 0 € anzusetzen sind, wenn dem Stpfl. aufgrund der Kapitalmaßnah-

me Anteile, zB Aktien, zugeteilt werden, ohne dass er dafür eine Gegenleistung, zB in Form einer Zuzahlung oder eines Umtauschs von Anteilen, zu erbringen hat.

Beispiel: Aktionär A erhält im Rahmen einer Abspaltung der ausländ. X-AG 2009 (Übertragung von Geschäftsaktivitäten auf eine neu gegründete Gesellschaft) 100 Aktien der neuen Gesellschaft Y-AG. 2010 veräußert A die Aktien zum Preis von 1000 €. Der Abspaltungsvorgang hat zunächst keine stl. Auswirkungen. Der Ertrag wird mit 0 € angesetzt. Die AK der Y-Aktien werden ebenfalls mit 0 € festgehalten. Im Jahr 2010 stellt der gesamte Veräußerungserlös von 1000 € zugleich den Veräußerungsgewinn dar (1000 € Erlös \cdot 0 € AK = 1000 €).

Bei inländ. Sachverhalten geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Erträge durch entsprechende Angaben der Emittenten von den Kreditinstituten ermittelt werden können. Deshalb findet Abs. 4a Satz 5 bei inländ. Kapitalmaßnahmen keine Anwendung.

Bezug von Bonus- oder Freiaktien: Die Einnahmen und die AK sind auch dann mit 0 € anzusetzen, wenn dem Stpfl. einer ausländ. KapGes. oder einem Dritten ohne Zuzahlung Bonusaktien oder Freianteile angedient werden und die dafür keine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vorgenommen wurde, Ausnahme: nach dem ausländ. Recht hat der Aktionär ein Wahlrecht zwischen Dividenden oder Freiaktien, so zB in den Niederlanden.

Keine Anwendung in Optionsfällen: Erhält ein Anteilsinhaber im Zuge von Kapitalmaßnahmen ein Wahlrecht auf Bezug von Aktien der übernehmenden KapGes. oder auf Auszahlung eines bestimmten Barbetrags, sind uE die Voraussetzung des Satz 5 nicht gegeben (glA STEINLEIN, DStR 2009, 509 [512]). Unabhängig von der Ausübung des Wahlrechts bestehen in einem solchen keine Schwierigkeiten, den durch die Kapitalmaßnahme erzielten Gewinn und die AK der neuen Anteile zu ermitteln.

Beispiel: A erhält für seinen Bestand an Aktien der X-AG im Wert von 1000 € im Rahmen der Kapitalmaßnahme das Angebot dafür Aktie der Y-AG zum Wert von 1500 € oder diesen Betrag in bar zu verlangen. Wählt A die Barzahlung entsteht ein Veräußerungsgewinn für die Aktien der X-AG von 500 €, ebenso bei Bezug der Aktien der Y-AG. Wählt er die Y-Aktien werden diese bei einer späteren Weiterveräußerung mit AK von 1500 € angesetzt.

Rechtsfolgen des Satz 5: Die Einbuchung der erlangten Anteile mit einem Wert von 0 € hat zur Folge, dass die Kapitalmaßnahme für den Anteilsinhaber (zunächst) einen stneutralen Vorgang darstellt. Es entsteht dem Grund und der Höhe nach kein Ertrag, die durchführende Bank hat keinen StAbzug vorzunehmen. Im Hinblick auf eine spätere Weiterveräußerung der Anteile handelt es sich jedoch lediglich um einen StAufschub, denn durch den Ansatz der AK mit null Euro wird bei einer Weiterveräußerung der gesamte Wertzuwachs besteuert.

Beispiel: A erhält im Zuge einer ausländischen Kapitalmaßnahme ohne Zuzahlung im Jahr 2010 Aktien einer ausländischen Gesellschaft im Wert von 1000 €, die er später zum Wert von 1500 € veräußert. Mangels AK ist gesamte Veräußerungserlös abzgl. der Veräußerungskosten als Kapitalertrag zu erfassen.

G. Der steuerlich relevante Zeitpunkt einer Kapitalmaßnahme 589 (Abs. 4a Satz 6)

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift enthält eine weitere Vereinfachungsregel für die den StAbzug vornehmenden Kreditinstitute hinsichtlich der Bestimmung des stl. relevanten Zeitpunkts einer Kapitalmaßnahme. Satz 6 stellt – abweichend vom bisherigen Recht – die Fiktion auf, dass für die stl.

Wirksamkeit auf den Zeitpunkt der Einbuchung der Anteile im Depot des Stpfl. abzustellen ist.

Zeitpunkt der steuerlichen Wirksamkeit: Nach dem bis 2008 geltendem Recht hatte der Zeitpunkt der Anschaffung und Veräußerung im Rahmen der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 eine besondere Bedeutung. Der maßgebliche Zeitpunkt war abhängig von der Art der Kapitalmaßnahme. So werden Verschmelzungen umwandlungstrechtl. mit Eintragung in das Handelsregister der aufnehmenden Ges. wirksam. Diese Eintragung bestimmt zugleich den Veräußerungs- und Anschaffungszeitpunkt. Aktien gelten als mit der Ausübung des Optionsrechts, also unabhängig vom Zeitpunkt der Einbuchung, als angeschafft. Bezugsrechte gelten als mit Bezug der Alt-Aktien als angeschafft. Mit der Aufnahme der privaten Veräußerungstatbestände in § 20 und dem dadurch bedingten Wegfall der Jahresfrist hat der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Kapitalmaßnahme an Bedeutung verloren. Das Abstellen des stl. Wirksamwerdens auf die Depoteinbuchung bei Privatanleger dient letztlich der Transparenz und der Vereinfachung des StAbzug durch die beteiligten Kreditinstitute; zu den Auswirkungen der Vorschrift auf girosammelverwahrte Wertpapiere s. STEINLEIN DStR 2009, 509 (512).

590–599 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 5: Zurechnung von Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1–2 beim Anteilseigner

A. Erzielen von Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1–2 (Abs. 5)

600 I. Anteilseigner erzielt Einkünfte (Abs. 5 Satz 1)

Abs. 5 Satz 1 bestimmt, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 der Anteilseigner erzielt. Mit dieser Regelung ist der Gesetzgeber der Rspr. des I. Senats des BFH gefolgt; s. dazu Anm. 20. Bereits durch das StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I 1993, 1569; BStBl. I 1993, 774) wurde mit Wirkung ab 1.1.1994 ein Abs. 2a (jetzt Abs. 5) in § 20 eingefügt, wonach derjenige Einkünfte aus Kapitalvermögen aus Abs. 1 Nr. 1–3 (jetzt Nr. 1 und Nr. 2) erzielt, dem die Anteile am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses nach § 39 AO zuzurechnen sind. Der in der Vorschrift normierte zeitliche Bezug gibt die bis dahin von Teilen der Rspr. und Literatur zur Zurechnung von Beteiligungserträgen, dh. offen ausgeschütteten Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1, vertretene Auffassung wieder. Maßgeblicher Zeitpunkt im Fall verdeckter Ausschüttungen ist dagegen die Entstehung der Forderung (Abschluss des Kauf-, Miet-, Pacht- oder Anstellungsvertrags), in der sich die zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 führende Gewinnausschüttung manifestiert (WASSERMEYER, GmbHR 1989, 423). Die Zurechnungsregel des heutigen Abs. 5 Satz 2 gilt eindeutig für alle Beteiligungserträge, die von Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 erfasst werden. Anteilseigner, dem Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 zuzurechnen sind, ist somit der im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zivilrechtl. oder wirtschaftl. Inhaber (§ 39 AO) des Beteiligungsvermögens bzw. Inhaber der gegen Einlage gewährten Mitgliedschaftsrechte an einer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Körperschaften.

II. Begriff des Anteilseigners (Abs. 5 Satz 2)

601

Abs. 5 Satz 2 definiert den Begriff „Anteilseigner“. Anteilseigner ist derjenige, dem nach § 39 AO die Anteile an Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind.

Zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer: Demnach sind Anteilseigner in erster Linie

- der Inhaber (Eigentümer) der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Anteile (§ 39 Abs. 1 AO) und
- der wirtschaftliche Eigentümer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Anteile (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO), sofern er nicht schon zivilrechtlicher Eigentümer iSd. § 39 Abs. 1 AO ist.

Treuhandverhältnisse, Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt: s. Anm. 21.

Gesamthandsgemeinschaft: Stehen die Anteile mehreren Stpfl. als Gesamthandsgemeinschaft zu, so sind den einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft, nicht die Gemeinschaft an sich, als Anteilseigner anzusehen (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO). Ihnen sind die Einkünfte aus Kapitalvermögen anteilig zuzurechnen.

Zeitpunkt der Zurechnung: s. Anm. 19.

III. Nießbraucher und Pfandgläubiger als Anteilseigner (Abs. 5 Satz 3)

602

Sind einem Nießbraucher oder einem Pfandgläubiger die Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2 zuzurechnen, so „gilt“ er nach Abs. 5 Satz 3 als Anteilseigner. In beiden Fällen ist nach den *allgemeinen* Grundsätzen der Zurechnung der Einkünfte zu prüfen, wer den Tatbestand der Einkünftezielung verwirklicht hat. Siehe zur Zurechnung beim Nießbraucher Anm. 24 ff. und zur Zurechnung beim Pfandgläubiger Anm. 21.

Einstweilen frei.

603–609

Erläuterungen zu Abs. 6: Verrechnung positiver und negativer Einnahmen aus Kapitalvermögen

Schrifttum zum Verlustausgleich und Verbots des Verlustabzugs s. § 23 vor Anm. 320; LANG/ENGLISCH, Zur Verfassungswidrigkeit der neuen Mindestbesteuerung, StuW 2005, 3; BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 1025; BLUMENBERG/BENZ, Unternehmenssteuerreform, Köln 2007; BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, 2007; ENGLISCH, Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungssteuer, StuW 2007, 221; LOOS, Benachteiligung der Aktionäre/Gesellschafter mit Anteilen im Privatvermögen in der Unternehmenssteuerreform, DB 2007, 704; PAUKSTADT/LUCKNER, Die Abgeltungssteuer ab 2009 nach dem Regierungsentwurf zur Unternehmenssteuerreform, DStR 2007, 653; SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2008, München 2007; HARENBERG, Gemeinschaftsdepots und -konten: Lösungen für Probleme unter der Abgeltungssteuer, Vermögensbildung professionell 2009, 113; Loos, Ist die Einschränkung der Verrechenbarkeit von Verlusten aus der Veräußerung von Aktien im Privatvermögen (§ 20 Abs. 6 Satz 5

ESTG) verfassungskonform?, DStZ 2010, 78; MUSIL, Abzugsbeschränkungen bei der Abgeltungsteuer als steuersystematisches und verfassungsrechtliches Problem, FR 2010, 149; SCHMITT-HOMANN, Abgeltungsteuer: Verlustanteil, Forderungsausfall, Bezugsrecht und Wertpapierleihe, BB 2010, 351; STRAUCH, Strategien zur Nutzung von Altverlusten im Rahmen der Abgeltungsteuer, DStR 2010, 254.

610

A. Vorbemerkungen zu Abs. 6

Überblick: Als Konsequenz der Einführung einer abgeltenden KapErtrSt. und eines eigenen StTarifs für private Kapitaleinkünfte in § 32d hat der Gesetzgeber mit dem UntStReformG 2008 eine Verlustverrechnungsbeschränkung für diese Art der Einkünfte eingeführt (BT-Drucks. 16/4841, 100), die in Teilbereichen dem § 23 Abs. 3 Satz 7 und 8 entspricht. Da private Kapitaleinkünfte nur noch mit einem reduzierten definitiven StSatz von 25 % belegt sind, erschien es dem Gesetzgeber erforderlich, eine Verlustverrechnung nur noch innerhalb dieser Einkunftsart (Schedule) zuzulassen; Einzelheiten zum Verlustausgleich und Verbots des Verlustabzugs s. § 23 Anm. 320–322. Die Vorschrift regelt deshalb in

- ▷ *Satz 1*, dass der generelle Ausschluss einer vertikalen Verlustverrechnung in Satz 2 für eine Übergangszeit für (Alt-)Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 und für (Alt-)Verluste aus sonstigen Einkünften in Form von Stillhaltergeschäften iSd. § 22 Nr. 3 durchbrochen wird; hier ist eine einkünfteübergreifende Verlustverrechnung mit Veräußerungsgewinnen iSd. Abs. 2 bzw. Einnahmen aus Stillhaltergeschäften iSd. Abs. 1 Nr. 11 bis zum VZ 2013 zulässig; zur zeitlichen Anwendung s. § 52a Abs. 10 und Abs. 10a,
- ▷ *Satz 2*, dass Verluste aus Kapitalvermögen nicht mehr mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden können,
- ▷ *Satz 3*, dass nur noch ein Ausgleich mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen in den folgenden VZ zulässig ist,
- ▷ Satz 4, dass die sinngemäße Anwendung des § 10d Abs. 4 mit der gesonderten Feststellung nicht ausgeglichener Verlust anwendbar ist,
- ▷ *Satz 5*, dass für Verluste aus Aktiengeschäften eine noch strengere Beschränkung des vertikalen Verlustausgleichs gilt. Verluste aus Aktiengeschäften dürfen nur mit Gewinnen aus eben solchen Geschäften verrechnet werden.
- ▷ *Satz 6*, dass für einen Verlustausgleich die Vorlage einer Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 2 erforderlich ist.

Verlustverrechnungstopf gem. § 43a Abs. 3: Die Regelungen über die Verlustverrechnung des Abs. 6 stehen in einem engen Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Verlusten auf der Ebene des KapErtrStAbzugs nach § 43a Abs. 3. Um eine möglichst abschließende Besteuerung privater Kapitaleinkünfte im Wege des StAbzugs zu ermöglichen, sind Verluste bereits von der auszahlenden Stelle – idR den Kreditinstituten – beim Einbehalt der KapErtrSt. zu berücksichtigen. Die unterjährige Verlustverrechnung durch die Kreditinstitute ist vorrangig vor einer Verrechnung im Veranlagungsverfahren. Negative Kapitalerträge sind also von der auszahlenden Stelle unterjährig mit positiven Kapitalerträgen zu verrechnen. Erst der verminderte Betrag ist der KapErtrSt. zu unterwerfen. Daher haben die Kreditinstitute nach § 43a Abs. 3 einen sog. Verlustverrechnungstopf zu führen. Die in einem Kalenderjahr nicht verbrauchten Verluste sind auf das folgende Kalenderjahr vorzutragen. Nur wenn der Stpfl. einen Antrag nach § 43a Abs. 3 Satz 4 auf Ausstellung einer Bescheinigung über die

Höhe eines nicht ausgeglichenen Verlustes (Überschuss der negativen über die positiven Erträge) stellt, kann dieser Verlust im Veranlagungsverfahren durch das FA berücksichtigt werden. In diesem Fall wird der Verlustverrechnungstopf durch das Kreditinstitut geschlossen.

Verfassungsrechtliche Bedenken: Jede Verlustverrechnungsbeschränkung wirft die Frage nach ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auf, weil die Einschränkung der Verlustverrechnung eine Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzip darstellen kann, die verfassungsrechtlich nur zulässig ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (STAPPERFEND, DStJG 24 [2001], 331; TIPKE/LANG, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 9 Rn. 505 ff. 61; LANG/ENGLISCH, StuW 2005, 3). Der Gesetzgeber geht aber offensichtlich davon aus, dass die Beschränkung der Verlustverrechnung nach Abs. 6 im Rahmen einer Schuldenbesteuerung systemimmanent ist und daher keiner weiteren Begründung bedarf. Allein schon der niedrige StTarif von 25 % berechtige dazu, von den allgem. ertragsrechtl. Regelungen über den einkünfteübergreifende, vertikalen Verlustausgleich abzuweichen (BTDrucks. 16/4841, 100). Allerdings werden auch verschiedene Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 vorgebracht, insb. soweit es um die zusätzliche Beschränkung für die Verrechnung von Verlusten aus Aktiengeschäften geht; s. dazu Anm. 8 und ENGLISCH, StuW 2007, 221; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322; Loos, DB 2007, 704; für Verfassungskonformität MUSIL, FR 2010, 149.

B. Vorrangige Verrechnung mit Alt-Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften (Abs. 6 Satz 1)

I. Überblick

611

Positive Einkünfte aus Kapitalvermögen sind nach Satz 1 vorrangig mit Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften, auf die § 23 in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung anzuwenden ist, zu verrechnen. Diese Regelung wird nur vor dem Hintergrund verständlich, dass solche Verluste nach § 23 Abs. 3 Satz 9 auch mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 2 verrechnet werden dürfen. Der Grund für die in Abweichung zu Satz 2 zugelassene einkunftsartübergreifende Verlustverrechnung liegt darin, dass viele bisher nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 stpfl. Veräußerungs- und Termingeschäftesgewinne zukünftig gem. § 20 Abs. 2 als Einkünfte aus Kapitalvermögen besteuert werden. Übergangsweise bis zum VZ 2013 wird dem Stpfl. insbesondere für Verluste aus Wertpapierveräußerungsgeschäften die Möglichkeit eröffnet werden, die Verluste – wie bisher – mit Gewinnen aus solchen Geschäften verrechnen zu können (BTDrucks. 16/4841, 102). Die Befristung der Verlustverrechnungsmöglichkeit hat der Gesetzgeber dazu veranlasst, in Abs. 6 Satz 1 eine Verwendungsreihenfolge für Verluste zu etablieren.

II. Verrechnung mit verbleibenden positiven Einkünfte

612

Zur Verrechnung mit Altverlusten aus § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 aF stehen nur die verbleibenden positiven Einkünften aus Kapitalvermögen zur Verfügung. Der Begriff „verbleibende positive Einkünfte“ erschließt sich nur mit Blick auf

den von den auszahlenden Stellen zum Zwecke des KapErtrStAbzugs nach § 43a Abs. 3 zu führenden Verlustverrechnungstopf. Da negative und positive Kapitalerträge zunächst von der auszahlenden Stelle beim KapErtrStAbzug unterjährig verrechnet werden, können nur die nach der Verrechnung iSd. § 43a Abs. 3 verbleibenden positiven Erträge mit Altverlusten aus privaten Veräußerungs- und Termingeschäften ausgeglichen werden (BTDrucks. 16/4841, 101).

613

III. Verrechnungsreihenfolge

Verbleibende positive Einkünfte müssen zunächst mit Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften verrechnet werden. Der Begriff „zunächst“ hat die Funktion klar zu stellen, dass positive Kapitaleinkünfte desselben VZ vorrangig mit den Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften zu verrechnen sind, so dass ein Ausgleich mit anderen Verluste aus Kapitalvermögen desselben VZ nicht erfolgen soll (BTDrucks. 16/4841, 101). Erst wenn nach dieser Verrechnung noch positive Einkünfte vorhanden sind, sollen sie mit Verlusten aus Kapitalvermögen desselben VZ ausgeglichen werden.

Beispiel: Anleger A erzielt 2010 über sein Depot bei der X-Bank aus 2009 angeschafften Schuldverschreibungen Veräußerungs- und Einlösungsgewinne von 10 000 €. Sein Wertpapierverrechnungskonto bei der Y-Bank schließt 2010 mit einem Verlust aus ebenfalls 2009 angeschafften Wertpapieren von 3 000 €. Aus den Jahren vor 2007–2008 hat er noch vom FA festgestellte Verluste aus Wertpapierveräußerung iHv. 5 000 €. Die Verrechnung ist in der Veranlagung folgendermaßen vorzunehmen:

pos. Kapitalerträge bei der X-Bank 2010	10 000 €
abzgl. Altverluste	./. 5 000 €
Zwischensumme:	5 000 €
abzgl. neg. Kapitalerträge bei der Y-Bank 2010	./. 3 000 €
Einkünfte aus Kapitalvermögen 2010	2 000 €

Die vorrangige Verrechnung der Altverluste verhindert – zumindest teilweise einen späteren Untergang dieser Verluste, denn die Altverluste iSd. § 23 können nach § 52a Abs. 11 Satz 11 letztmals im VZ 2013 mit Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet werden (PAUKSTADT/LUCKNER, DStR 2007, 653). Die Verwendungsreihenfolge für die Verlustverrechnung soll also den möglichst vollständigen Verbrauch der Altverluste sicher stellen (BTDrucks. 16/4841, 101). Soweit über den VZ 2013 hinaus noch private Veräußerungsverluste aus den VZ vor 2009 bestehen, können diese ab 2014 nur noch mit Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 verrechnet werden.

614

IV. Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften

Art des Veräußerungsgeschäfts unbeachtlich: Verrechenbar sind alle Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften, unabhängig davon, welche Art von WG in den Vorjahren veräußert wurde. Nicht nur Verluste aus Wertpapier- oder Termingeschäften, sondern auch Verluste, die durch die Veräußerung von Immobilien entstanden sind (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1), können im Veranlagungswege nach Abs. 6 Satz 1 mit Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet werden (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 53).

Altverluste sind solche, die aus Geschäften resultieren, für die noch § 23 in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung zur Anwendung kommt. Daher können

auch Altverluste nach dem 1.1.2009 entstehen, weil für bestimmte Veräußerungsgeschäfte gem. § 52a Abs. 11 Satz 4 bis 6 noch § 23 aF anzuwenden ist (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 53; LANGE in BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, 2007, § 20 Rn. 81). Somit ist die Verlustverrechnung nicht nur mit Verlusten zulässig, die vor dem 1.1.2009 entstanden sind (aA BEHRENS, BB 2007, 1030). Eine solche Einschränkung wäre mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu vereinbaren und würde auch dem Sinn der Regelung widersprechen. Die einkunftsartübergreifende Verlustverrechnung soll gerade Härten mildern, die den Stpfl. durch die Überführung der privaten Veräußerungsgeschäfte in den Bereich der Kapitaleinkünfte (Abs. 2) entstehen können. Daher ist es uE geboten, auch Verluste die nach dem 31.12.2008 entstehen, aber wegen der Übergangsvorschriften noch dem § 23 aF unterliegen, in die Verlustverrechnung einzubeziehen.

Beispiel: Anleger A erwirbt im November 2008 Anleihen im Wert von 10 000 €, die er im Mai 2009 zu 8 000 € wieder veräußert. Aus im Jahr 2009 angeschafften Anleihen, die in 2009 wieder veräußert wurden, realisiert er einen Gewinn von 5 000 €. Im Wege der Veranlagung kann der Verlust von 2 000 € mit den pos. Einkünften (Gewinn) verrechnet werden.

► *Verluste aus Stillhaltergeschäften:* Nach dem Wortlaut des Abs. 6 sind Altverluste aus Stillhaltergeschäften iSd. § 22 Nr. 3 nicht erfasst. Durch das JStG 2009 hat der Gesetzgeber über die Einfügung der Sätze 5 und 6 in § 22 Nr. 3 jedoch eine dem § 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 vergleichbare Regelung für Verluste aus Stillhaltergeschäften geschaffen, wenn die Geschäfte vor dem 1.1.2009 abgeschlossen wurde. Nach § 22 Nr. 3 Satz 3 und 4 waren Verluste aus Stillhaltergeschäften in der Einkunftsart „sonstige Einkünfte“ eingeschlossen. WKÜberschüsse konnten bis VZ 2008 nicht mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden. Ab VZ 2009 werden Einnahmen aus Stillhaltergeschäften nach Abs. 1 Nr. 11 als Einnahmen aus Kapitalvermögen qualifiziert, so dass nunmehr bis 2013 alte Stillhalterverluste (sonstige Einkünfte) in Durchrechnung des Verbots der vertikalen Verlustverrechnung aus Abs. 6 Satz 2 mit Gewinnen aus nach dem 31.12.2008 abgeschlossenen Stillhaltergeschäften iSd. Abs. 1 Nr. 11 verrechnet werden können.

Beispiel: Anleger hat aus den Jahren 2006 bis 2008 noch festgestellte, bisher nicht ausgeglichenen WKÜberschüsse aus Stillhaltergeschäften von 10 000 €. Im Jahr 2009 erzielt er aus eben solchen Geschäften Gewinne iHv. 5 000 €. Diese können im Wege der Veranlagung der Einkünfte aus Kapitalvermögen mit den Altverlusten (WKÜberschüsse) verrechnet werden, so dass im Jahr 2009 nur Einkünfte aus Abs. 1 Nr. 11 von 5 000 € mit dem Abgeltungsteuersatz von 25 % belegt werden.

V. Verluste nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 zu verrechnen 615

Die Verlustverrechnung muss nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 erfolgen. Daraus ergibt sich, dass die Altverluste nur mit positiven Einkünften iSd. Abs. 2 ausgeglichen werden dürfen (LANGE in BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, 2007, § 20 Rn. 81). Abs. 2 erfasst im Wesentlichen Erträge aus Veräußerungsgeschäften, also Erträge aus Anteilsveräußerungen, aus der Veräußerung von verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderungen jeder Art und aus Termingeschäften. Nur Gewinne aus solchen Geschäften stehen zur Verrechnung mit Altverlusten iSd. § 23 zur Verfügung. Da § 23 Abs. 3 Satz 10 wiederum anordnet, dass die Verlustverrechnung „nach Maßgabe des § 10d“ zu erfolgen hat, sind die Grenzen der Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 1 und 2 zu beachten. Insoweit unterschei-

det sich Abs. 6 Satz 1 von der Verlustverrechnung nach den Sätzen 3 und 5, weil dort die Grenzen der Mindestbesteuerung nicht beachtet werden müssen; Einzelheiten s. § 23 Anm. 321.

616 VI. Verrechnung von Altverlusten nur im Veranlagungsverfahren

Nach § 43 Abs. 3 Satz 2 haben die zum Einbehalt der KapErtrSt. verpflichteten Stellen unterjährig eine Verrechnung von pos. und neg. Kapitalerträgen vorzunehmen. Diese Verpflichtung betrifft jedoch nur aktuelle, dh im VZ zugeflossene Kapitalerträge. Altverluste können daher nicht von den Kreditinstituten verrechnet werden. Insoweit ergibt sich aus § 32d Abs. 4 die Möglichkeit der Wahlveranlagung zur Verrechnung der Altverluste aus § 23.

Verrechnung alter und neuer Verluste: Stpfl., die im gleichen VZ sowohl Gewinne aus Kapitalvermögen als auch Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 haben, müssen ihre Verluste aus den privaten Veräußerungsgeschäften zunächst innerhalb dieser Einkunftsart verrechnen.

Beispiel: A hat aus privaten Veräußerungsgeschäften des Jahres 2008 einen nach § 10d Abs. 4 festgestellten Verlust von 5000 €. Im Jahr 2009 erzielt er Gewinne aus Aktien, die noch 2008 angeschafft wurden iHv. 5000 € und Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren von ebenfalls 5000 €. In der Veranlagung 2009 sind erst die Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften (§ 23) von 5000 € mit dem festgestellten Verlust aus 2008 zu verrechnen. Die Gewinne aus Wertpapiergeschäften (§ 20) stehen nicht zur Verrechnung zur Verfügung; hier verbleibt es beim StAbzug von 25 % durch das Kreditinstitut.

Verlustverrechnung und ausländ. Quellensteuer: Verluste mindern die stpfl. Kapitalerträge unabhängig davon, ob diese aus in- oder ausländ. Quellen stammen. Die Summe der anrechenbaren ausländ. Quellensteuer ist auf die nach Verlustverrechnung verbleibende (Abgeltung-)Steuerschuld anzurechnen.

Beispiel: Aus der Veräußerung von im Jahr 2009 angeschafften Wertpapieren erzielt A im Februar 2010 einen Verlust von 300 €. Im März 2009 erhält er eine ausländ. Dividende von 100 €, die mit 15 € Quellensteuer belastet ist. Sämtliche Wertpapiere werden im Depot einer inländ. X-Bank verwahrt und verwaltet. Die Bank behält von der Dividendenzahlung wegen der Verluste aus Februar 2009 keine KapErtrSt. ein. Im Juni 2009 bezieht A weitere ausländ. Dividenden von 700 €. Die ausländ. Quellensteuer beträgt 70 €. Diese Wertpapiere werden bei inländ. Y-Bank, bei der A einen Freistellungsauftrag über 801 € erteilt hat, verwahrt und verwaltet. Aus Anleihen, die bei der Z-Bank geführt werden, erhält A im Dezember 2009 Zinsen von 621 €, von denen die Z-Bank 155 € KapErtrSt. einbehält. gem. § 32d Abs. 4 erklärt A seine Kapitaleinkünfte in der StErklärung 2009. Die Verlustbescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 und die StBescheinigung nach § 45a Abs. 2 legt er vor. Das FA wird in der Veranlagung 2009 die Kapitaleinkünfte folgendermaßen berücksichtigen:

Veräußerung von Wertpapieren	./.	300 €	
ausländ. Dividenden		800 €	85 € (Quellensteuer)
Zinserträge		<u>621 €</u>	
Summe		1 121 €	
Sparerpauschbetrag	./.	<u>801 €</u>	
Summe		320 €	
ESt. (25 %)		80 €	
Quellensteuer			80 €
ESt.-Erstattung			155 €

C. Kein vertikaler Verlustausgleich (Abs. 6 Satz 2)

617

Nach Satz 2 ist der Ausgleich von Verlusten aus Kapitalvermögen mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten nicht möglich. Sie dürfen zudem nicht nach § 10d in anderen Jahren vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. Die Verluste bleiben damit in der Einkunftsart „Kapitalvermögen“ „eingesperrt“. Lediglich für Altverluste aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 und des § 22 Nr. 3 lässt Satz 1 eine Durchbrechung dieses Grundsatzes zu.

Verrechnung von positiven Kapitalerträgen mit Verlusten aus anderen Einkunftsarten: Satz 2 untersagt lediglich die Verrechnung von Verlusten aus Kapitalvermögen mit anderen, der individuellen Tarifbesteuerung unterliegenden Einkunftsarten. Deshalb ist es theoretisch möglich, pos. Einkünfte aus Kapitalvermögen mit Verlusten, zB aus Gewerbebetrieb, zu verrechnen. Wirtschaftl. es jedoch eine derartige Verrechnung wenig sinnvoll, da der Gewerbesteuerverlust mit progressiv besteuerten gewerblichen Gewinnen zu verrechnen sind.

D. Nur Verlustvortrag möglich (Abs. 6 Satz 3)

618

Nach Satz 3 mindern negative Kapitalerträge (Verluste) die Einkünfte, die der Stpfl. in den folgenden VZ aus Kapitalvermögen erzielt. Damit ist nur noch ein Verlustvortrag zugelassen. Der Verlustrücktrag ist nicht mehr vorgesehen (kritisch hierzu OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322). Der Verlustvortrag ist zeitlich und betragsmäßig nicht beschränkt. Auch erfolgt die Verlustverrechnung in den folgenden VZ, ohne dass die Sockelbeträge nach § 10d Abs. 2 zu beachten sind (BTDrucks. 16/4841, 101; STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmenssteuerreform 2008, 2007 52). Der Gesetzgeber hat damit bewusst auf eine entsprechende Anwendung des § 10d im Rahmen des Abs. 6 verzichtet, weil eine solche Beschränkung durch die Kreditinstitute im StAbzugsverfahren mangels Administrierbarkeit nicht hätte berücksichtigt werden kann. Um eine Benachteiligung des Stpfl., der Verluste erst im Veranlagungsverfahren geltend machen kann, zu vermeiden, schränkt § 10d Abs. 2 die Verlustverrechnung nach Abs. 6 nicht (weiter) ein (BTDrucks. 16/4841, 101). Dadurch unterscheidet sich Abs. 6 wesentlich von der Mehrzahl der anderen Verlustverrechnungsbeschränkungen wie § 23 Abs. 3 Satz 8 oder § 15 Abs. 4, bei denen die Sockelbeträge eine weitere Einschränkung der Verrechnungsmöglichkeiten bewirken und dort die Verrechnung nur „nach Maßgabe des § 10d“ zu erfolgen hat; Einzelheiten zum Verlustvortrag s. § 23 Anm. 321.

E. Sinngemäße Anwendung des § 10d Abs. 4 (Abs. 6 Satz 4)

619

Nach dieser Vorschrift ist ein verbleibender Verlust in entsprechender Anwendung des § 10d Abs. 4 gesondert festzustellen. Der Verlustfeststellungsbescheid hat dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Verluste aus Aktiengeschäften nach Satz 5 einer gesonderten Verrechnungsbeschränkung unterliegen, so dass der Bescheid danach zu unterscheiden hat, ob ein (allgemeiner) Verlust (negative Kapitalerträge) aus Kapitalvermögen oder ein Verlust aus Aktiengeschäften iSd. Satzes 5 festgestellt wird. Wegen der Ausdehnung der Verlustverrechnung in § 22 Nr. 3 Satz 5 und 6 hat der Feststellungsbescheid auch die verbleibenden (Alt-)Verluste aus Stillhaltergeschäften iSd. Abs. 1 Nr. 11 festzustellen; Einzelheiten zum Feststellungsbescheid s. § 10d Anm. 120 ff.

F. Gesonderte Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Aktiengeschäften (Abs. 6 Satz 5)

Aktienverluste: Realisierte Verluste aus Aktiengeschäften dürfen nach Satz 5 nur mit Gewinnen aus der Veräußerung von Aktien ausgeglichen werden. Der Ausgleich ist weder mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten noch mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen zulässig. Gewinne aus Aktiengeschäften können dagegen mit Verlusten aus anderen Kapitalerträgen ausgeglichen werden (LANGE in BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, *Unternehmensteuerreformgesetz 2008, 2007*, § 20 Rn. 80). Damit bilden Aktiengeschäfte im Rahmen der Verlustverrechnung eine zusätzliche Schedule innerhalb der Schedule „Einkünfte aus Kapitalvermögen“. Der Gesetzgeber begründet die Sonderbehandlung von realisierten Aktienverlusten mit den (abstrakt) drohenden Risiken für die öffentlichen Haushalte, wenn die Möglichkeit einer uneingeschränkten Verlustverrechnung mit den anderen Einkünften aus Kapitalvermögen zugelassen werde (BTDrucks. 16/5491, 44). Ein Börsencrash wie 2000–2002 könne zu Mindereinnahmen in Milliardenhöhe führen. Da der Gesetzgeber auch für verfassungsgemäße öffentliche Haushalte verantwortlich sei, hält er sich für befugt, den mit dem Aktienmarkt verbundenen Risiken für die öffentlichen Haushalte durch die Einführung einer speziellen Verlustverrechnungsbeschränkung begegnen zu können (BTDrucks. 16/5491, 44). Diese Begründung ist zweifelhaft. Näher liegt es, die Motive für die Beschränkung der Verrechenbarkeit in den Gegenfinanzierungsmaßnahmen zur Lockerung der Zinsschranke zu suchen; dazu Loos, *DStZ* 2010, 78 (80). BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1, 2/07, 1, 2/08 (DStR 2008, 2460) sieht allerdings in der Haushaltskonsolidierung keine Rechtfertigung für Sonderbelastungen, wie sie hier Aktienanleger zu tragen haben.

Aktiengeschäfte: Betroffen von der speziellen Verrechnungsbeschränkung sind nur Verluste aus der Veräußerung von Aktien, so dass die Veräußerung anderer Wertpapiere oder Finanzprodukte wie GmbH-Anteile, Investmentfondsanteile, Zertifikate oder Termingeschäfte nicht erfasst werden (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, *Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007*, 52; SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, *Unternehmensteuerreform 2008, 2007*, 640). Dies gilt auch für Finanzprodukte, die sich auf Aktien beziehen (zB Aktien-, Dax- oder Basket-Zertifikate). Allein der nur mittelbare Handel mit Aktien über besondere Derivate führt nicht dazu, dass ein Aktiengeschäft iSv. Satz 5 vorliegt. Eine solche wortlautgetreue Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Veräußerung von Aktien“ wird durch die Gesetzgebung bestätigt. Finanzmarktprodukte wie Zertifikate, Termingeschäfte oder Aktienfondsanteile wollte der Gesetzgeber ausdrücklich nicht in die spezielle Beschränkung einbeziehen, weil von diesen aufgrund ihrer geringen Verbreitung kein qualifiziertes Haushaltsrisiko ausgehe (BTDrucks. 16/5491, 45).

Beispiel: Anleger A erwirbt 2009 Anteile an einem Exchange Traded Funds (ETF) auf den DAX zum Preis von 10 000 €, die er im Jahr 2010 zu 8 000 € wieder veräußert. Zugleich hat er 2010 Zinseinnahmen von 5 000 €. Im Rahmen der unterjährigen Verrechnung hat seine Depotbank den Verlust aus dem Fondsanteilsverkauf von 2 000 € mit den Zinnerträgen zu verrechnen, so dass lediglich auf 3 000 € die Abgeltungsteuer von 25 % einzubehalten ist.

Beispiel: Anleger B hat veräußert 2010 seine 2009 erworbenen Anteile an einem ETF mit einem Gewinn von 5 000 €. Zugleich hat er aus Aktiengeschäften in 2010 einen Verlust von 3 000 € realisiert. Hier darf die Depotbank den Veräußerungsgewinn aus dem Fondsverkauf, auch wenn dem Fonds Aktien zugrunde liegen, nicht mit den Verlusten aus den Aktiengeschäften verrechnen. Vielmehr unterliegen die Fondsgewinne der Abgeltungsteuer. Der Verlust aus den Aktiengeschäften ist nach 2011 vorzutragen

oder nach Ausstellen einer Verlustbescheinigung der Bank im Wege der Veranlagung mit Aktiengewinne aus einem Depot bei einem anderen Kreditinstitut zu verrechnen.

Verlustvortrag: Für die Verlustverrechnung gelten die Sätze 3 und 4 sinngemäß, so dass am Ende eines VZ nicht ausgeglichene Verluste die Gewinne, die der Stpfl. in den folgenden VZ aus der Veräußerung von Aktien erzielt, im Wege eines Verlustvortrags mindern. Ein danach noch verbleibender Verlust ist gesondert festzustellen.

Zu der Frage, wie diese Sonderregelungen im Rahmen des StAbzugs nach § 43a Abs. 3 zu berücksichtigen sind s. §§ 43 ff. Anm. J 07-15 und § 43a Anm. J 08-6.

Verfassungsrechtliche Bedenken: Die verfassungsrechtl. Zulässigkeit der gesonderten Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktiengeschäfte ist zweifelhaft; s. zB ENGLISCH, StuW 2007, 221; SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 640; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322. Auch wenn die Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 als systembedingte Folge einer Schedulenbesteuerung zulässig wäre (so die Gesetzesbegründung, s. BTDrucks. 16/4841, 100), bedarf es aus verfassungsrechtl. Sicht einer besonderen Rechtfertigung, Aktiengeschäfte wiederum anders als die übrigen Einkünfte aus Kapitalvermögen zu behandeln. Im Kern begründet der Gesetzgeber die Sonderregelung für Verluste aus Aktiengeschäften mit einem rein fiskalischen Argument, in dem er auf die „abstrakt drohenden Hauhaltsrisiken“ abstellt. Ob allein der fiskalische Nutzen einer Regelung die Sonderbehandlung rechtfertigen kann, muss bezweifelt werden (glA. ENGLISCH, StuW 2007, 221). Auch die Rechtfertigung, die der BFH für die Verfassungsmäßigkeit der eingeschränkten Verrechenbarkeit von Verlusten gem. § 23 Abs. 3 Satz 8 aF angeführt hat, kann auf die Neuregelung uE nicht übertragen werden. Der BFH sah in der Möglichkeit, Verluste innerhalb der Haltefrist des § 23 aF zu realisieren, Gewinne dagegen erst nach Ablauf der Frist und somit stfrei vereinnahmen zu können, eine Missbrauchsmöglichkeit, dem der Gesetzgeber mit einer Verlustverrechnungsbeschränkung begegnen durfte (BFH v. 18.10.2006 – IX R 28/05, BStBl. II 2007, 259). Da für nach 2008 angeschaffte Aktien die Veräußerung von Aktien unabhängig von einer Haltefrist stpfl. ist, kann die Verrechnungsbeschränkung nicht mehr als Norm zur Missbrauchsbekämpfung gerechtfertigt werden. Somit sind verfassungsrechtl. Zweifel an der restriktiven Verrechnungsbeschränkung des Satz 5 durchaus gerechtfertigt.

G. Verlustverrechnung von einer Verlustbescheinigung der Kreditinstitute abhängig (Abs. 6 Satz 6)

621

Verluste, die der KapErtrSt. unterliegen, können nach Satz 6 nur im Wege der Veranlagung berücksichtigt werden, wenn der Stpfl. eine Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 vorlegt. Mit dieser Regelung wird sichergestellt, dass sich ein Verlust stl. nicht mehrfach – bei der Verrechnung durch das Kreditinstitut und im der Veranlagung – auswirken kann (BTDrucks. 16/4841, 96). Die Vorlage einer Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 ist notwendig, weil im Rahmen der abgeltenden KapErtrSt. nunmehr die auszahlende Stelle – also in der Regel das Kreditinstitut – bereits beim StAbzug unterjährig die Verluste zu berücksichtigen hat. Daher haben die Institute nach § 43a Abs. 3 einen „Verlustverrechnungstopf“ zu führen, wobei die in einem Kalenderjahr nicht verbrauchten Verluste vom Kreditinstitut in das nächste Kalenderjahr vorzutragen sind (§ 43a Abs. 3 Satz 3). Dementsprechend bleiben Verluste bei der Veranlagung grds.

unberücksichtigt. Nur wenn der Stpfl. nach § 43a Abs. 3 Satz 4 bei seinem Kreditinstitut einen Antrag auf Erteilung einer Bescheinigung über die Höhe der verbliebenen Verluste stellt, können diese vom FA bei der Veranlagung verrechnet oder wiederum für die nächsten VZ festgestellt werden. Folge des Antrags auf der Ebene der Banken ist, dass der Verlustübertrag entfällt und der StEinbehalt im folgenden Kalenderjahr von der Bank ohne Berücksichtigung der Altverluste vorzunehmen ist. Auf diesem Wege wird verhindert, dass derselbe Verlust sowohl beim StEinbehalt als auch bei einer anschließenden Veranlagung mit anderen positiven Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet wird.

Verluste aus Kapitalvermögen, die der Kapitalertragsteuer unterliegen: Die Bescheinigung ist nach dem Gesetzeswortlaut nur für Verluste notwendig, „die der Kapitalertragsteuer unterliegen“. Diese Formulierung ist missverständlich, weil Verluste gerade nicht einem StEinbehalt unterliegen können (SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 640). Das Gesetz ist uE dahingehend zu verstehen, dass die Einkünfte, wären sie positiv gewesen, dem KapErtrStAbzug unterlägen hätten.

Beispiel: Stpfl. A hat Ende 2009 aus seinem Depot bei der X-Bank negative Kapitalerträge aus Schuldverschreibungen (Stückzinsen und Veräußerungsverluste) iHv. 1000 € und Verluste aus Aktiengeschäften (Anschaffungen 2009) iHv. 5000 €. Um diese negativen Beträge mit positiven Zinserträgen und Aktiengewinnen aus einem Depot bei einer anderen Bank im Veranlagungswege verrechnen zu können, muss er die Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 beantragen. Ein solcher Antrag ist zulässig, da positive Zinserträge und Gewinne aus Aktiengeschäften dem Abzug der KapErtrSt. unterlegen hätten.

622–629 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 7: Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Steuerstundungsmodellen

A. Sinngemäße Anwendung des § 15b auf Kapitaleinkünfte (Abs. 7 Satz 1)

I. Bedeutung der Regelung

630 1. Umfang der Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b

Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b ist nach Abs. 7 auf alle Einkünfte aus Kapitalvermögen sinngemäß anzuwenden. Bis zum VZ 2005 beschränkte sich der Anwendungsbereich auf Einkünfte aus stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen iSd. Abs. 1 Nr. 4. Um Umgehungsgestaltungen zu verhindern, wurde die (sinngemäße) Anwendung des § 15b mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) auf alle Einkünfte aus Kapitalvermögen erstreckt (BTDrucks. 16/2712, 63).

631 2. Rechtsfolge

Greifen die Voraussetzungen der Verlustverrechnungsbeschränkung ein, dürfen negative Einkünfte weder mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen oder abgezogen wer-

den. Es ist nur eine Verrechnung mit positiven Einkünften aus derselben Einkunftsquelle in den Folgejahren zulässig. Zu Einzelheiten s. Anm. 640.

3. Zeitliche Anwendung

632

Anwendung bis zum VZ 2005 nur auf Einkünfte gem. Abs. 1 Nr. 4: § 15b war bis zum VZ 2005 nur für Verluste aus einer typisch stillen Gesellschaft oder einem partiarischen Darlehen iSd. Abs. 1 Nr. 4 sinngemäß anzuwenden. Für andere Einkünfte aus Kapitalvermögen sah das Gesetz eine sinngemäße Anwendung des § 15b dagegen nicht vor.

Anwendung ab dem VZ 2006 auf sämtliche Kapitaleinkünfte: Die Ausdehnung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf sämtliche Kapitaleinkünfte ist erst durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 erfolgt. Die Neuregelung ist nach § 52 Abs. 37d rückwirkend ab dem 1.1.2006 anzuwenden (BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 Tz. 28). Der Gesetzgeber begründet die rückwirkende Anwendung mit der Notwendigkeit, das Steueraufkommen zu sichern. Eine rückwirkende Anwendung sei zulässig, da die ESt. erst mit Ablauf des VZ entstehe. Darüber hinaus bestehe kein schutzwürdiges Vertrauen der Stpfl. in den Fortbestand der alten Rechtslage, da der Gesetzgeber mit der Einführung des § 15b im Jahre 2005 ausreichend deutlich gemacht habe, dass Steuerstundungsmodelle generell bekämpft werden sollen (BTDrucks. 16/2712, 64).

► *Verfassungsrechtliche Bedenken:* Die rückwirkende Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf den Beginn des VZ 2006 begegnet uE verfassungsrechtl. Bedenken.

▷ *Echte Rückwirkung:* Die rückwirkende Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung führt zu einer verfassungsrechtl. grds. unzulässigen echten Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen). Nachdem das BVerfG seine VZ-Rspr. zugunsten eines handlungsorientierten Dispositionsschutzkonzepts fortentwickelt hat (BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67; v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93, BVerfGE 105, 12; s. ausführlich Einf. ESt. Anm. 523 ff.), liegt in der Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf Investitionen, die vor der Gesetzesverkündung getätigt wurden, eine echte Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen), weil der Gesetzgeber in bereits abgeschlossene Vorgänge eingreift (glA BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 352d). Nach diesen Grundsätzen ist eine rückwirkende Änderung im laufenden VZ unzulässig, wenn der Stpfl. im laufenden Jahr eine abschließende wirtschaftliche Disposition im Vertrauen auf den Fortbestand der bestehenden stl. Rechtslage getroffen hat.

▷ *Keine Rechtfertigung ersichtlich:* Gründe, die eine echte Rückwirkung ausnahmsweise rechtfertigen könnten, liegen uE nicht vor:

- *Schutzwürdiges Vertrauen durch das Ges. zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005 unberührt:* Das schutzwürdige Vertrauen der Stpfl. auf den Fortbestand der alten Rechtslage ist nicht durch das Ges. zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005 entfallen (aA BTDrucks. 16/2712, 64). Das Ges. beschränkt die sinngemäße Anwendung des § 15b auf Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 4. Mit der eindeutigen Beschränkung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf diese Einkünfte wurde das Vertrauen des Stpfl. gerade darin begründet, dass andere Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht betroffen sind (glA SCHMIDT/SEEGER XXVIII. § 15b Rn. 19).

- *Zeitpunkt des Vertrauensverlusts*: Nach der Rspr. des BVerfG ist die Rückwirkung von Rechtsfolgen auf einen Zeitpunkt vor der endgültigen Verabschiedung des Gesetzes durch die Legislative zulässig, wenn eine Änderung der Rechtslage für den Stpfl. vorhersehbar war. Daher könne eine Rückbeziehung auf den Tag der Beschlussfassung im BTag (BVerfG v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200) oder auf den Zeitpunkt des Kabinettsbeschlusses zulässig sein (BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvL 882/97, BVerfGE 97, 67). Da der Kabinettsbeschluss zum JStG 2007 vom 23.8.2006 stammt, dürfte die Verlustverrechnungsbeschränkung zumindest nicht auf Investitionen vor diesem Zeitpunkt anzuwenden sein. Ein noch weitergehender Schutz bestünde, wenn man die Auffassung vertritt, dass das schutzwürdige Vertrauen erst mit der Verkündung des Gesetzes entfalle (zu Einzelheiten s. Einf. ESt. Anm. 525).
- *Haushaltsrisiken kein Rechtfertigungsgrund*: Das vom Gesetzgeber ins Feld geführte Argument, die rückwirkende Erstreckung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf alle Kapitaleinkünfte solle ansonsten drohende Mindereinnahmen vermeiden (BTDrucks. 16/2712, 64), stellt keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund dar (s. Einf. ESt. Anm. 525). Das Ziel, Steuereinnahmen zu sichern, stellt keinen zwingenden Grund des Gemeinwohls dar, der eine Rückwirkung rechtfertigen kann.
- *Irrtum über Umfang von Steuerstundungsmodellen kein Rechtfertigungsgrund*: Die ursprüngliche Beschränkung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf Fälle des Abs. 1 Nr. 4 beruhte (wohl) auf der Annahme, dass nur bei stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen unerwünschte Steuerstundungsmodelle möglich sind. Die nachträgliche Erkenntnis des Gesetzgebers, dass Steuerstundungsmodelle auch im Zusammenhang mit anderen Kapitaleinkünften konzipiert werden können, stellt ebenfalls keinen zwingenden Grund des Gemeinwohls dar, so dass die rückwirkende Anwendung des Abs. 7 auf alle Kapitaleinkünfte uE verfassungsrechtl. nicht zulässig ist.

Zur verfassungsrechtl. Beurteilung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b an sich s. § 15b Anm. 7 f.

II. Voraussetzungen der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b

633 1. Verluste

Negative Einkünfte: Alle Verluste aus einem Steuerstundungsmodell werden von der Verlustverrechnungsbeschränkung erfasst. Unter Verlust sind im Rahmen des § 20 negative Einkünfte zu verstehen. Negative Einkünfte resultieren regelmäßig aus dem Überschuss von WK über die Einnahmen aus Kapitalvermögen. Es ist nach § 15b Abs. 2 unerheblich, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen.

Stückzinsen und Zwischengewinne: Bei Stückzinsen und Zwischengewinnen handelt es sich nicht um WK, sondern um negative Einnahmen. Da unerheblich ist, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen, unterliegen dem Grunde nach auch gezahlte Stückzinsen oder Zwischengewinne der Verlustverrechnungsbeschränkung (aA BRANDTNER/GEISER, DSStR 2009, 1732).

2. Steuerstundungsmodell iSd. § 15b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2

634

Steuerstundungsmodell: Ein Steuerstundungsmodell liegt nach der Legaldefinition des § 15b Abs. 2 vor, wenn auf Grund einer modellhaften Gestaltung stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Eine modellhafte Gestaltung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Stpfl. seine Investition typischerweise nur im Rahmen eines vorgefertigten Konzepts ohne wesentliche eigene Einflussmöglichkeiten realisieren kann (zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 30 ff.).

► *Vorgefertigtes Konzept typisch für Kapitalanlage:* Bei einer Vielzahl von Kapitalanlagen ist die Verlustverrechnungsvorschrift von besonderer Bedeutung, weil Banken regelmäßig Kapitalanlagen im Rahmen eines vorgefertigten Konzepts anbieten, an denen sich der Stpfl. nur ohne weitere Gestaltungsmöglichkeiten beteiligt kann.

► *Leistungsbündel:* Die FinVerw. nimmt eine Modellhaftigkeit bei einer Bereitstellung eines Bündels von Haupt-, Zusatz- und Nebenleistungen an (BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 Tz. 8). Solch ein Leistungsbündel stellt uE aber nur ein Indiz und keine (tatbestandliche) Voraussetzung für das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells dar (iS einer zwingenden Voraussetzung wohl BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732). Auch ohne Zusatz- und Nebenleistungen kann daher ein Steuerstundungsmodell vorliegen (zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 32).

► *Gep plante stl. Vorteile:* Auch bei einer modellhaften Gestaltung liegt ein Steuerstundungsmodell nur vor, wenn mit der Investition stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Allein die Absicht, negative Einkünfte zu erzielen, ist ausschlaggebend, so dass unerheblich ist, ob tatsächlich Verluste eintreten. Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 35.

Fondsbeteiligungen und Einzelinvestitionen: Die Regelung des § 15b ist konzeptionell eigentlich auf die Beteiligung eines Stpfl. an einem Fonds oder einer PersGes. zugeschnitten (BTDrucks. 16/107, 6; BLÜMICH/STUHRMANN § 20 Rn. 352f). Dennoch werden auch Einzelinvestitionen von der Regelung erfasst (s. § 15b Anm. 33). Dies ist für Einkünfte aus Kapitalvermögen besonders relevant, weil der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Verlustverrechnungsbeschränkung ausgedehnt hat, um Steuerstundungsmodelle in Form von Einzelinvestitionen zu erfassen (BTDrucks. 16/2712, 63).

3. Anwendung auf einzelne Kapitalanlageformen

635

Wertpapiere mit Stückzinsen und Investmentfonds mit Zwischengewinnen: Bei einem Erwerb von Wertpapieren mit Stückzinsen oder Investmentfonds mit Zwischengewinnen erzielt der Anleger negative Einkünfte in Form negativer Einnahmen (s. Anm. 633). Als negative Einnahmen unterliegen Stückzinsen und Zwischengewinne auch ab 1.1.2009 nicht dem WKAbzugsverbot des Abs. 9. UE liegt ein Steuerstundungsmodell nicht vor, da die Zahlung von Stückzinsen bzw. Zwischengewinnen den Marktusancen entspricht und wirtschaftlich den Zinsanspruch des bisherigen Gläubigers ausgleicht (glA OFD Frankfurt v. 28.4.2009, ESt.-Kartei Hessen, § 15b EStG Karte 2; BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732). Es handelt sich daher nicht um eine modellhafte Gestaltung, die daraufhin konzipiert wurde, negative Einkünfte erzielen zu wollen. Die Grenze zur modellhaften Gestaltung ist uE erst überschritten, wenn solche Wertpapiere im Rahmen eines Gesamtkonzepts unter Hinzutreten weiterer Leistungen zur Erzielung negativer Einkünfte eingesetzt werden. Daher kann die Fremdfinanzierung des Erwerbs solcher Anlagen insb. bei Einsatz eines hohen Disagios dazu führen, dass die Verluste der Verrechnungsbeschränkung unter-

liegen (ähnlich OFD Frankfurt v. 28.4.2009, ESt.-Kartei Hessen, § 15b EStG Karte 2).

Fremdfinanzierte Lebensversicherungen gegen Einmalzahlung, deren Einnahmen unter § 20 Abs. 1 Nr. 6 fallen, stellen ein Steuerstundungsmodell dar, so dass anfängliche Verluste erst mit späteren positiven Einkünften verrechnet werden können (glA BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 Tz. 7; SÖFFING, DStR 2006, 1585; SCHMIDT/SEGER XXVIII. § 15b Rn. 3). Allerdings verliert die Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung nach Einführung der Abgeltungsteuer erheblich an Bedeutung, weil die durch die Fremdfinanzierung entstehenden Aufwendungen dem WKAbzugsverbot des Abs. 9 unterliegen.

Auf- und abgezinste Wertpapiere, Zerobonds, Bundesschatzbriefe zeichnen sich dadurch aus, dass die Erträge hieraus erst bei Endfälligkeit oder Veräußerung zufließen. Werden solche Wertpapiere fremdfinanziert, unterliegen sie uE der Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 7, wenn durch die Kombination aus Fremdfinanzierung und „aufgeschobenem“ Zufluss der Erträge im Rahmen eines Gesamtkonzepts nachweisbar ein stl. Vorteil in Form negativer Einkünfte erzielt werden soll.

636 4. Nichtaufgriffsgrenze des § 15b Abs. 3

Nach § 15b Abs. 3 greift die Verlustverrechnungsbeschränkung nur ein, wenn die prognostizierten Verluste der Anfangsphase die Höhe des einzusetzenden oder eingesetzten Kapitals um 10 % übersteigen. Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 45 ff. Diese sog. Nichtaufgriffsgrenze gilt auch für die Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf Einkünfte aus Kapitalvermögen. Bei Einzelinvestitionen ist auf das eingesetzte Eigenkapital abzustellen (BLÜMICH/STUHRMANN § 20 Rn. 352i).

637–639 Einstweilen frei.

640 III. Rechtsfolge der Verlustverrechnungsbeschränkung

Kein Ausgleich mit Einkünften aus anderen Einkunftsquellen: Verluste, die der Verrechnungsbeschränkung unterliegen, können im Jahr der Entstehung weder mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Ein Verlustvortrag oder Verlustrücktrag nach § 10d ist ausgeschlossen. Möglich ist nur eine Verrechnung mit positiven Einkünften, die der Stpfl. aus derselben Einkunftsquelle in den Folgejahren erzielt. Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 22f.

Dieselbe Einkunftsquelle im Bereich der Kapitaleinkünfte: Eine Verrechnungsmöglichkeit besteht nur, wenn die positiven Einkünfte aus derselben Einkunftsquelle wie die Verluste stammen. Bei Kapitaleinkünften, die durch Einzelinvestitionen geprägt sind, stellt jedes Finanzprodukt eine eigenständige Einkunftsquelle dar. Somit ist für jedes einzelne erworbene Wertpapier gesondert zu prüfen, ob eine Verlustverrechnung zulässig ist. Dies gilt ebenso für stille Gesellschaften, die je für sich eine Einkunftsquelle darstellen (BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 Tz. 13).

► *Vielzahl gleichartiger Wertpapiere:* Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall, dass eine Vielzahl gleichartiger Wertpapiere erworben wurde. Eine Zusammenfassung gleichartiger Wertpapiere ist eigentlich nicht möglich. Jedoch ist es uE aus Vereinfachungsgründen zulässig, gleichartige Wertpapiere zusammenzufassen.

Insoweit kann auf die zur Zuordnung von WK im Bereich der Kapitaleinkünfte entwickelte Rspr. zurückgegriffen werden, nach der bei Erwerb gleichartiger Wertpapiere eine zusammenfassende Betrachtung möglich ist (BFH v. 24.3.1992 – VIII R 12/89, BStBl. II 1993, 18).

► *Gesellschaften, Gemeinschaften und Fonds*: Bei einer Beteiligung an einer Gesellschaft, einer Gemeinschaft oder einem Fonds stellt jede Beteiligung eine Einkunftsquelle iSd. Vorschrift dar, so dass nicht auf die von diesen gehaltenen unterschiedlichen Anlagen abzustellen ist (BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 Tz. 13). Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 25.

IV. Gesonderte Feststellung des nicht ausgleichfähigen Verlusts (§ 15b Abs. 4)

641

Die Verluste, die nach § 15b nicht mit anderen Einkünften ausgeglichen werden dürfen, sind in sinngemäßer Anwendung des § 15b Abs. 4 auch im Bereich der Kapitaleinkünfte gesondert festzustellen (s. ausführlich § 15b Anm. 50 ff.).

Einstweilen frei.

642–644

B. Ausnutzung eines Steuergefälles (Abs. 7 Satz 2)

645

Nach Abs. 7 Satz 2 liegt ein vorgefertigtes Konzept und damit ein Steuerstundungsmodell auch vor, wenn die positiven Einkünfte nicht der tariflichen ESt. unterliegen.

Der Gesetzgeber will mit der Regelung Modelle erfassen, die das Steuergefälle zwischen tariflicher ESt. und dem Abgeltungsteuersatz von 25 % ausnutzen wollen (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVIII. § 20 Rn. 228), auch wenn der Wortlaut dies nicht eindeutig erkennen lässt (zutreffend BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732). Damit zielt die gesetzliche Regelung auf Modelle, bei denen die negativen Einkünfte der tariflichen ESt., die positiven Einkünfte dagegen dem Abgeltungsteuersatz von 25 % unterliegen. Betroffen sind Investitionen aus der Übergangszeit vor Einführung der Abgeltungsteuer, bei denen die negativen Einkünfte bis zum 31.12.2008 anfielen, während die positiven Einkünfte ab dem 1.1.2009 unter die Abgeltungsteuer fallen (so auch RONIG, NWB F. 3, 14333 mit Hinweis auf die Begründung des Referentenentwurfs). Darüber hinaus sind Modelle denkbar, bei denen die negativen Einkünfte bei Einkunftsarten anfallen, die der tariflichen ESt. unterliegen, während die (später) fließenden positiven Einkünfte als Kapitaleinkünfte mit dem niedrigeren Abgeltungsteuersatz besteuert werden.

Steuerstundungsmodell: Abs. 7 Satz 2 setzt des Weiteren entsprechend seiner systematischen Stellung voraus, dass der Tatbestand eines Steuerstundungsmodells iSd. § 15b Abs. 2 erfüllt ist. Lediglich in Ergänzung bestimmt Abs. 7 Satz 2, dass die Ausnutzung des Steuergefälles durch Anwendung des Abgeltungsteuersatzes auf die positiven Einkünfte aus Kapitalvermögen ein vorgefertigtes Konzept begründen kann. Somit greift die Verlustverrechnungsbeschränkung nicht schon *allein* deshalb ein, weil die positiven Einkünfte nach § 32d niedrig besteuert werden.

Einstweilen frei.

646–649

Erläuterungen zu Abs. 8: Subsidiäre Geltung der Abs. 1 und 2

Schrifttum: KESSLER, Zur Zuordnung von Bausparzinsen und Zwischenfinanzierungen zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, DB 1983, 1386; MITTMANN, Können Guthabenzinsen aus Bausparverträgen Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung sein?, FR 1983, 344; PAUS, Verlust eines privaten Darlehens als Werbungskosten, FR 1983, 502; SIEVERSEN, Folgerungen aus der neuen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur Bausparzwischenfinanzierung, BB 1983, 1788; WICHMANN, Die Frage nach der zutreffenden einkommensteuerlichen Behandlung von Gewinnbezugsrechten, DB 1986, 776; THÖMMES, Die steuerliche Behandlung von Bausparguthabenzinsen, Schuldzinsenabzug und Arbeitgeberdarlehen nach dem WohnEigFG, DStR 1987, 255; DERS., Die steuerliche Behandlung von zwischenfinanzierten Bausparguthaben nach dem WohnEigFG, DStZ 1987, 477; B. MEYER, Die Behandlung des zwischenfinanzierten Bausparvertrags nach Aufgabe der Nutzungswertbesteuerung, FR 1988, 65; MITTMANN, Wohnungseigentumsförderung bei Bausparzwischenfinanzierung, DStZ 1988, 274; PAUS, Finanzierung eigen genutzter Wohnungen über Bausparverträge, DStZ 1988 S. 204; v. BORNHAUPT, Verlust eines zur Arbeitsplatzsicherung gewährten unverhältnismäßig niedrig verzinslichen Darlehens als Werbungskosten des Arbeitnehmers?, FR 1989, 423; GILOY, Zur Abgrenzung der Kapitaleinkünfte von den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, DStZ 1989, 471; LUCKOW, Die steuerliche Behandlung des Time-Sharing-Verfahrens bei tauschähnlichem Erwerb, RIW/AWD 1989 S. 557; PAUS, Welche Einkünfte erzielt der angestellte Komplementär? Oder: Wird der Begriff des Mitunternehmers überstrapaziert? DStZ 1989 S. 162; PAUS, Bankguthaben als Betriebsvermögen eines Landwirts, DStZ 1990, 465; KESSLER, Zum An- und Verkauf festverzinslicher Wertpapiere als gewerbliche Tätigkeit (§ 15 Abs. 1), FR 1991, 318; WEBER, An- und Verkauf von Wertpapieren sowie Vornahme von Termingeschäften durch Privatpersonen als Gewerbebetrieb?, DStZ 1991, 353; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, 4. Aufl. 2006 Rn. 41–44.

650

A. Vorbemerkung

Die Vorschrift (bis VZ 2008: Abs. 3) enthält keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern ist eine reine Zuordnungsnorm, mit der die Nachrangigkeit der Besteuerung von Kapitalerträgen iSv. Abs. 1 und 2 gegenüber der Besteuerung der Gewinneinkünfte und den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung festgelegt wird. Die Zuordnungsregel gilt nur für den Fall, dass die eigentlich den Einkünften aus Kapitalvermögen zugehörigen Einnahmen mit den in der Vorschrift genannten Einkunftsarten kollidieren. Abs. 8 ist auch keine Qualifikationsnorm und macht deshalb Kapitalerträge nicht zu Einnahmen aus Gewerbebetrieb, wenn diese es nicht auch schon ohne Abs. 3 wären (RAUPACH, FR 1978, 570 [578]; RAUPACH, StbJb 1977/78 S. 298). Soweit die Zuordnung der Einnahmen zu den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit (§ 19) oder den sonstigen Einkünften (§ 22) in Frage steht, gilt Abs. 8 nicht. In diesen Fällen ist die Zuordnung nach der Wesensart der betroffenen Einkunftsart vorzunehmen (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83, BStBl. II 1990, 532; Beschl. v. 20.2.2008 – VIII B 53/07, BFH/NV 2008, 971; v. 16.12.2008 – VIII R 83/05, BFH/NV 2009, 1118). Ausschlaggebend ist die Einkunftsart, die im Vordergrund steht und die dadurch die andere Einkunftsart verdrängt. Greift Abs. 8 ein, so sind die Einkünfte nach den Vorschriften zu ermitteln, die für die betroffenen Einkunftsarten gelten, für den betrieblichen Bereich also die Gewinnermittlungsvorschriften. Bei Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich sind in erster Linie die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung anzuwenden (RAUPACH, FR 1978, 570 [577]).

Abs. 8 hat hinsichtlich der Gewinneinkünfte nur klarstellende (deklaratorische) Bedeutung, da sich die Zugehörigkeit von Kapitalerträgen zu den Gewinneinkunftsarten bereits dann ergibt, wenn das Kapitalvermögen, aus dem die Erträge erzielt werden, einem Betriebsvermögen zuzurechnen ist (THIEL, BB 1976, 1496).

Die Regelung in Abs. 8 ist unvollständig, da das Verhältnis der Einkünfte aus Kapitalvermögen sowohl zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19) als auch zu den sonstigen Einkünften (§ 22) nicht bestimmt ist.

Steuerabzug: Über die Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den anderen, in Abs. 8 genannten Einkunftsarten wird nicht im StAbzugsverfahren, sondern im Veranlagungsverfahren entschieden, da die zum StEinbehalt verpflichteten Stellen nicht beurteilen können, ob die Kapitalanlage zum PV oder zu einem BV des Bankkunden gehört. Unabhängig von der Zugehörigkeit werden die Erträge dem StAbzug von 25 % zzgl. SolZ und evtl. KiSt. unterworfen. Gehören die Erträge zu den BE des Stpfl. oder zur Einkunftsart VuV, stellt der StAbzug – wie bisher – lediglich eine Vorauszahlung auf die ESt. dar und hat keine abgeltende Wirkung (§ 32d Anm. 10).

B. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu anderen Einkunftsarten (Abs. 8 Satz 1)

I. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Gewinneinkünften

651

Kapitalerträge, die ein Land- oder Forstwirt, Gewerbetreibender oder selbstständig Tätiger aus der Anlage eines zum notwendigen oder gewillkürten BV oder SonderBV (zB Gesellschafter-Darlehen) gehörenden Kapitalvermögens erzielt, sind im Rahmen der Gewinneinkünfte (§ 2 Abs. 2 Nr. 1–3, Abs. 2 Nr. 1) zu erfassen. BV kann zB in Beteiligungen oder Kapitalforderungen angelegt werden, sofern die Anlage betrieblich veranlasst ist. Die Zugehörigkeit des angelegten Vermögens zu einem BV bewirkt, dass die erzielten Erträge den Betriebseinnahmen zuzurechnen sind. Abs. 8 hat auch insoweit nur klarstellende Wirkung (s. Anm. 650).

II. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft

652

Erträge aus betrieblich veranlassten Kapitalanlagen eines Land- und Forstwirts, wie zB Verzugszinsen aufgrund betrieblicher Leistungen, gehören wegen ihrer Zugehörigkeit zum BV zu den BE aus LuF und nicht zu den Einnahmen iSt. Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 7.

Gewinnausschüttungen auf Beteiligungen RFH v. 2.3.1933, RStBl. 1933, 585, betr. Gemüseverwertungsgenossenschaft; BFH v. 20.3.1980 – IV R 22/77, BStBl. II 1980, 439, betr. Verwertungs- und Absatzgenossenschaft; v. 1.10.1981 – IV R 147/79, BStBl. II 1982, 250, betr. Weidegenossenschaft; auf andere Kapitalbeteiligungen RFH v. 23.5.1933, RStBl. 1933, 1006; BFH v. 14.10.1966 – III 281/63, BStBl. III 1967, 82; FG Münster v. 11.6.1990, EFG 1991, 455, rkr. sind ebenfalls als land- und forstwirtschaftliche BE zu erfassen, soweit die Beteiligung zum BV gehört. Dabei ist unerheblich, ob sich die Beteiligung als notwendiges oder gewillkürtes BV darstellt (zur Möglichkeit von gewillkürtem BV bei LuF: BFH v. 28.10.1982 – IV R 73/81, BStBl. II 1983, 106). Erträge aus der

Beteiligung an Jahnschaften (zum Begriff s. § 3 KStG Anm. 35) sind beim Landwirt den Einkünften aus LuF zuzurechnen (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7); anders noch BFH v. 5.9.1963 – IV 213/58 S (BStBl. III 1964, 117) bei Jahnschaften im Bereich des Olper Forstgesetzes v. 3.8.1897 (Preuß. Ges. Slg. 1897, 283).

III. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb

653 1. Betriebsveräußerung gegen Kaufpreisraten

Bei der Veräußerung eines Betriebs (Teilbetriebs) gegen Kaufpreisraten geht nach der Rspr. die Kaufpreisforderung in das Privatvermögen des Veräußerers über, ohne dass es einer weiteren Entnahmehandlung bedarf (BFH v. 23.11.1967 – IV R 173/67, BStBl. II 1968, 93; v. 24.9.1976 – I R 41/75, BStBl. II 1977, 127; v. 19.1.1978 – IV R 61/73, BStBl. II 1978, 295; v. 26.6.1985 – IV R 22/83, BFH/NV 1987, 24; s. hierzu mwN § 16 Anm. 305). Folgt man dieser Ansicht, so gehören die in den Kaufpreisraten oder -renten enthaltenen Zinsanteile zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 7). Damit entspricht die Besteuerung der Kaufpreisraten der stl. Behandlung der Ertragsanteile einer betrieblichen Veräußerungsrente nach vorangegangener Besteuerung des Veräußerungsgewinns: die Ertragsanteile werden in diesem Fall nach allgemein anerkannter Auffassung stl. nicht als Gewinneinkünfte erfasst. Verlangt man dagegen für den Übergang der Kaufpreisforderung eine ausdrückliche oder konkludente Entnahmehandlung und fehlt es daran im Einzelfall, so verbleibt die Forderung im BV verhaftet; die Zinsanteile gehören in diesem Fall zu den (nachträglichen) Einnahmen aus Gewerbebetrieb.

654 2. Abgrenzung gewerblicher Kapitalanlage von privater Vermögensverwaltung

Die entgeltliche Kapitalüberlassung und der An- und Verkauf von Wertpapieren oder Kapitalbeteiligungen führen grds. nicht zu einer gewerblichen Betätigung, sondern sind private Vermögensverwaltung mit der Folge, dass die Erträge aus Kapitalvermögen nicht zu den gewerblichen Einkünften gehören. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn die Anlagegeschäfte mit großem, uU fremdfinanzierten, Kapital und einer gewissen Häufigkeit durchgeführt werden (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 6.3.1991 – X R 39/88, BStBl. II 1991, 631; WEBER, DStZ 1991, 353). Er gilt auch für Angehörige der mit der Kapitalanlage befassten Verkehrskreise, wie Mitarbeiter von Banken, Sparkassen, Börsen, Brokerunternehmen, Investment- und Vermögensbetreuungsgesellschaften (BFH v. 15.2.1966 – I R 95/63, BStBl. III 1966, 274; v. 11.7.1968 – IV 139/63, BStBl. II 1968, 775; v. 2.9.2008 – X R 14/07, BFH/NV 2008, 2012). Die von der Rspr. für den gewerblichen Grundstückshandel entwickelten Grundsätze zum Merkmal der Nachhaltigkeit gelten auch für die Abgrenzung des gewerblichen Wertpapierhandels von der privaten Vermögensverwaltung (BFH v. 9.10.1992 – III R 9/89, BFH/NV 1994, 80). Die berufliche Nähe eines Stpfl. zu Kapitalanlagegeschäften, das Ausnutzen beruflicher Erfahrungen, Kenntnisse und Verbindungen können aber – in Zusammenhang mit anderen Umständen – als Indizien für eine nicht mehr als privat anzusehende Vermögensverwaltung, sondern für eine gewerbliche Betätigung angesehen werden. Die Art der beruflichen Tätigkeit eines Stpfl. macht für sich betrachtet aus

der privaten Kapitalanlage allerdings noch keinen Gewerbebetrieb (BFH v. 11.7.1968 – IV 139/63, BStBl. II 1968, 775). Selbst die Anlage hoher Summen bei häufigem An- und Verkauf von Wertpapieren und wechselndem Depotbestand über einen längeren Zeitraum verliert den privaten Charakter nicht, wenn die Anlagegeschäfte – wie im Privatbereich üblich – unter Einschaltung einer Bank oder Sparkasse abgewickelt werden (BFH v. 2.4.1971 – VI R 149/67, BStBl. II 1971, 620). Lassen allerdings die Art der Geschäfte (überwiegend Trading-Aktionen) und der Wertpapierbestand darauf schließen, dass der Stpfl. nicht in erster Linie die Absicht hatte, Erträge (Zinsen, Dividenden) zu erzielen, sondern durch Verwertung seiner Wertpapiere zu nicht stbaren Wertsteigerungen (Kursgewinnen) zu kommen, so liegt die Annahme einer gewerblich ausgerichteten Vermögensverwaltung nahe (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 31.7.1990 – I R 173/83, BStBl. II 1991, 66). Die Grenze privater Vermögensverwaltung wird beim Handel mit Wertpapieren nach der Rspr. jedenfalls dann überschritten, wenn jemand bei den Wertpapiergeschäften kein eigenes Vermögen einsetzt, sondern durch Inanspruchnahme von Krediten lediglich Kursdifferenzen aus An- und Verkaufspreisen realisiert und dabei berufliche Kenntnisse als Bankangestellter ausnutzt (BFH v. 9.10.1992 – III R 9/89, BFH/NV 1994, 80, zu Devisentermingeschäften).

Abgrenzung nach der neueren Rechtsprechung: Bezogen auf den An- und Verkauf von Wertpapieren kommt nach der Rspr. als Maßstab für die Abgrenzung zwischen Gewerblichkeit und Vermögensverwaltung die Tätigkeit des Händlers in Betracht. Damit gewinnen Merkmale der Professionalität eine besondere Bedeutung (BFH v. 30.7.2003 – X R 7/99, BStBl. II 2004, 408, unter II.2.d). Für die Tätigkeiten am Kapitalmarkt haben sie sich im Gesetz über das Kreditwesen (KredWG) und ergänzend im WpHG niedergeschlagen. Aus diesen normativen Vorgaben hat der BFH in seinem Ur. v. 30.7.2003 – X R 7/99 unter II.2.f, g (BStBl. II 2004, 408), Kriterien abgeleitet, die von hoher Indizwirkung für das Vorliegen einer gewerblichen Wertpapierhandelstätigkeit iSd. § 15 Abs. 2 EStG sind und denen bei der Würdigung des Gesamtbildes der Verhältnisse eine maßgebende Bedeutung zukommt.

► *Tätigwerden für fremde Rechnung:* So ist für das Wertpapierhandelsunternehmen ein Tätigwerden „für andere“ (§ 1 Abs. 1a Satz 1 KredWG), vor allem ein Tätigwerden „für fremde Rechnung“ (so ausdrücklich § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KredWG) kennzeichnend. Dies entspricht der bisherigen Rspr., die schon früh dem Merkmal des Tätigwerdens für fremde Rechnung besonderes Gewicht im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung beigemessen hat (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 29.10.1998 – XI R 80/97, BStBl. II 1999, 448, unter II.2.b, u. v. 24.8.2000 – V R 9/00, unter II.3. f. (BStBl. II 2001, 706).

Umgekehrt deutet ein Tätigwerden ausschließlich für eigene Rechnung darauf hin, dass der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten wird (BFH v. 19.2.1997 – XI R 1/96 unter II.1.b, BStBl. II 1997, 399).

Indizien gegen private Vermögensverwaltung: Ob im Einzelfall von einer privaten oder gewerblichen Vermögensverwaltung auszugehen werden muss, kann nur anhand aller Umstände des konkreten Anlageverhaltens, der Art der abgeschlossenen Geschäfte und der Person des Stpfl. beurteilt werden. Dabei verbietet sich eine typisierende Betrachtungsweise. Für eine gewerbliche Betätigung können folgende Umstände sprechen:

- Intensität der Organisation der Anlagetätigkeit, zB das Unterhalten eines Büros, die Beschäftigung von Angestellten, regelmäßige Börsenbesuche uä. (BFH

- v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 2.4.1971 – VI R 149/67 BStBl. II 1971, 620; v. 11.7.1968 – IV 139/63, BStBl. II 1968, 775; HARENBERG/IRMER, Rn. 43);
- Ausnutzung eines bestimmten Marktes unter Einsatz beruflicher Kenntnisse und Erfahrungen (BFH v. 4.3. 1980 – VIII R 150/76 aaO);
 - Nähe der Anlagetätigkeit zu einer gleichartigen, bereits ausgeübten beruflichen Tätigkeit (BFH v. 11.7.1968 – IV 139/63 aaO);
 - zweifelhafte Aussonderung einzelner, als privat gekennzeichnete Anlagegeschäfte aus den im Übrigen gewerblich getätigten Geschäften (BFH v. 11.7.1968 – I V 139/63 aaO);
 - Werbung für Kapitalanlagegeschäfte in der Öffentlichkeit (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76 aaO);
 - häufige Kapitalüberlassung an Privatpersonen anstelle von Einlagen bei Banken oder Sparkassen (BFH v. 11.7.1968 – IV 139/63 aaO);
 - Kapitalanlagegeschäfte, zB An- und Verkauf von Wertpapieren, unter Einsatz erheblicher Kreditmittel (BFH v. 4.3.1980 – VIII 150/76 aaO; v. 9.10.1992 – III R 9/89 aaO);
 - häufiger An- und Verkauf von Wertpapieren innerhalb kurzer Zeiträume, die vermuten lassen, dass nicht die Erzielung von Erträgen, sondern die Realisierung von Wertsteigerungen im Vordergrund steht.
 - Erwerb von Wertpapieren in der Absicht, sie alsbald wieder zu veräußern (BFH v. 31.7.1990 – I R 173/83, BStBl. II 1990, 1966; v. 4.3.1980 – VIII R 150/76 aaO).

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- ▷ *Ankauf von Wertpapieren kurz vor dem Einlösungstermin*: Werden festverzinsliche Anleihen in großem Umfang unter Inanspruchnahme erheblicher Kredite kurz vor ihrem Einlösungstermin erworben, um die Differenz zwischen dem Kaufkurs und dem Einlösungsbetrag stfrei zu realisieren, so kann eine gewerbliche Betätigung vorliegen (BFH v. 31.7.1990 – I R 133/83, BStBl. II 1991, 66; KESSLER, FR 1991, 318; WEBER, DSz 1991, 353).
- ▷ *Aktienkauf mit Optionsverpflichtung*: Der An- und Verkauf von Aktien auf eigene Rechnung in untrennbarem Zusammenhang mit einer Optionsvereinbarung und Wiederkaufverpflichtung unter Kreditvermittlung kann eine gewerbliche Betätigung begründen (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76 aaO).
- ▷ *Börsenmakler* können neben ihrer gewerblichen Tätigkeit auch private Anlagegeschäfte betreiben, wenn diese Geschäfte äußerlich erkennbar als Privatgeschäfte behandelt werden und sie in Art und Umfang nach der Verkehrsauffassung als private Vermögensverwaltung angesehen werden (BFH v. 11.7.1968 – IV 139/63 aaO).
- ▷ *„Durchbandeln“ eines Rentenhändlers*: Ein Händler, der nachhaltig in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Anleihen unter Ausnutzung seiner beruflichen Möglichkeiten erwirbt und sie überwiegend taggleich unter Ausschaltung jeglichen Kursrisikos wieder veräußert, ist gewerblich tätig (BFH v. 6.3.1991 – X R 39/88, BStBl. II 1991, 631).
- ▷ *Kapitalbeteiligungszweck*: Einflussnahme auf die KapGes. führt allein nicht zum Gewerbebetrieb (BFH v. 4.3.1980 – VIII 150/76 aaO).
- ▷ *Pfandbriefgeschäfte durch Bankangestellte* unter gezielter Ausnutzung des sog. grauen Marktes können die Annahme einer gewerblichen Betätigung rechtfertigen (BFH v. 2.4.1971 – VI R 149/67, BStBl. II 1971, 620).

- ▷ *Wertpapiergeschäfte eines Bankiers*, die üblicherweise zu seinen Bankgeschäften gehören, sind keine private Vermögensverwaltung mehr, wenn er die Mittel für diese Geschäfte häufig dem Betrieb entnimmt, die Geschäfte über seine Bank abwickelt und die Erlöse alsbald wieder in den Betrieb zurückführt (BFH v. 19.1.1977 – I R 10/74, BStBl. II 1977, 287).

Einstweilen frei.

655–657

IV. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit

658

Einnahmen aus Kapitalvermögen sind als BE aus selbstständiger Tätigkeit (§ 18) zu erfassen, wenn das Kapitalvermögen zum notwendigen oder gewillkürten BV des selbstständig tätigen Stpfl. gehört. Steht eine Beteiligung an einer KapGes. in engem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der selbstständigen Tätigkeit und ist der Betrieb der KapGes. einer selbstständigen Tätigkeit nicht wesensfremd, so kann die Beteiligung zum gewillkürten BV gehören. Gewinnausschüttungen aus einer solchen Beteiligung sind den Betriebseinnahmen zuzuordnen (BFH v. 14.11.1972 – VIII R 100/69, BStBl. II 1973, 289).

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- ▷ *Ausschüttungen auf Beteiligung eines Architekten an einer Bauträger-AG* sind bei den Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit zu erfassen (BFH v. 14.1.1982 – IV R 168/78, BStBl. II 1982, 345).
- ▷ *Beteiligung eines Ingenieurs* an einer GmbH zur Ingenieurberatung und Anlagenplanung gehört zum BV (BFH v. 11.3.1976 – IV R 185/71, BStBl. II 1976, 380).
- ▷ *Beteiligung eines Baustatikers* an einer Wohnungsbau-AG ist Betriebsvermögen (BFH v. 23.11.1978 – IV R 146/75, BStBl. II 1979, 109).
- ▷ *Beteiligung eines Steuerberaters an einer KapGes.*, deren Geschäftsbetrieb der Steuerberatung wesensfremd ist, stellt kein BV dar (BFH v. 22.1.1981 – IV 107/77, BStBl. II 1981, 564).
- ▷ *Darlehensförderung eines Wirtschaftsberaters an einen Fabrikanten* gegen Gewährung einer Beteiligung an den Verkaufserlösen der vom ihm hergestellten Produkte gehört nicht zum BV (BFH v. 11.1.1966 – I 53/66, BStBl. III 1966, 218).
- ▷ *Erträge aus Geldgeschäften des Selbständigen*, wie zB Darlehens- oder Bürgschaftsgeschäfte, sind idR nicht als Betriebseinnahmen einzuordnen (BFH v. 15.7.1966 – IV 52/53, BStBl. III 1966, 591; v. 11.7.1976 – IV R 185/71 aaO; v. 24.8.1989 – IV R 80/88, BStBl. II 1990, 17). Das gilt uE selbst dann, wenn die Darlehen an Mandanten oder Kunden vergeben werden, um von diesen Aufträge im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit zu erlangen (aA KSM/F. DÖRSCHE, § 20 Rn. Q 25), weil die entgeltliche Kapitalüberlassung im Vordergrund steht und die Einkunftsart „selbstständige Tätigkeit“ verdrängt. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Darlehensförderung zur Sicherung des Honoraranspruchs begründet wird. Hier gehört die Kapitalforderung zum notwendigen BV der selbstständigen Tätigkeit (BFH v. 22.4.1988 – VIII R 236/77, BStBl. II 1988, 571). Die Erträge sind BE im Rahmen des § 18.

V. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung

Kapitalerträge iSv. Abs. 1 oder 2 sind nach Abs. 8 im Rahmen der Einkünfte aus VuV zu erfassen, sofern sie den Tatbestand des § 21 erfüllen. Die Einnahmen müssen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Vermietung oder Verpachtung der unter § 21 fallenden WG stehen.

Bausparzinsen sind grds. bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 7) anzusetzen (BFH v. 12.9.1985 – VIII R 306/81, BStBl. II 1986, 252). Guthabenzinsen aus einem Bausparvertrag sind nach Wegfall der Nutzungswertbesteuerung regelmäßig Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen. Dies kann ausnahmsweise anders sein, wenn das Bausparguthaben über einen sog. Auffüllungskredit fremdfinanziert wird (BFH v. 8.12.1992 – VIII R 78/89, BStBl. II 1993, 301). Steht das Bausparguthaben dagegen in engem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks, eines Gebäudes oder der Herstellung, Anschaffung, Reparatur oder dem Ausbau eines Gebäudes, und dienen Grundstück oder Gebäude der Erzielung von Einkünften aus VuV, so sind die Bausparzinsen entsprechend der Nachrangigkeit der Kapitaleinkünfte den Einkünften iSd. § 21 zuzuordnen; hM: BFH v. 9.11.1982 – VIII R 188/79, BStBl. II 1982, 172; v. 8.2.1983 – VIII R 163/81, BStBl. II 1983, 355; v. 8.12.1992 – VIII R 78/89, BStBl. II 1993, 301; MITTMANN, FR 1983, 344. Der wirtschaftliche Zusammenhang wird idR dadurch dokumentiert, dass das Bausparguthaben in zeitlichem Zusammenhang mit der Finanzierung einer der beschriebenen, zu Einkünften nach § 21 führenden Maßnahmen steht (BFH v. 9.11.1982 – VIII 188/79 aaO).

Prozesszinsen auf erstattete Grunderwerbsteuer sind keine Einnahmen aus VuV. Sie gehören zu den Einnahmen iSv. Abs. 1 Nr. 7 (BFH v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 1986, 557).

Verzugszinsen auf rückständige Miete oder Nebenkosten gehören ebenfalls zu den Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 7

Zinserträge aus der Anlage vereinnahmter Mieten gehören im Allgemeinen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, weil die verzinsliche Anlage nicht mehr im Zusammenhang mit der Vermietung steht und deswegen nicht hinter den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zurücktritt. Die Kapitalanlage ist unter diesen Umständen vielmehr als Einkommensverwendung anzusehen, durch die ein eigener Besteuerungstatbestand verwirklicht wird (BFH v. 15.3.2000 – I R 69/99, BStBl. II 2000, 355; v. 18.11.1980 – VIII R 194/78, BStBl. II 1981, 510).

Zinsen aus der Anlage der Instandhaltungsrücklage sind bei einer vermieteten Immobilie Einnahmen aus VuV. Wird die Immobilie selbst genutzt liegen Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 vor.

Zinsen auf Enteignungsschädigungen sind bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 8) zu erfassen. Nach der Rspr. sind Einnahmen gem. Abs. 8 alle Vermögensmehrungen zu erfassen, die sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Entgelte für die Kapitalüberlassung darstellen (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735; v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 13.8.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; v. 10.3.1992 – VIII R 66/89, BStBl. II 1992, 1032; v. 2.3.1993 – VIII R 13/91, BStBl. II 1993, 602; v. 14.6.1994 – VIII R 14/93, BFH/NV 1995, 379).

Zinsen auf Rentennachzahlung: Von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte im Zusammenhang mit Rentennachzahlungen gezahlte Zinsen gem. § 44 Abs. 1 SGB I unterliegen der Stpfl. nach Abs. 1 Nr. 7. Dass mit der Zinszahlung Nachteile ausgeglichen werden sollen, die der Berechtigte durch die verspätete Zahlung der Sozialleistungen erleidet, steht dem nicht entgegen (BFH v. 13.11.2007 – VIII R 36/05, BStBl. II 2008, 292).

VI. Rechtsfolgen

660

Sind die entgeltliche Kapitalanlage und der An- und Verkauf von Wertpapieren oder Kapitalbeteiligungen als gewerbliche Betätigung anzusehen, so sind die aus dem Kapitalvermögen erzielten Erträge nicht den Einkünften iSd. § 20, sondern den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen.

Gewinnermittlung: Stpfl., die mit ihren Anlagegeschäften den Bereich der privaten Vermögensverwaltung überschreiten, haben ihren Gewinn nach §§ 4 ff. zu ermitteln. Die Vorschrift über den Sparer-Pauschbetrag (Abs. 9) ist nicht anzuwenden. Abs. 1 Nr. 1 Satz 3, Nr. 2 und sind auch anzuwenden, wenn die Gewinnanteile nach Abs. 8 zu den gewerblichen Einkünften gehören.

Kapitalertragsteuerabzug: Die Zuordnung der Kapitalerträge zu einer bestimmten Einkunftsart hat keinen Einfluss auf den Abzug von KapErtrSt. Der KapErtrStAbzug ist unabhängig von der Qualifikation der Einkünfte (§ 43 Abs. 4) in jedem Fall vorzunehmen. Der StSatz beträgt einheitl. 25 %. Die KapErtrSt. hat allerdings außerhalb des § 20 keine Abgeltungswirkung. Die Erträge müssen trotz des StAbzugs erklärt werden. Im Rahmen der vorrangigen Einkunftsart sind bei der Gewinnermittlung die Bruttoeinnahmen (ausgezahlte Kapitalerträge einschließlich abzogener KapErtrSt.) anzusetzen.

Einstweilen frei.

661–669

VII. Subsidiarität gegenüber den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit?

670

Abs. 8 enthält keine Regelung über das Verhältnis der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu den Einkünften nichtselbständiger Arbeit (§ 19), obgleich es auch zwischen diesen beiden Einkunftsarten zu Überschneidungen kommen kann. Auszugehen ist in einem solchen Fall davon, dass Kapitalerträge iSd. Abs. 1 und 2 nicht bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu erfassen sind, wenn sie durch ein Arbeitsverhältnis veranlasst sind (GILROY, DStZ 1989, 71). Maßgebend ist für die Zuordnung, welche Einkunftsart im Vordergrund steht und dadurch die andere Einkunftsart verdrängt (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83, BStBl. II 1990, 532; v. 28.6.2007 – VI B 23/07, BFH/NV 2007, 1870; o.V., HFR 1990, 428; v. BORNHAUPT, FR 1989, 423; DERS., BB 1990, 1398; LEU, DStZ 1990, 589).

Verzugszinsen auf verspätet ausgezahlten Arbeitslohn sind nicht durch das Arbeitsverhältnis veranlasst und gehören deshalb zu den Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 7 (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83 aaO; FG Nürnberg, v. 27.6.1978, EFG 1979, 23, rkr.).

Zinsen aus Arbeitnehmer-Darlehen an den Arbeitgeber sind grds. unter Abs. 1 Nr. 7 zu erfassen. Etwas anderes gilt uE allerdings dann, wenn das Darlehen dem ArbG gewährt wurde, um den eigenen Arbeitsplatz und damit Einnahmen aus nicht selbständiger Arbeit zu sichern und zu erhalten. In diesem Fall ist

die Darlehensgewährung in erster Linie durch das Arbeitsverhältnis veranlasst, weshalb die Einkunftsart Kapitalvermögen zurücktritt (aA BFH v. 19.10.1982 – VIII R 97/79, BStBl. II 1983, 295). Der Vorrang des § 19 ergibt sich uE konsequenterweise aus der Entscheidung des BFH v. 7.5.1993 – VI R 38/91 (BStBl. II 1993, 663), nach der das im Konkurs des ArbG verlorengegangene Darlehen des ArbN – unabhängig von der Höhe der Verzinsung – als WK bei den Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit abziehbar ist, wenn der ArbN mit der Darlehenshingabe den eigenen Arbeitsplatz sichern wollte und der ArbG von herkömmlichen Kreditgebern keine Darlehen mehr erlangen konnte.

Prozesszinsen, die nach einem Arbeitsgerichtsprozess gezahlt werden, führen zu Erträgen aus sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 EStG (BFH v. 5.8.2008 – VIII R 50/05, BStBl. II 2008, 868; v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 1986, 557).

Erträge aus Aktien des Arbeitgebers: Nur ausnahmsweise kann die Annahme in Betracht kommen, dass der AN mit dem Erwerb einer Beteiligung nicht die mit der Stellung als Gesellschafter verbundenen Rechte (dazu BFH v. BStBl. III 1961, 431, u. v. 12.5.1995 – VI R 64/94, BStBl. II 1995, 644; FG Köln v. 22.11.2001, DStRE 2002, 337, rkr.; FG Hamb. v. 8.3.2002, EFG 2002, 962, rkr.), sondern nahezu ausschließlich die Sicherung seines bestehenden oder die Erlangung eines höherwertigen Arbeitsplatzes erstrebt. Gewinnausschüttungen an den AN aus einer Unternehmensbeteiligung sind daher grds. den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzuordnen (BFH v. 5.4.2006 – IX R 111/00, BStBl. II 2006, 654).

Einkünfte des Gesellschaftergeschäftsführers: Zinsen aus der darlehensweisen Kapitalüberlassung durch den angestellten GesGf. an die Gesellschaft können sowohl den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 7) als auch den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19) zugerechnet werden. Eine nicht nur unbedeutende Kapitalbeteiligung des Gf. spricht regelmäßig dafür, dass die Kapitalüberlassung nicht durch das Arbeits-, sondern durch das Kapitalbeteiligungsverhältnis veranlasst ist (BFH v. 20.12.1988 – VI R 55/84, BFH/NV 1990, 23; v. 15.5.1991 – VI R 48/88, BStBl. II 1991, 758; v. 11.2.1993 – VI R 4/91, BFH/NV 1993, 645). Die Zinserträge sind in diesem Fall den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzuordnen. Nur ausnahmsweise ist § 19 vorrangig. Im Einzelfall sind folgende Abgrenzungskriterien zu beachten:

- Höhe der Kapitalbeteiligung;
- Höhe der Einnahmen aus dem Arbeitsverhältnis im Verhältnis zur Vermögenslage der Gesellschaft;
- Renditeerwartung und -entwicklung;
- Konsequenzen aus einer Darlehensverweigerung.

Je höher im Einzelfall die Kapitalbeteiligung des Stpfl. ist und je gravierender sich eine Verweigerung der Darlehenshingabe auf die Gesellschafterstellung auswirken würde, desto eher ist die wirtschaftl. Veranlassung des Darlehensverhältnisses der Gesellschafterebene zuzurechnen. Die Zinserträge sind dann bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu erfassen (BFH v. 14.5.1991 – VI R 48/88, BStBl. II 1991, 111). Diese Abgrenzungskriterien kommen auch dann zum Tragen, wenn ArbN der Gesellschaft nicht der Gesellschafter, sondern sein Ehegatte ist (BFH v. 14.5.1991 – VI R 48/88 aaO).

Bezüge aus Vermögensbeteiligungen iSd. § 19a sind beim AN keine Einnahmen iSd. § 19, sondern Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7.

VIII. Subsidiarität gegenüber den sonstigen Einkünften

671

Die Subsidiaritätsregel des Abs. 8 umfasst nicht die sonstigen Einkünfte iSv. § 22. Die in § 22 behandelten sonstigen Einkünfte haben als Ergänzungstatbestand mit Ausnahme der Regelung in § 22 Nr. 1a und Nr. 4 subsidiären Charakter. Das bedeutet, dass beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 22 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 und gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen einer anderen Einkunftsart, die letztere den Vorrang hat; s. § 22 Anm. 20. Die Besteuerung nach § 20 geht also dem § 22 Nr. 1 vor.

Ertragsanteile aus Leibrentenzahlungen: Bezieht ein Stpfl. aufgrund eines Rentenversicherungsvertrages gegen Einmalbeitrag auf Lebenszeit sowohl eine garantierte „Grundrente“ als auch eine nicht garantierte „Bonusrente aus der Überschussbeteiligung“, so sind beide Bestandteile der wiederkehrenden Bezüge einheitlich zu beurteilen und trotz der durch die fehlende Gleichmäßigkeit der Leistungen bedingten Nichterfüllung des Leibrentenbegriffs lediglich mit ihrem Ertrags- bzw. Zinsanteil der Einkommensbesteuerung zu unterwerfen. Der BFH hat in der Entscheidung v. 20.6.2006 – X R 3/06 (BStBl. II 2006, 870) – auf Grund fehlender Einkünfterzielungsabsicht – offen gelassen, ob die Renteneinnahmen insgesamt den sonstigen Einkünften iSv. § 22 Nr. 1 zuzuordnen sind und der sich in den Gesamteinnahmen enthaltene Ertragsanteil nach der Tabelle in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a bemisst oder ob in diesen Einnahmen enthaltene Zinsanteile dem Grunde nach Einkünfte aus Kapitalvermögen iSv. Abs. 1 Nr. 7 sind, deren Höhe aus Vereinfachungsgründen in sinngemäßer Anwendung der Ertragsanteilstabelle in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a oder nach finanz- bzw. versicherungsmathematischen Grundsätzen zu ermitteln ist. UE erfüllen die Ertragsanteile die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 7 nicht; sie sind deshalb als sonstige Einkünfte (§ 22 Nr. 1) zu versteuern.

Zinsanteile aus wiederkehrenden Leistungen in schwankender Höhe: s. Anm. 835.

Renten aus Rentenschulden: s. Anm. 710.

Einstweilen frei.

672

IX. Besonderheiten bei beschränkter Steuerpflicht

673

Für den Bereich der beschränkten StPfl. ist bei der Zuordnung von Einnahmen aus Kapitalvermögen zu differenzieren. Fallen Einnahmen iSv. Abs. 1 und 2 im Rahmen von beschränkt stpfl. Einkünften aus LuF, Gewerbebetrieb, selbstständiger Tätigkeit oder VuV an (§ 49 Abs. 1 Nr. 1–3 und 6), so sind sie auch dann diesen Einkunftsarten zuzurechnen, wenn es sich um andere Einkünfte handelt als solche, die in § 49 Abs. 1 Nr. 5 (besondere Inlandsanknüpfung) aufgeführt sind (RFH v. 5.7.1927, RFHE 21, 281).

Beispiel: Diskontbeträge von Wechseln sowie Zinsen aus einer nicht dinglichen gesicherten Darlehensforderung werden in § 49 Abs. 1 Nr. 5 nicht genannt. Sie gehören aber zu den beschränkt stpfl. Einkünften aus Gewerbebetrieb, wenn sie in einer inländischen gewerblichen Betriebsstätte des beschränkt Stpfl. anfallen.

Andererseits schließt die Zugehörigkeit von Kapitalerträgen iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 5 zu einem ausländ. BV – insbes. zu einem ausländ. Gewerbebetrieb, für den im Inland weder eine Betriebsstätte noch ein ständiger Vertreter unterhalten wird – die Erfassung der Kapitalerträge nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 nicht aus (RFH v. 7.2.1929, RStBl. 1929, 193; BFH v. 28.3.1984 – I R 129/79, BStBl. II 1984,

629; v. 6.2.1985 – I R 87/84, BFH/NV 1985, 104; v. 13.4.1994 – I R 97/93, BStBl. II 1994, 743).

Soweit DBA anzuwenden sind, gehen diese den Regelungen nach § 49 vor (s. § 49 Anm. 41).

674

C. Keine Anwendung des Abs. 4a (Abs. 8 Satz 2)

Der mit dem JStG 2009 eingefügte Satz 2 schließt die Anwendung des Abs. 4a dann aus, wenn die Kapitalerträge nach der Konkurrenznorm des Abs. 8 Satz 1 nicht den privaten Kapitaleinkünften, sondern anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind. Abs. 4a enthält eine Reihe von Sondertatbeständen, die der Vereinfachung des StAbzugs dienen, mit dem die ESt. auf Kapitalerträge abgegolten ist. Sind die Kapitalerträge dagegen nicht dem Privatbereich zuzuordnen, findet zwar gleichwohl ein StAbzug statt, dieser hat aber keine Abgeltungswirkung. Insofern ist es folgerichtig, die Sonderregelungen des Abs. 4a aus dem Bereich der anderen Einkunftsarten explizit auszuschließen und sicherzustellen, dass die Vorschrift nur bei privaten Kapitalerträgen Anwendung findet. Der Ausschluss des Abs. 4a gilt gleichermaßen für Beteiligungsverkäufe, bei denen die Voraussetzungen des § 17 erfüllt sind (FinAus. BTDrucks. 16/11108, 21).

675–679 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 9: Sparer-Pauschbetrag

Schrifttum: WALTER, Risiko des „Familiensplitting“ bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DStZ 1992, 236; ZEITLER, Neuregelung der Zinsbesteuerung ab 1993, DStZ 1992, 513; BIRK, Neuregelung der Zinsbesteuerung – Zur verfassungsrechtlichen Problematik des Zinsabschlaggesetzes, StVj. 1993, 97; SCHULTZ, Auswirkungen des Standortsicherungsgesetzes und des Gesetzes zum föderalen Konsolidierungsprogramm auf die nationale und internationale Steuerplanung, DB 1993, 2193; SCHULZE ZUR WIESCHE, Angehörigen-darlehen unter Berücksichtigung des Zinsabschlaggesetzes, DB 1993, 1108; STRECK, Besteuerung inländischer und ausländischer Einkünfte aus Kapitalvermögen, DStR 1993, 342; VORWOLD, Zwei-Konten-Modell und neuer Sparerfreibetrag – Ein lohnendes Zinsdifferenzgeschäft, StB 1993, 236; FLICK, Motto 1994: Raus aus der GmbH, rein in die Personengesellschaft, DB 1994, 64; HORLEMANN, Änderung der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen und Abzug ausländischer Quellensteuer gem. § 34c Abs. 2 EStG, DStR 1995, 1535; LICKTEIG, Änderungen der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen und Abzug ausländischer Quellensteuer gem. § 34c Abs. 2 EStG, DStR 1995, 792 und 1536; THURMAYR, Vorgehensweise der Finanzverwaltung bei der Anrechnung ausländischer Quellensteuer bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DB 1996, 1696; BIRK/KULOSA, Verfassungsrechtliche Aspekte der Steuerreform, FR 1999, 433; HARENBERG, Steuersensible Wertpapieranlagen nach der Steuerreform, GStB 1999, 255.

A. Vorbemerkung

680

I. Überblick

Die mit dem UntStReformG 2008 eingeführte Vorschrift ersetzt des bis VZ 2008 geltenden Abs. 4 über den Sparer-Freibetrag, der nunmehr in einem den Freibetrag und den alten WKPauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 2 aF) umfassenden

Sparer-Pauschbetrag aufgegangen ist. Zudem dehnt die Vorschrift das bis 2008 nur für den StAbzug geltende Bruttoprinzip auf die materiell-rechtl. Besteuerung privater Kapitalerträge aus. Ab VZ 2009 sind damit keine tatsächlichen, durch die Erzielung von Kapitalerträgen veranlassten Aufwendungen als WK mehr abziehbar. Durchbrochen wird diese Bruttobesteuerung durch die Abziehbarkeit der Veräußerungskosten bei Kapitalerträgen iSd Abs. 2 und den Glattstellungskosten bei Stillhaltereiinnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 11; zur Verfassungsmäßigkeit der Bruttobesteuerung s. Anm. 8. Im Einzelnen regelt Abs. 9

- ▷ *in Satz 1*, dass bei der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ein Sparer-Pauschbetrag iHv. 801 € abzuziehen ist (1. Satzteil),
- ▷ *in Satz 1*, dass der Abzug tatsächlicher WK ausgeschlossen ist (2. Satzteil),
- ▷ *in Satz 2*, dass bei zusammen zur ESt, veranlagten Ehegatten ein gemeinsamer Sparer-Freibetrag von 1 602 € abzuziehen ist,
- ▷ *in Satz 3*, wird angeordnet, dass der bei einem Ehegatten nicht verbrauchte Freibetrag auf den anderen Ehegatten zu übertragen ist,
- ▷ *in Satz 4*, dass der Abzug des Sparer-Freibetrags und des gemeinsamen Sparer-Freibetrags nach Abzug der WK nicht zu einem Negativbetrag bei den Einkünften aus Kapitalvermögen führen darf.

III. Entwicklung des Freibetrags

681

Grund für die Einführung eines Sparer-Freibetrags: Der Gesetzgeber hielt es 1974 für gerechtfertigt, Kapitalerträge aus einem bestimmten Sockelvermögen stl. „zu schonen“, um die „besonders förderungswürdige eigenverantwortliche Vorsorge der Bürger durch Sparen auch künftig zu erhalten“ (RegE eines EStG 1975, BTDrucks. 7/1470, 220). Parallel zur Einführung eines besonderen Sparer-Freibetrags wurde der ebenfalls in vielen Fällen wie ein Freibetrag wirkende WKPauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 2 aF) von 150 DM auf 100 DM bei ledigen Stpfl. und von 300 DM auf 200 DM bei zusammen veranlagten Ehegatten abgesenkt. Daraus ließ sich erkennen, dass es dem Gesetzgeber mit dem Sparer-Freibetrag nicht in erster Linie um einen Ausgleich für die Geldentwertung ging (aA KSM/F. DÖTSCH, § 20 Rn. R 1). Vielmehr sollte mit der Freistellung von Kapitalerträgen ein besonderer Anreiz zur Bildung von Sparvermögen geschaffen werden.

Erhöhung und Herabsetzung des Freibetrags: Eine massive Erhöhung der Freibeträge auf 6 000 DM/12 000 DM durch das ZinsabschlagG erfolgte als Konsequenz aus der Entscheidung des BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89 (BStBl. II 1991, 654), mit der der Gesetzgeber zu einer umfassenden Neuregelung der Besteuerung der Kapitaleinkünfte verpflichtet wurde. Diese hohen Freibeträge stellten ca. 80 % aller Stpfl. mit Einkünften aus Kapitalvermögen von der Besteuerung ihrer Kapitalerträge frei (BRDrucks. 246/92, 25). Ab VZ 2000 folgte kontinuierlich einer Herabsetzung der Freibeträge auf zuletzt 750 € bzw. 1 500 €. Ab VZ 2009 wurden diese Freibetrag mit dem WKPauschbetrag von 51 € bzw. 102 € zu einem Sparer-Pauschbetrag zusammengefasst.

B. Sparer-Pauschbetrag und Bruttoprinzip (Abs. 9 Satz 1)

682

I. Keine Folgerichtigkeit bei der Umsetzung der Bruttobesteuerung

Begründung der Umstellung: Aus dem Sparer-Freibetrag von bisher 750 € und dem WK-Pauschbetrag von 51 € wurde durch das UntStReformG 2008 ein Sparer-Pauschbetrag von insgesamt 801 €, der „als WK“ erstmals von Kapitalerträge, die in 2009 zufließen, abzuziehen ist. Die Vorschrift über den pauschalen WK-Betrag in § 9a Satz 1 Nr. 2 aF wurde zeitgleich aufgehoben. Der Anwendungsbereich des Abs. 8 beschränkt sich nicht nur auf Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7. Die Freibeträge sind vielmehr bei allen Einnahmearten des Abs. 1 und Abs. 2 abziehbar. So ist der Pauschbetrag zB auch bei Dividendenerträgen, vGA, Stillhalterprämien und sonstigen Vorteilen und Entgelten (Abs. 3) abzuziehen. Ein weitergehender Ansatz von tatsächlichen WK ist dagegen grds. ausgeschlossen. Der Gesetzgeber rechtfertigt diesen Kernpunkt aus der Systemumstellung auf die abgeltende KapErtrSt. damit, dass mit dem niedrigen einheitlichen Proportionalsteuersatz von 25 % sowohl die WK in den oberen Einkommensgruppen als auch mit Typisierung der WK durch die Höhe des Sparer-Pauschbetrags in den unteren Einkommensgruppen die mit Kapitaleinnahmen zusammenhängenden Aufwendungen ausreichend berücksichtigt werden (BTDrucks. 16/14841, 95).

Einkünfteerzielungsabsicht: Aufgrund des beschränkten und pauschalierten WK-Abzug geht die FinVerw. ab 2009 davon aus, dass Kapitalanleger bei der Kapitalanlage regelmäßig mit der Absicht handeln, Überschüsse zu erzielen (BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Tz. 125).

Bruttobesteuerung nicht folgerichtig umgesetzt: Die Regelung in Abs. 9 Satz 1 führt zu einer von dem verfassungsrechtl. gebotenen Nettoprinzip abweichenden, nur durch den Sparer-Pauschbetrag gemilderten Bruttobesteuerung der Einnahmen aus Kapitalvermögen, zumindest soweit sie in Abs. 1 enumerativ aufgezählt sind. Im Gesamtkontext des § 20 ist die Regelung jedoch nicht folgerichtig umgesetzt, denn das Prinzip der Bruttobesteuerung der Kapitalerträge wird nicht durchgehalten. Bereits in Abs. 1 Nr. 6 (Kapital-Lebensversicherungen) und Nr. 11 (Stillhalterprämien) kehrt das Gesetz zu Nettobesteuerung zurück, indem von den Versicherungsleistungen die Beiträge und von den Einnahmen aus Stillhaltergeschäften die Aufwendungen für die Glatstellung, die wirtschaftlich einer Veräußerung der Option entspricht (BFH v. 17.4.2007 – IX R 23/06, BStBl. II 2007, 606), abzuziehen sind. Eine weitere Durchbrechung vollzieht sich im Bereich der Veräußerungsgeschäfte. Hier lässt Abs. 4 ausdrücklich den Abzug von Veräußerungskosten, also WK, zu. Zum vollständigen WK-Abzug kommt es in Abs. 4 Satz 5, nach dem bei der Gewinnermittlung aus der Beendigung eines Termingeschäfts Aufwendungen ohne Beschränkung abziehbar sind, soweit sie mit dem Termingeschäft in einem unmittelbar sachlichen Zusammenhang stehen. Neben dem teilweisen oder vollständigen Abzug der Aufwendungen in Abs. 4 ist der Sparer-Pauschbetrag bei der Einkünfteermittlung zusätzlich abziehbar.

Verfassungsrechtlich bedenklicher Verstoß gegen das Nettoprinzip: Zu den das EStRecht tragenden Grundprinzipien zählt das objektive Nettoprinzip. Danach werden Einnahmen nicht brutto, sondern gemindert um die mit den Einnahmen im Zusammenhang stehende Erwerbsaufwendungen der Besteue-

rung unterworfen (BVerfG v. 2.10.1969 – 1 BvL 12/68, BStBl. II 1970, 140, u. v. 23.1.1990 – 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL 7/87, BStBl. II 1990, 483). Zum objektiven Nettoprinzip hat das BVerfG bisher offen gelassen, ob die Geltung dieses Prinzips auch verfassungsrechtlich geboten ist; jedenfalls aber kann es der Gesetzgeber beim Vorliegen gewichtiger Gründe durchbrechen und darf sich generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen bedienen (BStBl. II 1990, 483). Hiernach entfaltet das objektive Nettoprinzip Bedeutung vor allem im Zusammenhang mit den Anforderungen an hinreichende Folgerichtigkeit bei der näheren Ausgestaltung der gesetzgeberischen Grundentscheidungen. Zu ihnen gehört die Beschränkung des steuerlichen Zugriffs nach Maßgabe des objektiven Nettoprinzips als Ausgangstatbestand der ESt. (BVerfG v. 11.11.1989 – 2 BvL 10/95, BStBl. II 1999, 502); Ausnahmen von der folgerichtigen Umsetzung der mit dem objektiven Nettoprinzip getroffenen Belastungsentscheidung bedürfen eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes (BVerfG in BStBl. II 1999, 502). Die Begründungen zur Einführung der abgeltenden KapErtrSt. wie StVereinfachung, Bürokratieabbau und Stärkung der deutschen Finanzplätze reichen uE als Rechtfertigung der Bruttobesteuerung eben so wenig aus wie der Hinweis auf den vermeintlich niedrigen StStz; aA WERNSMANN, DStR 2009, Beihefter Nr. 34, 101 (103), der dem objektiven Nettoprinzip keinen Verfassungsrang und deshalb dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt. Auf welche Art und Weise und in welcher Höhe im Abgeltungssteuersatz von 25 % typisierend Aufwendungen zur Erzielung von Kapitaleinnahmen und Veräußerungsgewinnen berücksichtigt sind, hat der Gesetzgeber bislang nicht substantiiert dargelegt. Empirische Daten über die Höhe, der mit den einzelnen Kapitaleinnahmen sachlich zusammenhängenden Aufwendungen sind – soweit ersichtlich – nicht vorhanden. Die Frage der Verfassungswidrigkeit wird insbesondere in den Fällen relevant, in denen die Kapitaleinkünfte nicht in das Abgeltungsverfahren, sondern in das Veranlagungsverfahren einbezogen werden. Denn bei den der Abgeltungssteuer unterliegenden Kapitaleinkünften besteht unter bestimmten Voraussetzungen ein Wahlrecht, diese im Rahmen der Veranlagung geltend zu machen. Die KapErtrSt. wird in diesen Fällen um die tarifliche Einkommensteuer zur Ermittlung der festzusetzenden Steuer erhöht. Dabei wird die einbehaltene Abgeltungssteuer angerechnet.

Körperschaften: In den Genuss des Pauschbetrags kommen nicht nur natürliche Personen, sondern auch unbeschränkt stpfl., nicht stbefreite Körperschaften, Personenvereinigungen, Vermögensmassen und nicht rechtsfähige Vereine, soweit sie Einkünfte aus Kapitalvermögen beziehen (BMF v. 27.9.2002, BStBl. I 2002, 1346, Rn. 27 zum Freistellungsverfahren). Unbeschränkt stpfl. und nicht stbefreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen können, wenn sie Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen, nach § 8 Abs. 1 KStG einen Freistellungsauftrag erteilen, wenn das Konto auf ihren Namen lautet und soweit die Kapitalerträge den Pauschbetrag nicht übersteigen. Dies gilt ua. auch für nichtrechtsfähige Vereine (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG), nicht aber für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts. Soweit aber die Einkünfte einer Körperschaft nach § 8 Abs. 2 KStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind, wird der Pauschbetrag nicht gewährt.

683

II. Abzug des Pauschbetrags bei der Ermittlung der Einkünfte (Abs. 9 Satz 1)

„Bei der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen“ ist der Sparer-Pauschbetrag abzuziehen. Die Ermittlung der Einkünfte obliegt seit der Systemumstellung auf die Abgeltungsteuer überwiegend den zum StAbzug verpflichteten Stellen. Die nach § 20 zu versteuernden Einkünfte aus Kapitalvermögen sind also die um den Sparer-Pauschbetrag geminderten Kapitalerträge; zur stl. Bedeutung dieser Regelung s. Anm. 682.

Abzug als Werbungskosten: Der Pauschbetrag ist von den Einnahmen aus Kapitalvermögen „als Werbungskosten“ abzuziehen. Der verbleibende Saldo unterliegt dem StAbzug durch die Kreditinstitute mit dem Abgeltungsteuersatz von 25 %. Werden Kapitaleinkünfte mit der StErklärung erklärt und veranlagt, zB weil der Stpfl. keinen Freistellungsantrag nach § 44a Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 gestellt hat, wird der Pauschbetrag bei der besonderen Veranlagung mit Abgeltungsteuersatz berücksichtigt. Gehen die Kapitaleinkünfte in die allg. VA ein, zB. auf Antrag im Rahmen der Günstigerprüfung (§ 32d Abs. 6 Satz 1) oder in den Ausnahmefällen des § 32d Abs. 2, wird ebenfalls nur der Pauschbetrag abgezogen (s. dazu § 32d Anm. 20 ff. und 80 ff.).

684

III. Gemeinsamer Sparer-Freibetrag für Ehegatten (Abs. 9 Satz 2)

Für Ehegatten, die zur ESt. zusammen veranlagt werden (§§ 26, 26b), wird ein gemeinsamer Sparer-Pauschbetrag von 1602 € gewährt. Werden Ehegatten nicht zusammen veranlagt, so kann jeder einen Sparer-Pauschbetrag von 801 € abziehen; dies gilt insb. für Ehegatten, die besonders oder getrennt veranlagt werden oder die dauernd getrennt leben.

685

IV. Aufteilung des Freibetrags bei Ehegatten (Abs. 8 Satz 3)

Der gemeinsame Freibetrag für zur ESt. zusammen veranlagte Ehegatten (§§ 26, 26b) ist grds. bei jedem Ehegatten zur Hälfte abzuziehen, da die Ehegatten – trotz Zusammenveranlagung – wie zwei Stpfl zu behandeln sind (Abs. 8 Satz 3 Halbs. 1). Kann ein Ehegatte den auf ihn entfallenden Pauschbetrag wegen fehlender Einnahmen nicht voll oder gar nicht in Anspruch nehmen, so erhöht sich insoweit der halbe Pauschbetrag des anderen Ehegatten um den nicht verbrauchten Betrag des anderen (Abs. 8 Satz 3 Halbs. 2). Soweit die Ehegatten ihre Kapitalerträge über ein Bankinstitut beziehen und dort im Wege des Freistellungsauftrags (§ 44a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) den Abzug des Pauschbetrags beantragt haben, nimmt das Bankinstitut die Verrechnung vor. Für Ehegatten, die keinen Freistellungsauftrag erteilt haben, nimmt das FA die Aufteilung bei der Veranlagung vor.

Beispiel: Eheleute A werden zur ESt. zusammen veranlagt. Der Ehemann erzielt Einnahmen aus Kapitalvermögen von 7 500 €. Die Ehefrau hat keine Einnahmen.

	Ehemann	Ehefrau
Einnahmen	7 500 €	0 €
Sparer-Pauschbetrag	./ 801 €	
anteiliger Freibetrag der Ehefrau	./ 801 €	
stpfl. Einkünfte insgesamt	5 899 €	

Beispiel: Die Kapitalerträge des Ehemannes betragen 7 500 €, die der Ehefrau 500 €.

	Ehemann	Ehefrau
Einnahmen	7 500 €	500 €
Sparer-Freibetrag	./. 801 €	801 €
verbleiben	6 699 €	./. 301 €
anteiliger Freibetrag der Ehefrau	./. 301 €	
stpfl. Einkünfte insgesamt:	6 398 €	

Übertragung des Pauschbetrags bei negativen Einnahmen eines Ehegatten: Der nicht ausgenutzte volle oder anteilige Pauschbetrag ist auch dann auf den anderen Ehegatten zu übertragen, wenn ein Ehegatte neg. Kapitalerträge erzielt hat (BFH v. 26.2.1985 – VIII R 125/83, BStBl. II 1985, 547; LAHANN, DStR 1983, 502; HORLEMANN, FR 1983, 220; HORLEMANN, DStR 1983, 678).

Beispiel: Ehemann A erzielt 7 000 € Zinserträge, seine Ehefrau einen Verlust aus Aktiengeschäften 5 000 €.

	Ehemann	Ehefrau
Einnahmen	7 000 €	./. 5 000 €
Sparer-Pauschbetrag	./. 801 €	0 €
Pauschbetrag der Ehefrau	./. 801 €	
stpfl. Einkünfte	5 398 €	./. 5 000 €

Diese ehgattenübergreifende Verrechnung der Pauschbeträge durch die Bank beim StAbzug ist nur möglich, wenn das Konto bei einer Bank geführt und die Ehegatten einen gemeinsamen Freistellungsauftrag in voller Höhe erteilt haben.

V. Sparer-Freibetrag nicht höher als die verrechneten Kapitaleinkünfte 686 (Abs. 9 Satz 4)

Die bisherige Regelung in Abs. 4 aF wird inhaltlich in Abs. 9 Satz 4 fortgeführt. Die Pauschbeträge vermindern sich danach, wenn die nach Abs. 6 verrechneten Einkünfte niedriger sind als der Pauschbetrag. Da im Rahmen des Abs. 6 keine vollständige Verrechnung aller pos. und neg. Kapitaleinnahmen möglich ist (dazu Anm. 611 ff.), zB Verluste aus Aktiengeschäften nicht mit pos. Zinserträgen verrechnet werden können, ist der Sparer-Pauschbetrag unabhängig von der Art der Erträge, bei den jeweils pos. Kapitalerträgen zu berücksichtigen. Der Abzug des Pauschbetrags darf nicht zu neg. Einkünften führen oder diese erhöhen.

Beispiel: Verminderung des Pauschbetrags

Einnahmen aus erhaltenen Zinsen	1 000 €
gezahlte Stückzinsen	./. 500 €
Kapitalerträge insgesamt	500 €
Sparer-Pauschbetrag (801 €)	./. 500 €
Einkünfte aus Kapitalvermögen	0 €

Beispiel: Pauschbetrag trotz insgesamt neg. Kapitaleinnahmen

	Einnahmen aus allgemeinen Kapitaleinnahmen	Einnahmen aus Aktiengeschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)
Zinseinnahmen	9 000 €	
Aktienverkäufen		./.. 10 000 €
Gewinn aus Termingeschäften	1 000 €	
Einnahmen aus Kapitalvermögen	10 000 €	./.. 10 000 €
Sparer-Pauschbetrag	./.. 801 €	
nicht zu verrechnende Einkünfte	9 199 €	./.. 10 000 €

Beispiel: Pauschbetrag bei neg. allg. Kapitalerträgen

	Einnahmen aus allgemeinen Kapitaleinnahmen	Einnahmen aus Aktiengeschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)
gezahlte Stückzinsen	./.. 1 000 €	
Aktienverkäufen		7 000 €
Gewinn aus Termingeschäften	500 €	
Einnahmen aus Kapitalvermögen	./.. 500 €	7 000 €
Sparer-Pauschbetrag		./.. 801 €
nicht zu verrechnende Einkünfte	./.. 500 €	6 199 €

Beispiel: Aufteilung des Pauschbetrags

Einnahmen aus Zinsen	500 €	
Einnahmen aus Aktiengeschäften		500 €
Sparer-Pauschbetrag	./.. 500 €	
Sparer-Pauschbetrag		./.. 301 €
nicht zu verrechnende Einkünfte	0 €	199 €