

§ 32d

Gesonderter Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346) zuletzt geändert durch BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5)

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

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

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

(2) Absatz 1 gilt nicht

1. für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 4 und 7 sowie Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 und 7,
 - a) wenn Gläubiger und Schuldner einander nahe stehende Personen sind, soweit die den Kapitalerträgen entsprechenden Aufwendungen beim Schuldner Betriebsausgaben oder Werbungskosten im Zusammenhang mit Einkünften sind, die der inländischen Besteuerung unterliegen und § 20 Absatz 9 Satz 1 zweiter Halbsatz keine Anwendung findet,
 - b) wenn sie von einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft an einen Anteilseigner gezahlt werden, der zu mindestens 10 Prozent an der Gesellschaft oder Genossenschaft beteiligt ist. ²Dies gilt auch, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge eine dem Anteilseigner nahe stehende Person ist, oder
 - c) soweit ein Dritter die Kapitalerträge schuldet und diese Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers steht. ²Dies gilt entsprechend, wenn Kapital überlassen wird
 - aa) an eine dem Gläubiger der Kapitalerträge nahestehende Person oder
 - bb) an eine Personengesellschaft, bei der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist oder
 - cc) an eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, an der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person zu mindestens 10 Prozent beteiligt ist, sofern der Dritte auf den Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann. ³Ein Zusammenhang ist anzunehmen

men, wenn die Kapitalanlage und die Kapitalüberlassung auf einem einheitlichen Plan beruhen. ⁴Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Kapitalüberlassung in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalanlage steht oder die jeweiligen Zinsvereinbarungen miteinander verknüpft sind. ⁵Von einem Zusammenhang ist jedoch nicht auszugehen, wenn die Zinsvereinbarungen marktüblich sind oder die Anwendung des Absatzes 1 beim Steuerpflichtigen zu keinem Belastungsvorteil führt. ⁶Die Sätze 1 bis 5 gelten sinngemäß, wenn das überlassene Kapital vom Gläubiger der Kapitalerträge für die Erzielung von Einkünften im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4, 6 und 7 eingesetzt wird.

²Insoweit findet § 20 Absatz 6 und 9 keine Anwendung;

2. für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 6 Satz 2. ²Insoweit findet § 20 Absatz 6 keine Anwendung;
3. auf Antrag für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1 und 2 aus einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Steuerpflichtige im Veranlagungszeitraum, für den der Antrag erstmals gestellt wird, unmittelbar oder mittelbar
 - a) zu mindestens 25 Prozent an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist oder
 - b) zu mindestens 1 Prozent an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist und durch eine berufliche Tätigkeit für diese maßgeblichen unternehmerischen Einfluss auf deren wirtschaftliche Tätigkeit nehmen kann.

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

4. für Bezüge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1 und für Einnahmen im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 9, soweit sie das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben; dies gilt nicht, soweit eine verdeckte Gewinnausschüttung das Einkommen einer dem Steuerpflichtigen nahe stehenden Person erhöht hat und § 32a des Körperschaftsteuergesetzes auf die Veranlagung dieser nahe stehenden Person keine Anwendung findet.

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

(4) Der Steuerpflichtige kann mit der Einkommensteuererklärung für Kapitalerträge, die der Kapitalertragsteuer unterlegen haben, eine Steuerfestsetzung entsprechend Absatz 3 Satz 2 insbesondere in Fällen eines

nicht vollständig ausgeschöpften Sparer-Pauschbetrags, einer Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage nach § 43a Absatz 2 Satz 7, eines noch nicht im Rahmen des § 43a Absatz 3 berücksichtigten Verlusts, eines Verlustvortrags nach § 20 Absatz 6 und noch nicht berücksichtigter ausländischer Steuern, zur Überprüfung des Steuereinhalts dem Grund oder der Höhe nach oder zur Anwendung von Absatz 1 Satz 3 beantragen.

(5) ¹In den Fällen der Absätze 3 und 4 ist bei unbeschränkt Steuerpflichtigen, die mit ausländischen Kapitalerträgen in dem Staat, aus dem die Kapitalerträge stammen, zu einer der deutschen Einkommensteuer entsprechenden Steuer herangezogen werden, die auf ausländische Kapitalerträge festgesetzte und gezahlte und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzte ausländische Steuer, jedoch höchstens 25 Prozent ausländische Steuer auf den einzelnen Kapitalertrag, auf die deutsche Steuer anzurechnen. ²Soweit in einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung die Anrechnung einer ausländischen Steuer einschließlich einer als gezahlt geltenden Steuer auf die deutsche Steuer vorgesehen ist, gilt Satz 1 entsprechend. ³Die ausländischen Steuern sind nur bis zur Höhe der auf die im jeweiligen Veranlagungszeitraum bezogenen Kapitalerträge im Sinne des Satzes 1 entfallenden deutschen Steuer anzurechnen.

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

Autor: Dr. Christian **Kühner**, Dipl. Kfm. (FH), Rechtsanwalt/Steuerberater,
Taxius, Nackenheim bei Mainz

Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für
Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 32d

	Anm.		Anm.
I. Grundinformationen zu § 32d	1	2. Zeitlicher Anwendungsbereich der Regelungen	3
II. Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 32d		III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 32d	
1. Rechtsentwicklung	2	1. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersystems	

	Anm.		Anm.
a) Bedeutung des Abgeltungsteuersystems	4	e) Bedeutung des Abgeltungsteuersatzes bei unternehmerischen Beteiligungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3)	12
b) Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersystems	6	f) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Korrespondenzprinzips (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4)	13
2. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Berechnungsformel zur Kirchensteuer bei ausländischer Quellensteuer (Abs. 1 Satz 3)	7	4. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Pflichtveranlagung (Abs. 3)	14
3. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Ausnahmen von der Abgeltungsteuer (Abs. 2)		5. Bedeutung der Wahlveranlagung (Abs. 4)	15
a) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersatzes bei Kapitalerträgen aus Darlehensverträgen unter nahen Angehörigen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a)	8	6. Bedeutung der Berücksichtigung ausländischer Quellensteuern (Abs. 5)	16
b) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersatzes bei Gesellschafterfremdfinanzierung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b)	9	7. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Günstigerprüfung (Abs. 6)	17
c) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersatzes bei Back-to-Back-Finanzierung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c)	10	IV. Geltungsbereich des § 32d	
d) Bedeutung des Abgeltungsteuersatzes bei begünstigten Lebensversicherungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)	11	1. Sachlicher Geltungsbereich	18
		2. Persönlicher Geltungsbereich	19
		3. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	20
		V. Verhältnis des § 32d zu anderen Vorschriften	
		1. Verhältnis zu den Regelungen zur Kapitalertragsteuer des §§ 43 ff.	21
		2. Verhältnis des § 32d zu sonstigen Regelungen	22
		VI. Verfahrensfragen	23

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Abgeltungsteuersatz**

	Anm.		Anm.
I. Gesonderter Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Satz 1)	24	III. Ermäßigung bei Kirchensteuerpflicht (Abs. 1 Sätze 3 bis 5)	26
II. Berücksichtigung anrechenbarer ausländischer Steuern (Abs. 1 Satz 2)	25		

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Ausnahmen vom Abgeltungsteuersatz**

	Anm.		Anm.
I. Regelungsinhalt	29		
II. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs (Abs. 2) – Rechtsfolge	30		
III. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs aufgrund besonderer Beziehungen zwischen Gläubiger der Kapitalerträge und Schuldner (Abs. 2 Nr. 1)			
1. Durch § 32 Abs. 2 Nr. 1 erfasste Kapitalerträge	31		
2. Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a			
a) Konstellation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a	32		
b) Gläubiger und Schuldner als einander nahestehende Personen	33		
c) Korrespondenz der Kapitalerträge mit steuerpflichtigen Einkünften beim Schuldner (Betriebsausgaben oder Werbungskosten)	34		
4. Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b			
a) Konstellation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b	35		
b) Von Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft gezahlt	36		
c) An Anteilseigner oder eine dem Anteilseigner nahestehende Person gezahlt	37		
d) Beteiligungsquote von mindestens 10 %	38		
5. Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c			
a) Relevante Kapitalerträge und Back-to-Back-Finanzierungen	41		
b) Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1)	42		
		c) Kapitalüberlassung im Drei- und Mehrpersonenverhältnis (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2)	
		aa) Einschaltung weiterer Personen	43
		bb) Kapitalüberlassung an eine dem Gläubiger nahestehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa)	44
		cc) Kapitalüberlassung an eine Personengesellschaft, bei der der Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb)	45
		dd) Kapitalüberlassung an eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, an der der Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person zu mindestens 10 % beteiligt ist (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc)	46
		ee) Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger bzw. eine diesem nahestehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2)	47
		ff) Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 3 bis 5)	
		(1) Anwendungsbereich	48
		(2) Positive Tatbestandsmerkmale (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 3 und 4)	49
		(3) Negative Tatbestandsmerkmale (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 5)	50
		gg) Erweiterung der Regelung auf Kapitalüberlassungen, die der Erzielung bestimmter Überschusseinkünfte dienen (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6)	51

	Anm.
6. Rechtsfolgen des Abs. 2 Nr. 1	52
IV. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs bei Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Satz 2 (Abs. 2 Nr. 2)	
1. Relevante Kapitalerträge	55
2. Rechtsfolgen des Abs. 2 Nr. 2	56
V. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen an Kapital-	

	Anm.
gesellschaften (Abs. 2 Nr. 3)	
1. Antrag	58
2. Widerruf des Antrags	59
3. Kapitalerträge aus einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft	60
4. Qualifizierte Beteiligung	61
5. Rechtsfolgen des Abs. 2 Nr. 3	62
VI. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs bezüglich des Korrespondenzprinzips (Abs. 2 Nr. 4)	63

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Pflichtveranlagung**

	Anm.
I. Steuerpflichtige Kapitalerträge	66
II. Nicht der Kapitalertragsteuer unterlegen	67

	Anm.
III. Angabe in der Einkommensteuererklärung	68
IV. Steuertarif (Abs. 3 Satz 2) .	69

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Wahlveranlagung**

	Anm.
I. Anwendung auf Kapitalerträge	72
II. Antrag	73

	Anm.
III. Steuerfestsetzung gem. § 32d Abs. 3 Satz 2 (Abs. 4 Satz 1)	74
IV. Anwendungskatalog	75

**F. Erläuterungen zu Abs. 5:
Ausländische Quellensteuern**

	Anm.
I. Regelungsinhalt	78
II. Anrechnung in Nicht-DBA-Fällen	

	Anm.
1. Verfahrensweise in Nicht-DBA-Fällen	79
2. Allgemeine Voraussetzungen der Anrechnung	80

	Anm.		Anm.
3. Anrechnung	81	III. Anrechnung in DBA-Fällen	82

**G. Erläuterungen zu Abs. 6:
Günstigerprüfung**

	Anm.		Anm.
I. Regelungsinhalt	85	IV. Hinzurechnung zu den Einkünften iSd. § 2 und Anwendung der tariflichen Einkommensteuer	88
II. Antrag	86	V. Günstigerprüfung	89
III. Anwendung auf Kapitalerträge	87		

H. Schluss-ABC 90

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 32d

Schrifttum von 2007–2009: AXER, Abgeltungs- und Veräußerungsgewinnbesteuerung ab 2009, Stbg 2007, 201; BAUMGÄRTEL/LANGE, Einführung einer Abgeltungsteuer, in HERZIG ua. (Hrsg.), Handbuch Unternehmensteuerreform, Münster 2007; BRUSCH, Unternehmensteuerreformgesetz 2008: Abgeltungsteuer, FR 2007, 999; ECKHOFF, Abgeltungsteuer – Steuersystematische und verfassungsrechtliche Aspekte, FR 2007, 989; ENGLISCH, Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungssteuer, StW 2007, 221; FISCHER, Problemfelder bei der Abgeltungsteuer – ein Appell für Korrekturen noch vor 2009, DStR 2007, 1898; HEY, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, 1303; HOMBURG, Die Abgeltungsteuer als Instrument der Unternehmensfinanzierung, DStR 2007, 686; INTEMANN, Einbeziehung von Dividenden in die Abgeltungsteuer verfassungswidrig?, DB 2007, 1658; ORTMANN-BABEL/ZIPFEL, Unternehmenssteuerreform 2008 Teil I: Gewerbesteuerliche Änderungen und Besteuerung von Kapitalgesellschaften und deren Anteilseignern, BB 2007, 1869; RÄDLER, Die Schlechterstellung des inländischen Portfolioaktionärs nach dem Regierungsentwurf und die Reaktionsmöglichkeiten des Aktionärs, DB 2007, 988; SCHÖNFELD, Abgeltungsteuer und Kapitalertragsteuer, in SCHAUMBURG/RÖDDER (Hrsg.), Unternehmensteuerreform 2008, München 2007, 621; SÖHN, Der Dualismus der Einkunftsarten im geltenden Recht, DStJG 30 (2007), 13; STADLER/ELSER, Änderungen bei Einkünften aus Kapitalvermögen, in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, Köln 2007, 32; TIPKE, Steuergerechtigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Folgerichtigkeitsgebots, StW 2007, 201; WEBER-GRELLET, Die Abgeltungsteuer: Irritiertes Rechtsempfinden oder Zukunftschance?, NJW 2008, 545; WENZEL, Ist der Sparer-Pauschbetrag verfassungswidrig?, DStR 2009, 1182.

Schrifttum ab 2010: JOCHUM, Verfassungsrechtliche Grenzen der Pauschalierung und Typisierung am Beispiel der Besteuerung privater Aktiengeschäfte, DStZ 2010, 309; KÄMMERER, Abgeltungsteuer und das Verbot des Werbungskostenabzugs – Dargestellt am Beispiel der Besteuerung von fremdfinanzierten Lebensversicherungen, DStR 2010, 27; KLÜMPEN-NEUSEL, Doppelbesteuerung mit ErbSt und ESt – Keine Anwendung des § 35b EStG bei Abgeltungsteuer, ErbBstg 2010, 97; MUSIL, Abzugsbeschränkungen bei der Ab-

geltungsteuer als steuersystematisches und verfassungsrechtliches Problem, FR 2010, 149; DINKELBACH, Einlagen und Abgeltungsteuer – Gestaltungsmöglichkeiten und Nachbesserungsbedarf, DStR 2011, 945; HEY, Ermittlung von Vermögenseinkünften – Abgeltungsteuer, DStJG 34 (2011), 251; KÜHLING/GÜHNE, Kein Progressionsvorbehalt für Kapitaleinkünfte ab Veranlagungszeitraum 2009, NWB 2011, 226; SCHNEIDER/WESSELBAUM-NEUGEBAUER, Von der Thesaurierungsbegünstigung zum virtuellen Trennungsprinzip, FR 2011, 166; TROSSEN, Verfassungsmäßigkeit der Tarifvorschriften zur Abgeltungsteuer, EFG 2012, 1058; MERTENS/KARRENBROCK, Die Abgeltungssteuer im Kontext des objektiven und subjektiven Nettoprinzips, DStR 2013, 950; RÜD, Ist bei den der Abgeltungsteuer unterliegenden Kirchensteuerpflichtigen weniger ausländische Steuer anzurechnen als bei anderen? – Kritische Überprüfung der gesetzlichen Formel, DStR 2013, 1220; TROSSEN, Verfassungskonforme Auslegung der Günstigerprüfung, EFG 2013, 1045; WEBER-GRELLET, Die Funktion der Kapitalertragsteuer im System der Abgeltungssteuer, DStR 2013, 1357; WORGULLA, Bruttobesteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen und der allgemeine Gleichheitsgrundsatz, FR 2013, 921; KAMPS/GOMES, Werbungskostenabzugsverbot bei Kapitaleinkünften verfassungswidrig?, Stbg 2014, 360; KORN, Geklärte und ungeklärte Fragen zur Abgeltungsteuer für Kapitaleinkünfte, KÖSDI 2014, 18818; LÖBE, Abgeltungsteuersatz bei Darlehen zwischen nahestehenden Personen, NWB 2014, 3955; MORITZ, Abgeltungsteuer bei nahe stehenden Personen und Gesellschafter-Fremdfinanzierung, AktStR 2014, 457; NEU, Verfassungsmäßigkeit des § 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG, EFG 2014, 1006; PODEWILS, Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Kapitalerträge aus Ehegattendarlehen vom Abgeltungsteuersatz, jurisPR-SteuerR 28/2014 Anm. 2; ROSENKE, Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Abgeltungsteuer für Gesellschafterdarlehen, EFG 2014, 1796; WERTH, Aktuelle Rechtsprechung zum Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes nach § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, DStZ 2014, 670; APITZ, Anmerkung zur Entscheidung des BFH vom 21.10.2014 (VIII R 48/12; EStB 2015, 85) – Zu nachträglichen Werbungskosten bei sogenannter unternehmerischer Beteiligung, EStB 2015, 86; BRILL, Aktuelle BFH-Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Abgeltungsteuer – was bei der Gesellschafterfremdfinanzierung und beim Werbungskostenabzug zu beachten ist!, EStB 2015, 211; GLÄSER/ZÖLLER, Abgeltungsteuer bei Angehörigen-Darlehen: Begriff der absoluten finanziellen Abhängigkeit, BB 2015, 1632; HAASE/DORN, Probleme des Kapitalertragsteuerabzugs bei Dividendenbezug über ausländischen Investmentfonds – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, DStR 2015, 1158; JACHMANN, Abgeltungsteuer: Abzugsverbot für Werbungskosten auch ohne pauschalen Steuersatz, jM 2015, 259; KARRENBROCK, Werbungskosten im Rahmen der Abgeltungsteuer, NWB 2015, 1310; KÖRNER, Alternativkonzept zur Abgeltungsteuer, DB 2015, 397; LEVEDAG, Finanzierung von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften im Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer, GmbHR 2015, 57; STEINHAUFF, Antrag auf Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a EStG, jurisPR-SteuerR 46/2015 Anm. 2; STUMPE, Kapitaleinkünfte – Kein Abzug der tatsächlichen Werbungskosten bei der Günstigerprüfung, StBW 2015, 332; WACHTER, Anmerkung zur Entscheidung des BFH vom 29.04.2014 (VIII R 9/13) – Zur Frage der Anwendung des Abgeltungsteuersatzes bei Kapitalerträgen aus Darlehen zwischen Angehörigen gem. § 15 AO, MittBayNot. 2015, 268; WERTH, Erste BFH-Rechtsprechung zur Abgeltungsteuer, DStR 2015, 1343; ANEMÜLLER, Verluste bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (Teil I), EStB 2016, 384; FÖLSING, Umfang der materiell-rechtlichen Überprüfung einer Kapitalertragsteuer-Anmeldung, BB 2016, 422; SCHEFFLER/CHRIST, Abschaffung der Abgeltungsteuer: Folgewirkung auf die Unternehmensbesteuerung, Ubg 2016, 157; SPIEKER, Überarbeitetes Anwendungsschreiben zur Abgeltungsteuer, DB 2016, 197; WEINGARTEN, Anfechtung von KapSt-Anmeldungen durch Gläubiger, EFG 2016, 93; WEISS, Abgeltungsteuer – Übergangsprobleme, Ausnahmetatbestände und Günstigerprüfung, NWB 2016, 334; WIESE, Wichtige Themen des Unternehmensteuerrechts im Jahr 2017 – ein Ausblick, GmbHR 2017, R1.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BStBl. I 2016, 85 (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527).

Zufluss bis 31.12.2013: BMF v. 9.10.2012 – IV C 1 - S 2252/10/10013, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BStBl. I 2012, 953; BMF v. 20.12.2012 – IV C 1 - S 2401/08/10001:008, Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge, BStBl. I 2013, 36; BMF v. 31.7.

2013 – IV C 1 - S 1910/13/10065:001, 2013/0717815, BStBl. I 2013, 940; BMF v. 6.8.2013 – IV C 1 - S 1980 - 1/09/10010, 2013/0733031, Investmentsteuerrecht; Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge, BStBl. I 2013, 984; BMF v. 9.12.2014 – IV C 1 - S 2252/08/10004:015, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BStBl. I 2014, 1608; Details zur zeitlichen Anwendung und Übergangsregelungen s. BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 324, 325.

Zufluss bis 31.12.2011: BMF v. 16.11.2010 – IV C 1 - S 2252/10/10010, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BStBl. I 2010, 1305; BMF v. 14.11.2011 – IV C 1 - S 2401/08/10001:006, OGAW-IV-Umsetzungsgesetz, BStBl. I 2011, 1098; Details zur zeitlichen Anwendung und Übergangsregelungen s. BMF v. 20.12.2012 – IV C 1 - S 2401/08/10001:008, BStBl. I 2013, 36, Tz. 57.

I. Grundinformationen zu § 32d

1

Duales Steuersystem mit zwei Tarifen: Zum 1.1.2009 wurde im Rahmen des UnternehmensteuerreformG 2008 ein einheitlicher (proportionaler), gesonderter und abgeltender EStSatz von 25 % für bestimmte private Kapitaleinkünfte und Veräußerungsgewinne eingeführt. Damit wurde im deutschen Steuersystem eine duale ESt mit zwei StTarifsystemen (sog. Schemata) eingeführt: Neben das System der progressiven Besteuerung mit variablen StSätzen von 14 % bis 45 % (§ 32a, Progressionsstufen mit linear verlaufenden StSätzen) für Erwerbseinkommen (sog. progressiver StTarif gem. § 32a) trat mit § 32d Abs. 1 ein zweites Steuersystem mit einem einheitlichen, proportionalen EStSatz von 25 % für bestimmte private Kapitaleinkünfte (sog. proportionaler StTarif gem. § 32d Abs. 1; Abgeltungsteuersatz). Als begleitende Regelungen wurde der Katalog der laufenden Einkünfte aus Kapitalvermögen erweitert; der Abzug tatsächlich angefallener WK ausgeschlossen (Ausnahme beim Verkauf von Wertpapieren und Forderungen für Transaktionskosten); außerdem wurden beschränkende Regelungen zum Verlustausgleich/Verlustabzug eingeführt.

Regelungsgegenstand des § 32d: Gemäß § 32d Abs. 1 gilt für bestimmte private Kapitaleinkünfte und Veräußerungsgewinne ein einheitlicher EStSatz von 25 % (StSatz 25 % zuzüglich SolZ und ggf. KiSt; eventuell Anrechnung ausländ. Quellensteuer). Erfasst sind Kapitaleinkünfte, die nicht unter § 20 Abs. 8 fallen (keine Anwendung bei Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus VuV, § 32d Abs. 1 Satz 1). Diese Steuer wird grds. im Wege des abgeltenden StAbzugs erhoben (sog. Abgeltungsteuer; § 43 Abs. 5). Durch § 32d Abs. 2 hat der Gesetzgeber in Ausnahmefällen jedoch die Anwendung des progressiven Tarifs nach § 32a Abs. 1 angeordnet bzw. die Möglichkeit hierzu eröffnet; so sollen als Ausnahme zur Abgeltungsteuer einerseits missbräuchliche Gestaltungen verhindert (§ 32d Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4; Einkünfte im Zusammenhang mit nahestehenden Personen, Mindestbeteiligungen an KapGes., *back-to-back*-Finanzierungen, Leistungen aus Lebensversicherungen, Korrespondenzprinzip für vGA) und andererseits Härten abgemildert werden (§ 32d Abs. 2 Nr. 3; Optionsregelung hin zur regulären Tarifbesteuerung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen). Gemäß § 32d Abs. 3 sind Kapitalerträge, die nicht bereits der KapErtrSt unterliegen haben, zwingend in einer Veranlagung gem. §§ 25 ff. zu berücksichtigen (Pflichtveranlagung); der Stpfl. hat diese Einkünfte dann zur Besteuerung mit dem Abgeltungsteuersatz in seiner EStErklärung anzugeben (ein KapErtrStEinbehalt unterbleibt zB bei Zinsen aus § 20 Abs. 1 Nr. 5 und 8, privaten Zinsen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7, deren Schuldner kein Kreditinstitut, sondern eine Privatperson ist, Veräußerungsgewinnen iSv. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, 6 und 7 und Ver-

äußerungsgewinnen aus GmbH-Anteilen). Nach § 32d Abs. 4 hat der Stpfl. die Option, die Kapitaleinkünfte, die der KapErtrSt unterlegen haben, im Rahmen der EStVeranlagung zu erklären, um beim KapErtrStEinbehalt nicht berücksichtigte Tatbestände steuermindernd geltend zu machen (Wahlveranlagung); dies kommt zB in Betracht, wenn (i) der Sparer-Pauschbetrag nicht vollständig ausgeschöpft wurde, (ii) ein Verlustvortrag nach § 20 Abs. 6 berücksichtigt werden soll, (iii) beim KapErtrStEinbehalt der steuermindernde Effekt der KiStZahlung noch nicht berücksichtigt wurde, (iv) beim KapErtrStEinbehalt Korrekturen vorzunehmen sind, die nicht von der auszahlenden Stelle durchgeführt werden. § 32d Abs. 1 Sätze 1 bis 5 und Abs. 5 regeln in Anlehnung an § 34c und als Sondervorschrift zu dieser Norm die Berücksichtigung der im Ausland anfallenden Quellensteuer. Gemäß § 32d Abs. 6 kann unter bestimmten Voraussetzungen auf die Anwendung des § 32d verzichtet werden. Bei dieser Option werden die Kapitaleinkünfte den anderen Einkünften des § 2 hinzugerechnet und der tariflichen ESt unterworfen, wenn dies zu einer niedrigeren ESt führt (sog. Günstigerprüfung). Damit wird für Stpfl., deren persönlicher StSatz niedriger als der Abgeltungsteuersatz ist, die Möglichkeit geschaffen, ihre Einkünfte aus Kapitalvermögen diesem niedrigeren StSatz zu unterwerfen. Die tatsächlichen WK können aber auch im Rahmen der Günstigerprüfung nicht abgezogen werden (§ 20 Abs. 9).

Ausschluss des Abzugs der tatsächlichen Werbungskosten: Bei den Einkünften aus Kapitalvermögen dürfen die über den Sparer-Pauschbetrag iHv. 801 € hinausgehenden (tatsächlichen) WK nicht mehr abgezogen werden (§ 20 Abs. 9); Ausnahmen finden lediglich in den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 und 3 Anwendung.

Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens: Gemäß § 3 Nr. 40 Satz 2 ist bei den Kapitaleinkünften iSd. § 20 auch das Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40, 3 Abs. 2 ausgeschlossen; eine Ausnahme gilt nur im Fall des § 32d Abs. 2 Nr. 3.

II. Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 32d

2 1. Rechtsentwicklung

StandOG v. 13.9.1993 (Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt – Standortsicherungsgesetz, BGBl. I 1993, 1569; BStBl. I 1993, 774): Ab 1993 wurde im Vorgriff auf eine gesetzliche Regelung die StFreiheit des Existenzminimums durch eine Verwaltungsanweisung zur Anwendung einer Freigrenze zur StFreistellung des Existenzminimums sichergestellt (BMF v. 23.12.1992 – IV B 1 - S 2297 - 31/92, BStBl. I 1993, 14). Mit dem Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG) v. 23.6.1993 (BGBl. I 1993, 944; BStBl. I 1993, 510) wurde die StFreistellung des Existenzminimums im Sommer 1993 erstmals im Rahmen einer Übergangsregelung in § 32c kodifiziert; diese Regelung wurde durch das StandOG in § 32d überführt (s. zur Historie auch BMF v. 26.10.1993 – IV B 1 - S 2000 - 176/93, BStBl. I 1993, 895).

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

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

JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218): § 32d Abs. 2 wird bezüglich sog. *back-to-back*-Finanzierungen neu gefasst. Darüber hinaus wird in § 32d Abs. 2 eine neue Nr. 3 eingefügt, wonach bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen an KapGes. auf Antrag statt des gesonderten StTarifs der progressive StTarif zur Anwendung kommt. Die Änderungen wurden noch vor dem Inkrafttreten vorgenommen, um geltend gemachten Bedenken des BT-Finanzausschusses zu einem Teil Rechnung zu tragen (BTDrucks. 16/7036, 13).

JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): § 32d Abs. 5 wurde neu gefasst, um die Voraussetzungen für die Anrechnung ausländ. Steuern klarer zu regeln. Konkret ging es um die Frage, ob bei Abs. 5 die sog. *per-country-limitation* des § 34c Abs. 1 (Berücksichtigung aller Einkünfte eines ausländ. Staats) oder die sog. *per-item-limitation* (jeder Kapitalertrag wird für sich betrachtet) eingreift; die Änderungen regelten dann klar die *per-item-limitation*. In Abs. 6 wurde eine Lücke bei der Anrechnung ausländ. Steuern im Rahmen der Günstigerprüfung geschlossen.

JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394): Durch das JStG 2010 wurde § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a um einen zweiten Halbsatz ergänzt; danach kommt es bei Kapitalüberlassungen unter einander nahestehende Personen nur insoweit zur Anwendung der Regelbesteuerung (progressiver Tarif) an Stelle des gesonderten StSatzes nach Abs. 1 (proportionaler Tarif), als die Aufwendungen beim Schuldner die Bemessungsgrundlage für die inländ. Besteuerung gemindert haben. Weiterhin wurde § 32d Abs. 2 um eine Nr. 4 erweitert; diese sieht eine Ausnahme für die Anwendung des gesonderten StSatzes auf vGA vor, die das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben. Außerdem wurde durch einen Einschub in § 32d Abs. 6 Satz 1 angeordnet, dass bei der sog. Günstigerprüfung auch Zuschlagsteuern zu berücksichtigen sind.

► *Vorwegnahme der gesetzlichen Regelung durch BMF-Schreiben*: Mit BMF v. 22.12.2009 (IV C 1 - S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Tz. 134) hatte die FinVerw. bereits vor der Ergänzung des § 32 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a durch das JStG 2010 den Anwendungsbereich von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a contra legem dahingehend eingeschränkt, dass die Anwendung des gesonderten StSatzes nur dann ausgeschlossen war, wenn der Schuldner die Darlehenszinsen als BA oder WK geltend machen konnte. Damit waren Erträge aus Privatdarlehen, die zur Finanzierung der privaten Lebensführung des Schuldners dienen, beim Gläubiger nicht aus dem Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer ausgeschlossen.

AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802): Die materielle Korrespondenz, die bislang nur für vGA galt, wurde durch eine entsprechende Änderung des § 32d Abs. 2 Nr. 4 auf alle Bezüge und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 ausgedehnt.

BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5): Rechtsprechungsdurchbrechende Neuregelung der Ausnahme von der Abgeltungsteuer bei einer unternehmerischer Beteiligung. Durch die berufliche Tätigkeit muss maßgeblicher unternehmerischer Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft genommen werden können.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich der Regelungen

3

Als besondere Tarifvorschrift findet § 32d ab dem VZ 2009 Anwendung und damit gleichzeitig mit dem Inkrafttreten der übrigen Regelungen zur Abgeltung-

steuer (§ 52a Abs. 15 aF). Unbeachtlich ist, wann die Kapitalanlage erfolgt ist oder wann die mit der Kapitalanlage im Zusammenhang stehende Kapitalüberlassung begründet worden ist. Damit besteht im Hinblick auf die belastenden Auswirkungen der Einführung der Abgeltungsteuer kein Bestandsschutz für Vereinbarungen, die vor dem VZ 2009 getroffen wurden und auch kein Bestandsschutz für Vereinbarungen, die schon vor Verabschiedung des UntSt-ReformG 2008 getroffen wurden (zum Abzug von WK im Jahr 2008 s. BFH v. 27.8.2014 – VIII R 60/13, BStBl. II 2015, 255; BRILL, EStB 2015, 211 [212]).

Die Änderungen des JStG 2010 v. 8.12.2010 sind erstmals für den VZ 2011 anzuwenden. § 52a Abs. 15 aF wurde hierzu um einen Satz 2 ergänzt. Die Änderung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a wurde teilweise durch BMF v. 22.12.2009 (IV C 1 - S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Tz. 136) vorweggenommen, so dass die Verwaltung die (für den Stpfl. günstige) Einschränkung bereits vor dem VZ 2011 angewendet hat.

Die Änderungen durch das AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 sind nach § 52 Abs. 44a erstmals auf alle Bezüge und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 anzuwenden, die dem Anteilseigner nach dem 31.12.2013 zufließen.

Zusammenfassung der zeitlichen Geltung von BMF-Schreiben: BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527).

► *Zufluss bis 31.12.2013:* BMF v. 9.10.2012 – IV C 1 - S 2252/10/10013, BStBl. I 2012, 953, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer BMF v. 20.12.2012 – IV C 1 - S 2401/08/10001:008, BStBl. I 2013, 36, Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge; BMF v. 31.7.2013 – IV C 1 - S 1910/13/10065:001, 2013/0717815, BStBl. I 2013, 940; BMF v. 6.8.2013 – IV C 1 - S 1980 - 1/09/10010, 2013/0733031, BStBl. I 2013, 984, Investmentsteuerrecht; Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge; BMF v. 9.12.2014 – IV C 1 - S 2252/08/10004:015, BStBl. I 2014, 1608, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer (Details zur zeitlichen Anwendung und Übergangsregelungen s. BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 324, 325).

► *Zufluss bis 31.12.2011:* BMF v. 16.11.2010 – IV C 1 - S 2252/10/10010, BStBl. I 2010, 1305 Einzelfragen zur Abgeltungsteuer; BMF v. 14.11.2011 – IV C 1 - S 2401/08/10001:00, BStBl. I 2011, 10986, OGAW-IV-Umsetzungsgesetz (Details zur zeitlichen Anwendung und Übergangsregelungen s. BMF v. 20.12.2012 – IV C 1 - S 2401/08/10001:008, BStBl. I 2013, 36, Tz. 57).

Die Änderungen des BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5) sind erstmals für den VZ 2017 anzuwenden; die engeren Voraussetzungen des Antragswahlrechts auf Option zum Teileinkünfteverfahren (maßgeblicher unternehmerischer Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft) sind erstmals für Anträge für den VZ 2017 zu beachten (§ 52 Abs. 33a idF des BEPS-UmsG).

III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 32d

1. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersystems

a) Bedeutung des Abgeltungsteuersystems

4

Einführung der Abgeltungsteuer: Die Abgeltungsteuer auf Einkünfte aus Kapitalvermögen wurde in Deutschland ab dem VZ 2009 eingeführt. Ziel des Gesetzgebers war es, die nationale Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen attraktiver zu machen und so den privaten Transfer von Kapitalvermögen ins Ausland einzudämmen (vgl. BTDrucks. 15/1722, 8; BRDrucks. 220/07, 52; BFH v. 18.2.1997 – VIII R 33/95, BStBl. II 1997, 499) und damit die Steuerhinterziehung zu reduzieren und die Standortattraktivität zu erhöhen (BTDrucks. 15/4841, 1; s. auch WACHTER, MittBayNot. 2015, 268 [268]); mittelfristig sollte so das StAufkommen aus Kapitaleinkünften erhöht werden (insoweit ist die Verbreiterung der stl. Bemessungsgrundlage durch § 20 relativierend zu berücksichtigen; vgl. BRUSCH, FR 2007, 999 [1000]; WEBER-GRELLET, DStR 2013, 1357 [1359]). Neben der Anwendung eines international günstigen StTarifs von 25 % (zuzüglich Soli und ggf. KiSt), sollte das System der Besteuerung von Kapitaleinkünften durch einen einheitlichen und abgeltenden Tarif erheblich vereinfacht werden; der abgeltende KapErtrStAbzugs sollte dabei das Veranlagungsverfahren entlasten und zugleich ermöglichen, die Anonymität der Anleger zu wahren (vgl. BTDrucks. 16/4841, 33; vgl. auch BRUSCH, FR 2007, 999). Neben der Steigerung der Attraktivität der Besteuerung sollten diese Maßnahmen auch zu mehr StGerechtigkeit und einer erhöhten Akzeptanz der Besteuerung führen (BTDrucks. 16/5491, 15).

► *Sachverständigenrat vs. Stiftung Marktwirtschaft:* Das System der dualen ESt geht auf Vorschläge des Sachverständigenrats zur Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung vom 13.2.2006 zurück (www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de). Die Vorschläge der Stiftung Marktwirtschaft hatten ein duales Besteuerungssystem mit Abgeltung nicht vorgesehen (Stiftung Marktwirtschaft, Einfacher, gerechter, sozialer: Eine umfassende Ertragsteuerreform für mehr Wachstum und Beschäftigung, 2006, 56 ff.; vgl. auch WEBER-GRELLET, NJW 2008, 545 [546]). Die Möglichkeit eines dualen Besteuerungssystems war zuvor im Urteil des BVerfG v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654) angesprochen worden.

Einheitlicher (proportionaler), nicht progressiver Tarif des § 32d: Kernstück der Abgeltungsteuer ist der gesonderte, einheitliche (proportionale, nicht progressive) StTarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen, während für die übrigen sechs Einkunftsarten der allgemeine, progressive StTarif weiter Anwendung findet. Damit wurde das System der synthetischen ESt – das allerdings auch zuvor nicht durchbrechungsfrei galt – aufgegeben und eine duale ESt eingeführt. Für das deutsche EStRecht bedeutete dies den Eintritt in eine Schedulingisierung der Einkunftsarten. § 32d stellt eine der zentralen Normen der gesonderten estl. Behandlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen dar. In Abs. 1 wird der gesonderte StTarif für die Schedule Einkünfte aus Kapitalvermögen auf 25 % festgelegt. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer wurde im Anwendungsbereich das ansonsten für private Einkünfte geltende Teileinkünfteverfahren abgeschafft.

► *Ausnahmen vom einheitlichen Tarif:* In den Fällen des § 32d Abs. 2 und 6 wird als Ausnahme die Anwendung des progressiven Tarifs nach § 32a Abs. 1 angeord-

net bzw. die Möglichkeit hierzu eröffnet. Hierdurch sollen einerseits missbräuchliche Gestaltungen verhindert und andererseits Härten abgemildert werden.

Ausschluss des Veranlagungsverfahrens: Die Abgeltungsteuer wird grds. durch Einbehalt einer KapErtrSt iHv. 25 % durch inländ. Kreditinstitute oder Schuldner der KapErtrSt mit abgeltender Wirkung erhoben (§ 43 Abs. 5); daher resultiert auch die allgemeine Bezeichnung „Abgeltungsteuer“ für den Tarif des § 32d, die jedoch im Gesetz allein in der Überschrift des § 52a aF verwendet wurde (zum KapErtrStAbzug s. §§ 43 und 43a). Durch die Abgeltung soll das Veranlagungsverfahren entlastet werden.

► *Summe der Einkünfte iSd. § 2 Abs. 3:* Die Kapitalerträge, die dem proportionalen StSatz gem. § 32d Abs. 1 unterliegen, zählen grds. nicht mehr zu den Einkünften, aus denen sich die Summe der Einkünfte, der Gesamtbetrag der Einkünfte, das Einkommen, das zVE und die tarifliche ESt ergibt (§ 2 Abs. 5b und 6; SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 8 [2/2009]); zu den Auswirkungen auf Spenden und den Abzug von SA s. MUSIL, FR 2010, 149). Gemäß § 2 Abs. 5b Satz 2 gelten dabei folgende Ausnahmen (vgl. SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 8 [2/2009]): Auf Antrag des Stpfl. bei der Ermittlung des Höchstbetrags der abzugsfähigen Spenden gem. § 10b Abs. 1; in den Ausnahmefällen vom Abgeltungsteuertarif gem. § 32d Abs. 2, bei der Wahlveranlagung zum individuellen EStSatz gem. § 32d Abs. 6, bei der Berücksichtigung eines Kindes gem. § 32 Abs. 4 Satz 2 (Ermittlung der Höhe der Einkünfte eines Kindes), bei der Ermittlung der zumutbaren Belastung bei agB gem. § 33 Abs. 3, bei der Ermittlung der agB in besonderen Fällen gem. § 33a Abs. 1 Satz 4 (Unterhalt) und § 33a Abs. 2 Satz 2 (Ausbildungsfreibetrag). Knüpfen außerstl. Rechtsnormen an die genannten Begriffe (Summe der Einkünfte, Gesamtbetrag der Einkünfte, Einkommen, zVE) an, sind die Kapitalerträge iSd. § 32d Abs. 1 einzubeziehen, da in diesen Fällen die Höhe der Gesamteinkünfte maßgebend ist, § 2 Abs. 5a (zB bei BAföG-Anträgen oder Anträgen auf Wohngeld; SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 9 [2/2009]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 5 [5/2016]).

► *Ausnahmsweise Veranlagung:* In § 32d Abs. 2 bis 6 sind diverse Fälle geregelt, in denen Einkünfte aus Kapitalvermögen ausnahmsweise im Veranlagungsverfahren zu erklären sind oder vom Stpfl. erklärt werden können.

Gegenstand der Schedule/Verbreiterung der Bemessungsgrundlage/kein Werbungskostenabzug: Den materiellen Gegenstand der Schedule „Einkünfte aus Kapitalvermögen“ bestimmt § 20, wobei mit Einführung der Abgeltungsteuer die StBemessungsgrundlage erweitert wurde; insbes. wurden zT der Abzug von WK gekürzt und Veräußerungstatbestände des § 23 Abs. 1 in § 20 aufgenommen (Veräußerung von Wertpapieren und Forderungen) sowie das Tatbestandmerkmal der Veräußerungsfrist aufgegeben.

► *Maßnahmen:* Der Katalog der laufenden Einkünfte aus Kapitalvermögen wird in § 20 Abs. 1 erweitert; ein Abzug tatsächlich angefallener WK ist nicht mehr möglich (§ 20 Abs. 9). Der Verkauf von Wertpapieren und Forderungen wurde von § 23 in § 20 Abs. 2 überführt und geregelt, dass die Besteuerung unabhängig von einer Haltedauer erfolgt (Transaktionskosten können hier weiterhin abgezogen werden). Beschränkende Regelungen zum Verlustausgleich und Verlustabzug wurden eingeführt.

► *Zur Verfassungsmäßigkeit des Wegfalls des Werbungskostenabzug* s. Anm. 6 und § 20 Anm. 8.

Einbehalt von Kapitalertragsteuer: Auf Einkünfte aus dieser Schedule soll – so weit wie möglich – nach §§ 43 ff. KapErtrSt einbehalten werden. Dementsprechend wurde der Katalog des § 43 erheblich ausgedehnt. Verfahrenstechnisch wird die ESt (Abgeltungsteuer) als KapErtrStEinbehalt nach § 43 (für Veräußerungen iSd. § 20 Abs. 2 Nr. 1 nach § 43 Abs. 1 Nr. 9) an der Quelle erhoben. Nach § 43 Abs. 5 ist für Kapitalerträge iSd. § 20, die der KapErtrSt unterliegen haben, die ESt mit dem StAbzug abgegolten. Die KapErtrSt beträgt nach § 43a Abs. 1 Nr. 1 25 % des Kapitalertrags. Nach § 43a Abs. 2 unterliegen der KapErtrSt die vollen Kapitalerträge ohne jeden Abzug. Ein KapErtrStEinbehalt ist auch in den Fällen des Teileinkünfteverfahrens vorzunehmen (§ 43 Abs. 1 Satz 3).

► *Wurde bei den Kapitalerträge kein Steuerabzug* vorgenommen, sind diese in der Veranlagung gem. §§ 25 ff. zu berücksichtigen; der Stpfl. hat diese in seiner ESt-Erklärung anzugeben; der StSatz des § 32d findet Anwendung.

Neuere Diskussionen zur Abgeltungsteuer: Es wird diskutiert, die Abgeltungsteuer wieder abzuschaffen (zB BTDrucks. 18/6064; KÖRNER, DB 2015, 397; SCHEFFLER/CHRIST, Ubg 2016, 157). Eine Hauptargumentationslinie ist, dass die Gründe für die Einführung der Abgeltungsteuer aufgrund der Erweiterung des Informationsaustauschs weggefallen seien. Vor diesem Hintergrund wird eine besondere Evaluierung der Abgeltungsteuer gefordert, welche nach der BReg. erst nach Umsetzung und Etablierung des internationalen Informationsaustauschs nach dem Jahr 2017 in Frage komme, so dass sich Frage der Evaluierung der Abgeltungsteuer aktuell nicht stelle (BTDrucks. 18/6291).

Einstweilen frei.

5

b) Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersystems

6

Zulässigkeit einer Schedulenbesteuerung: Nach stRspr. des BVerfG ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im StRecht vor allem durch das Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und durch das Gebot der Folgerichtigkeit begrenzt (ua. BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 [125]). Wählt der Gesetzgeber für verschiedene Arten von Einkünften unterschiedliche Tarifverläufe, obwohl die Einkünfte nach der gesetzgeberischen Ausgangsentscheidung die gleiche Leistungsfähigkeit repräsentieren, muss die Ungleichbehandlung besonderen Rechtfertigungsanforderungen genügen (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164). Die Abgeltungsteuer führt in nahezu allen Fällen zu einer Ungleichbehandlung von Einkünften aus Kapitalvermögen einerseits und Einkünften aus anderen Einkunftsarten andererseits. Als Rechtfertigungsgründe für die Einführung der Abgeltungsteuer werden vor allem der mit einer abgeltenden Besteuerung an der Quelle verbundene Vereinfachungseffekt (angesichts der konkreten Ausgestaltung sind Vereinfachungseffekte allerdings fraglich, vgl. HEY, BB 2007, 1303 [1307]; vor dem Hintergrund der ergangenen Verwaltungsanweisungen abl. KORN, KÖSDI 2014, 18818) sowie die Sicherstellung eines gleichheitsgerechten Vollzugs der materiellen StNormen genannt. Durch die Besteuerung an der Quelle werde die Möglichkeit zur StVerkürzung eingeschränkt und damit die Belastungsgleichheit gefördert (vgl. BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 [282 f.]; BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 [113 f.]; SÖHN, DStJG 30 [2007], 31 ff.).

Ausgestaltung der Abgeltungsteuer: Nach Auffassung des BVerfG (v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 [282 f.]) durfte der Gesetzgeber die

Erwerbsgrundlage „Finanzkapital“, die ihrer Natur nach nicht einer bestimmten Personengruppe zugeordnet werden könne und geographisch nicht gebunden sei, an der Quelle mit einer linearen Definitivsteuer besteuern und dabei den absetzbaren Aufwand typisieren. Angesichts der Entscheidungen des BVerfG v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 [282 f.]; BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 [113 f.]), in denen das BVerfG dem Gesetzgeber eine abgeltende Quellenbesteuerung zur Sicherstellung der Belastungsgleichheit nahegelegt hat, erscheint es unwahrscheinlich, dass das Gericht in der Schematisierung selbst einen Verstoß gegen das Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sehen wird (BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94: „... müsste der Gesetzgeber zur Vermeidung einer durch entsprechende Ermittlungsbeschränkungen bedingten prinzipiellen Belastungsungleichheit auf die Erhebungsart der Quellensteuer ausweichen“. Auch nach Auffassung des BFH (v. 29.4.2014 – VIII R 9/13, BStBl. II 2014, 986) ist die Abgeltungsteuer verfassungsgemäß: „Die Privilegierung der Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nach § 32d Abs. 1 EStG in Höhe von 25 % besteuert werden, gegenüber anderen progressiv besteuerten Einkunftsarten ist verfassungsgemäß“; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 44/13, BStBl. II 2014, 992; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884; ECKHOFF, FR 2007, 989 [996]; WEBER-GRELLET, NJW 2008, 545; KÄMMERER, DStR 2010, 27; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 26 [5/2016]; WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 9 und 46 [10/2014]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 32d Rn. 6; BRILL, EStB 2015, 211; APITZ, EStB 2015, 86; WERTH, DStR 2015, 1343; WERTH, DStZ 2014, 670; krit. TIPKE, StuW 2007, 201 [209]; substantiiert abl. WORGULLA, FR 2013, 921 [922 ff.]; abl. ENGLISCH, StuW 2007, 221 [223 ff.]; zur statistischen Höhe der tatsächlichen WK: WENZEL, DStR 2009, 1182 [1183]; s. auch im Überblick KAMPS/GOMES, Stbg 2014, 360).

Zum Verbot des Werbungskostenabzugs: Der BFH hält auch das WK-Abzugsverbot des § 20 Abs. 9 für verfassungsgemäß (BFH v. 1.7.2014 – VIII R 53/12, BStBl. II 2014, 975; BFH v. 27.8.2014 – VIII R 60/13, BStBl. II 2015, 255; BFH v. 2.12.2014 – VIII R 34/13, BStBl. II 2015, 387, „Auch bei der sog. „Günstigerprüfung“ nach § 32d Abs. 6 Satz 1 EStG findet § 20 Abs. 9 EStG Anwendung“, die Verfassungsbeschwerde hiergegen wurde gem. §§ 93a, 93b BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG v. 24.3.2016 – 2 BvR 878/15, juris; BFH v. 24.2.2015 – VIII R 44/12, BStBl. II 2015, 649; BFH v. 9.6.2015 – VIII R 12/14, BStBl. II 2016, 199; BFH v. 12.1.2016 – IX R 48/14, BStBl. II 2016, 456; FG Thür. v. 9.10.2013 – 3 K 1035/11, juris, rkr., nach Rücknahme der Rev. BFH VIII R 18/14; FG Nürnberg. v. 12.2.2014 – 5 K 1251/12, EFG 2014, 1103, nrkr., Az. BFH IX R 52/14; FG Münster v. 30.9.2015 – 3 K 1277/11 E, juris, rkr., nach Nichtannahme der Rev. BFH VIII B 108/15; s. auch WERTH, DStR 2015, 1343 [1348]; KORN, KÖSDI 2014, 18818 [Rn. 14]). Beim pauschalierten Abzugsbetrag iHv. 801 € handele es sich um eine hinreichend realitätsgerechte Regelung, weil bei der überwiegenden Zahl der Kleinanleger idR nicht mehr als 801 € an WK im Kj. anfielen und bei den übrigen Investoren die Auswirkungen des Abzugsverbots für WK durch die Senkung des StTarifs hinreichend ausgeglichen seien. Bei nachlaufenden Schuldzinsen bei der Fremdfinanzierung einer Kapitalanlage komme die Fremdfinanzierung von Kapitalanlagen mit erheblichen WK nur selten vor, so dass sie bei einer Typisierung der WK nicht stets in Rechnung zu stellen wäre; zudem eröffne § 32d Abs. 2 Nr. 3 die Möglichkeit eines WK-Abzugs. Die Durchbrechung des Nettoprinzips kann uE nicht generell durch den „niedrigeren“ StSatz gerechtfertigt werden, da das WK-Abzugsverbot auch diejenigen trifft, deren persönlicher StSatz unter-

halb von 25 % liegt (s. auch MUSIL, FR 2010, 149 [152, 154]; WEBER-GRELLET, DStR 2013, 1357 [1359]; WERTH, DStR 2015, 1343 [1348]; krit. JOCHUM, DSzZ 2010, 309 [310]; die Verfassungsmäßigkeit substantiiert abl. WORGULLA, FR 2013, 921 [922 ff.]). Auch der Sparer-Pauschbetrag (§ 20 Abs. 9) vermag gleichheitsrechtl. Bedenken nicht zu beseitigen, da nicht ersichtlich ist, auf welcher Grundlage eine Typisierung von WK bei Einkünften aus Kapitalvermögen mit 801 € erfolgte. Rechtfertigend wirkt allerdings, dass der angestrebte Vereinfachungseffekt nur bei einer Besteuerung an der Quelle erreicht werden kann (dennoch krit. HEY, BB 2007, 1303 [1307]; später von der Verfassungskonformität ausgehend HEY, DStJG 34 [2011], 251 [259]; KARRENBROCK, NWB 2015, 1310 [1312]), welche nur bei einer Bruttosteuerung praktikabel bleibt; für eine Berücksichtigung zumindest in der Veranlagung aber FISCHER, DStR 2007, 1898 [1899].

Ungleichbehandlung von Dividenden im Privat- und im Betriebsvermögen/Dividenden und Zinserträgen: Weitere Bedenken richten sich gegen die Besteuerung von Dividenden. Verfassungsmäßige Bedenken bestehen insoweit, als der Vorbelastung der Dividenden im BV durch das Teileinkünfteverfahren Rechnung getragen wird, dies aber bei Dividenden im PV nicht der Fall ist; denn hier findet der Abgeltungssteuersatz in voller Höhe Anwendung. In diesem Zusammenhang besteht auch eine Ungleichbehandlung zwischen Dividenden und Zinserträgen, weil Dividenden durch die KSt vorbelastet sind und dennoch dem gleichen Abgeltungssteuersatz wie die nicht vorbelasteten Zinsen unterliegen. Zwar sei die Nichtberücksichtigung der Vorbelastung von Dividenden mit KSt auf der Ebene der Gesellschaft aufgrund des Trennungsprinzips unbedenklich (INTEMANN, DB 2007, 1658 [1660] mit Verweis auf BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164; aA LOOS, DB 2007, 704; RÄDLER, DB 2007, 988), doch verstoße die Besteuerung betrieblicher Dividendeneinkünfte nach dem Teileinkünfteverfahren und die Besteuerung privater Dividendeneinkünfte nach dem gesonderten StTarif gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip (INTEMANN, DB 2007, 1658 [1661]; ENGLISCH, StuW 2007, 221 [224]; krit. auch HEY, DStJG 34 [2011], 251 [261]; aA ECKHOFF, FR 2007, 989 [997]). Unseres Erachtens rechtfertigt sich eine Ungleichbehandlung von Dividenden im PV und BV aus der abweichenden steuersystematischen Behandlung der Beteiligung bei BV und PV. Die unterschiedliche Behandlung von Dividenden und Zinserträgen scheint uns aufgrund der unterschiedlichen wirtschaftlichen Beteiligung gerechtfertigt. Daneben treten die oben bereits angesprochenen sachlichen Rechtfertigungsgründe, insbes. das Argument der Vereinfachung einer generalisierenden, typisierenden Regelung (für die Verfassungsmäßigkeit der Abgeltungssteuer auch FG Nürnberg. v. 7.3.2012 – 3 K 1045/11, EFG 2012, 1054, rkr.; FG Nürnberg. v. 3.7.2013 – 3 K 448/13, juris, rkr.; TROSSEN, EFG 2012, 1058).

2. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Berechnungsformel zur Kirchensteuer bei ausländischer Quellensteuer (Abs. 1 Satz 3)

7

Bedeutung: Gezahlte KiSt ist nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 grds. eine unbeschränkt abzugsfähige SA. Um die Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht umfassend in die EStVeranlagung einbeziehen zu müssen und um die Abziehbarkeit der KiSt als SA zu ermöglichen, ordnet § 32d Abs. 1 Satz 3 die pauschale Anrechnung der KiSt auf die Steuer nach § 32d Abs. 1 durch eine besondere Formel an, welche die Reduktion der kistl. Bemessungsgrundlage durch den KiStAbzug berücksich-

tigt (§ 51a Abs. 2b; sog. Selbstminderungseffekt der KiSt, der anderenfalls eine iterative Berechnung voraussetzen würde).

Berechnungsformel zur Kirchensteuer bei ausländischer Quellensteuer:

Um die StBerechnung unter Berücksichtigung der Abziehbarkeit der KiSt von ihrer eigenen Bemessungsgrundlage zu vereinfachen, gibt § 32d Abs. 1 Sätze 4 und 5 eine mathematische Formel an, mit der sich die ESt auf Kapitalerträge unter Berücksichtigung der Anrechnung ausländ. Quellensteuer und KiSt berechnen lässt; die Formel, der kein eigenständiger normativer Charakter zukommen soll, lautet

$$(e - 4q)/(4 + k)$$

wobei „e“ die nach § 20 ermittelten Einkünfte, „q“ die nach Maßgabe von § 32d Abs. 5 anrechenbare Quellensteuer, und „k“ der KiStSatz ist, den die die KiSt erhebende Religionsgemeinschaft vorsieht.

► *Zweifel an der Berechnungsformel:* RÜD äußert bei einer kritischen Untersuchung der gesetzlichen Berechnungsformel Bedenken und kommt zu dem Erg., dass die Anrechnung ausländ. Quellensteuer in der Formel nicht dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend umgesetzt worden ist (RÜD, DStR 2013, 1220). Nach seiner Ansicht ist die Formel anzupassen, um eine 100 %-Anrechnung der Quellensteuer zu erreichen, die anderenfalls (unzulässigerweise) nur gekürzt angerechnet werden könne. Kernpunkt seiner Kritik ist, dass die ausländ. Quellensteuer (q) bei KiStPflicht nicht in voller Höhe angerechnet wird, sondern die Anrechnung systematisch immer nur zu weniger als 100 % erfolgt. Demgegenüber vertritt WERTH die Auffassung, dass keine Korrektur der Formel erfolgen müsse, weil sich die eingeschränkte Anrechnung der Quellensteuer aus § 32d Abs. 5 Satz 1 ergebe, wo geregelt sei, dass die ausländ. Quellensteuer höchstens zu 25 % angerechnet werden dürfe (WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 103 [10/2014]).

► *Stellungnahme:* Die Feststellungen von RÜD sind uE zutreffend. Die Formel spiegelt nicht den Wortlaut des Gesetzes wider und steht auch im Widerspruch zur Anrechnung von Quellensteuer im Rahmen des § 34c. Nach dem Wortlaut des § 32d Abs. 1 Satz 3 ist zunächst die Steuer aus § 32d Abs. 1 Sätze 1 und 2 zu berechnen; dh., dass zunächst 25 % der relevanten Einkünfte errechnet (Satz 1) und sodann das Erg. um die ausländ. Quellensteuer zu reduzieren ist (Satz 2). Dieser Betrag ist im Fall der KiStPflicht um 25 % der auf die Kapitalerträge entfallenden KiSt zu mindern (Satz 3). Wenn die Minderung des Satzes 3 (nach dem Wortlaut) korrekt berechnet wird, ist schlicht der Gesamtbetrag der Kapitalerträge (vor Quellensteuerabzug) mit 25 % zu multiplizieren und dieser Betrag von dem Erg. gem. § 32d Abs. 1 Sätze 1 und 2 abzuziehen. Dies ist der klare Wille des Gesetzgebers; tatsächlich spiegelt die Formel jedoch dies nicht korrekt wider; dies hat RÜD durch Beispielsberechnungen nachgewiesen. WERTH führt zwar zutr. aus, dass die Anrechnung der Quellensteuer auf 25 % begrenzt werden müsse; dies betrifft uE jedoch nur die nachrangige Frage der Kappung des Anrechnungsbetrags auf eine Höchstgrenze; dass die Quellensteuer gemäß der Formel aber auch unter der Höchstgrenze nur zu einem Teil angerechnet wird, rechtfertigt dies freilich nicht. Die Berechnung/Formel ist daher wie von RÜD vorgeschlagen anzupassen.

Verfassungsmäßigkeit: Der Abzug der Kirchensteuer ist zulässig und sachlich gerechtfertigt; zur Verfassungskonformität des Sonderausgabenabzugs bei Kirchensteuer s. FG Münster v. 15.9.2015 – 5 K 257/15, juris, rkr.

3. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Ausnahmen von der Abgeltungsteuer (Abs. 2)

a) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersatzes bei Kapitalerträgen aus Darlehensverträgen unter nahen Angehörigen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) 8

Gestaltungen zur Umqualifikation von Einkünften: Um die StSatz-Spreizung zwischen Einkünften aus Kapitalvermögen und den anderen Einkunftsarten zu nutzen, könnte ein Stpfl. vermehrt Fremdkapital in der progressiv besteuerten Sphäre einsetzen und zugleich Liquidität im PV anlegen, um sie als sonderbesteuerte Kapitaleinkünfte zu beziehen. Damit erreicht der Stpfl. eine Verschiebung seiner Einkünfte zwischen den Einkunftsarten. Zum anderen können auch mehrere Stpfl. Einkünfte untereinander verschieben, indem sie miteinander etwa eine Darlehensbeziehung eingehen. Ein möglicher stl. Vorteil ergibt sich dann erst aus einer Gesamtbetrachtung der StLast der beteiligten Personen. So kann der Schuldner des Darlehens durch den Zinsaufwand in seiner betrieblichen Sphäre die progressiv besteuerten gewerblichen Einkünfte reduzieren, zugleich unterfällt der Zinsertrag beim Gläubiger der Kapitalerträge dem gesonderten StTarif nach § 32d Abs. 1. Die stl. Entlastungswirkung durch Abzug der Schuldzinsen auf Ebene des Schuldners überwiegt die ertragstl. Belastung auf Ebene des Gläubigers. Ein derartiges konzertiertes Vorgehen von Gläubiger und Schuldner zur Ausnutzung der StSatz-Spreizung ist aber regelmäßig nur denkbar, wenn Gläubiger und Schuldner in einem besonderen Näheverhältnis zueinander stehen (vgl. auch WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 32d Rn. 8). § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a bestimmt daher, dass auf bestimmte Kapitalerträge, die zwischen nahestehenden Personen gezahlt werden, der gesonderte StTarif keine Anwendung findet, da hier typisiert eine Verlagerung von Einkünften unterstellt wird.

Ergänzung des gesetzgeberischen Motivs: Zunächst hat das gesetzgeberische Motiv, das Ausnutzen der StSatz-Spreizung durch die Begründung von Darlehensbeziehungen zu verhindern, keinen Ausdruck im Gesetz gefunden; insbes. war die Abziehbarkeit der Schuldzinsen in einer progressiv besteuerten Einkunftsart beim Schuldner kein Tatbestandsmerkmal. Damit erfasste die Norm auch Fälle, bei denen sich durch das Darlehensverhältnis kein Gesamtbelastungsvorteil ergibt. Durch das JStG 2010 wurde § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a um einen zweiten Halbsatz ergänzt, wonach es bei Kapitalüberlassungen unter einander nahestehenden Personen nur insoweit zur Anwendung der Regelbesteuerung an Stelle des gesonderten StSatzes nach § 32d Abs. 1 kommt, wie die Aufwendungen beim Schuldner die Bemessungsgrundlage für die inländ. Besteuerung gemindert haben.

Verfassungswidrigkeit bei Benachteiligung von Familienangehörigen: In Bezug auf § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a und die Anwendung des Abgeltungsteuersatzes bei Kapitalerträgen aus Darlehen zwischen Angehörigen i.S. § 15 AO hat der BFH verfassungsrechtl. Bedenken insoweit, als allein die Tatsache der Familienangehörigkeit den privilegierenden Abgeltungsteuersatz ausschließen soll (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 9/13, BStBl. II 2014, 986: „Die Anwendung des gesonderten Steuertarifs für Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 32d Abs. 1 EStG ist nicht schon deshalb nach § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a EStG ausgeschlossen, weil Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge Angehörige i.S. des § 15 AO sind. Diese einschränkende Auslegung des Auschlussstatbestands entspricht dem Willen des Gesetzgebers und ist auch aus ver-

fassungsrechtlichen Gründen geboten“; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 44/13, BStBl. II 2014, 992; BFH v. 14.5.2014 – VIII R 31/11, BStBl. II 2014, 995; BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397 (die Verfassungsbeschwerde gegen VIII R 44/13 wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG v. 7.4.2016 – 2 BvR 623/15); entgegen BMF v. 9.10.2012 – IV C 1 - S 2252/10/10013, BStBl. I 2012, 953, Tz. 136 (aufgehoben); (zur Vorstellung der FinVerw. von der Familie als „Bilanzraum“ s. WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 49 [10/2014]; entgegen FG Köln v. 28.1.2014 – 12 K 3373/12, EFG 2014, 1393, aufgehoben durch BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397); PODEWILS, jurisPR-SteuerR 28/2014 Anm. 2.

▶ *Verfassungswidrige Vermutung des Gestaltungsmissbrauchs unter Angehörigen:* Der BFH erkennt in der Regelung des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a eine gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßende, sachlich nicht zu rechtfertigende Benachteiligung von Familienangehörigen, weil die Regelung bei Vereinbarungen zwischen Ehegatten und Familienmitgliedern unwiderlegbar einen Gestaltungsmissbrauch vermutet (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 35/13, BStBl. II 2014, 990; vgl. auch BFH v. 29.4.2014 – VIII R 44/13, BStBl. II 2014, 992; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 31/11, BStBl. II 2014, 995; BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397 [die Verfassungsbeschwerde gegen VIII R 44/13 wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG v. 7.4.2016 – 2 BvR 623/15]; s. auch WACHTER, MittBay-Not. 2015, 268 [269]; GLÄSER/ZÖLLER, BB 2015, 1632).

▶ *Reaktion der Finanzverwaltung:* Die FinVerw. hat sich nunmehr dem Verständnis des BFH angeschlossen und stellt für das Verhältnis von nahestehenden Personen darauf ab, ob ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 136).

9) b) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersatzes bei Gesellschafterfremdfinanzierung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b)

Keine Anwendung des Abgeltungsteuersatzes bei Gesellschafterfremdfinanzierung: Der gesonderte StTarif findet weiterhin keine Anwendung bei Kapitalerträgen, die von einer KapGes. oder einer Genossenschaft gezahlt werden, an der der Stpfl. zu mindestens 10 % beteiligt ist. Da die Erträge einer KapGes. und einer Genossenschaft der KSt unterliegen und damit nicht dem Anwendungsbereich der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 unterfallen, besteht das Ziel des Gesetzgebers in dieser Fallgruppe nicht darin, das Ausnutzen der StSatz-Spreizung zwischen verschiedenen Einkunftsarten zu verhindern, sondern darin, die Tendenz zur Fremdkapitalfinanzierung aufgrund der bei Eigenkapitalfinanzierungen fehlenden Kompensation für die KStVorbelastung einzudämmen. Der Gesetzgeber geht bei einer Beteiligung iHv. mindestens 10 % davon aus, dass der Gesellschafter über besondere Möglichkeiten der Einflussnahme verfügt, die es ihm erlauben, durch eine Fremdfinanzierung von der Abgeltungsteuer des § 32d Abs. 1 zu profitieren (BTDrucks. 16/4841, 61).

▶ *Kein Gegenbeweis möglich:* Dem Stpfl. ist keine Möglichkeit eines Gegenbeweises eröffnet. Der BFH hat dies aus verfassungsrechtl. Sicht gebilligt (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884; FG Münster v. 16.7.2014 – 10 K 2637/11 E, EFG 2014, 1793, nrkr., Az. BFH VIII R 49/14; vgl. dazu MORITZ, AktStR 2014, 457 [468]; WERTH, DStZ 2014, 670 [672]; LEVEDAG, GmbHR 2015, 57 [64]); dies gilt selbst dann, wenn die Darlehenshingabe vor Inkrafttreten der Abgeltungsteuer erfolgt ist, die Vereinnahmung der Zinsen jedoch der Abgeltungsteuer unterfällt.

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

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

Verfassungsmäßigkeit: Der Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes gem. § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b verstößt nach der Rspr. des BFH weder gegen Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen Art. 2 Abs. 1 GG (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884; FG Münster v. 22.1.2014 – 12 K 3703/11 E, EFG 2014, 1005, rkr., nach Rücknahme der Rev. BFH VIII R 15/14; NEU, EFG 2014, 1006; FG Münster v. 16.7.2014 – 10 K 2637/11 E, EFG 2014, 1793, nrkr., Az. BFH VIII R 49/14; ROSENKE, EFG 2014, 1796; LÖBE, NWB 2014, 3955 [3960]; WEISS, NWB 2016, 334), denn der Ausschluss, so der BFH, rechtfertige sich daraus, dass bei der Begünstigung einer Gesellschafterfremdfinanzierung das wirtschaftspolitische Lenkungsziel des Gesetzgebers, durch die Einführung eines Abgeltungsteuersatzes die Standortattraktivität Deutschlands im internationalen Wettbewerb für private Anleger zu erhöhen, verfehlt würde (s. hierzu auch WERTH, DStR 2015, 1343 [1347/1348]; WACHTER, MittBayNot. 2015, 268 [269]). In seinem Urteil v. 29.2014 qualifizierte der BFH auch die Beteiligungsgrenze von 10 % als verfassungskonform (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884).

► *Verfehlung des wirtschaftspolitischen Lenkungsziel als Rechtfertigung:* Die Ungleichbehandlung eines Gesellschafter-Fremdkapitalgebers im Verhältnis zu dem durch den Abgeltungsteuersatz begünstigten Dritten, der eine Gesellschaft als Fremdkapitalgeber finanziert, findet nach Auffassung des BFH ihre Rechtfertigung in dem Zweck des Gesetzes, die Anwendung des Abgeltungsteuersatzes auf Fälle zu beschränken, bei denen die Gefahr besteht, dass Kapital in das niedrig besteuerte Ausland verlagert wird (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884); denn gesetzgeberisches Ziel sei es gewesen, die Standortattraktivität der Bundesrepublik Deutschland im internationalen Wettbewerb für private Anleger, die ihr Kapital ohne größere Schwierigkeiten auch im Ausland anlegen könnten, durch eine leicht erkennbare Belastungsminderung zu erhöhen (BTD Drucks. 16/4841, 1). Dieses wirtschaftspolitische Lenkungsziel könne (so der BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884) jedoch nicht erreicht werden, wenn der Anteilseigner das Ziel der Refinanzierung seiner Gesellschaft im Inland durch eine Verlagerung seines Kapitals ins Ausland nicht realisieren

könnte (weil sich die nämliche Gesellschaft nicht im Ausland, sondern eben im Inland befindet).

Stellungnahme: Die Regelung ist uE nicht zu rechtfertigen. Die Verwerfungen zwischen Eigen- und Fremdkapitalfinanzierungen sind der vom Gesetzgeber gewählten Form einer Abgeltungsteuer immanent. Der strukturelle Fehler liegt darin, dass bei Beteiligungserträgen keine Kompensation für die Vorbelastung mit KSt auf Gesellschaftsebene gewährt wird. Abs. 2 stellt daher nicht – wie in der Gesetzesbegründung behauptet – Finanzierungsneutralität sicher (BTDrucks. 16/4841, 60). Vielmehr wird die durch die Abgeltungsteuer aufgehobene Finanzierungsneutralität nur partiell wiederhergestellt. Die Abgeltungsteuer führt zwangsläufig zu einer steigenden Attraktivität der Fremdfinanzierung – unabhängig davon, ob der Fremdkapitalgeber zugleich auch (wesentlicher) Anteilseigner der Gesellschaft ist. Der übermäßigen Fremdfinanzierung versucht der Gesetzgeber mit der Einführung einer Zinsschranke zu begegnen; einer weiteren Abwehrmaßnahme, die sich nur gegen Gesellschafterfremdfinanzierungen richtet, bedarf es daher nicht. Der Gesetzgeber ist stattdessen aufgerufen, den strukturellen Fehler der Abgeltungsteuer zu beseitigen und Beteiligungserträge insgesamt begünstigt zu besteuern (vgl. WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 65 [10/2014]).

► *Stellungnahme zum „wirtschaftspolitischen Lenkungsziel“* (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884): Die Rechtfertigung durch ein „wirtschaftspolitisches Lenkungsziel“ trägt uE ebenfalls nicht, denn das vom BFH anerkannte wirtschaftspolitische Ziel stellt sich uE eher als lediglich fiskalpolitisch motivierte Ausnahme bei der Gesellschafterfremdfinanzierung dar. Entscheidend ist uE, dass die StSatz-Spreizung auf die Entscheidung des Gesetzgebers zurückgeht, ein Schedulensystem einzuführen; dass sich für bestimmte Einkunftsarten systematisch abweichende StSätze ergeben, ist logische Konsequenz der (abwägenden) Entscheidung des Gesetzgebers. In diesem Zusammenhang qualifizieren wir die Entscheidung des Gesetzgebers eher fiskalpolitisch als lenkungspolitisch motiviert. Ob die Ausnahme des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b auf dieser Basis gerechtfertigt werden kann, erscheint uns sehr fraglich.

Gesellschafterfremdfinanzierung bei Einbindung nahestehender Personen: § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b findet auch dann Anwendung, wenn der Gläubiger (Kapitalgeber) eine nahestehende Person des Anteilseigners ist. Aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Darlehensgebers zu den Gesellschaftern der mit dem Darlehen begünstigten GmbH allein resultiert auch bei § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b keine ausreichende Grundlage für ein entsprechendes Näheverhältnis (BFH v. 14.5.2014 – VIII R 31/11, BStBl. II 2015, 995; s. zur nahestehenden Person Anm. 8 „Verfassungswidrigkeit bei Benachteiligung von Familienangehörigen“).

10 c) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abgeltungsteuersatzes bei Back-to-Back-Finanzierung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c)

Ausschluss von Back-to-Back-Finanzierungen: § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c soll sog. *back-to-back*-Finanzierungen erfassen. Hierbei handelt es sich um Gestaltungen zur wechselseitigen Kapitalüberlassung, bei denen bei einem Dritten – typischerweise einer Bank – ein Darlehen vom Stpfl. oder einer anderen Person aufgenommen wird (im Gesetz als „Kapitalüberlassung“ bezeichnet), während der Stpfl. zugleich eine Einlage unterhält (im Gesetz als „Kapitalanlage“ bezeichnet). Die schon in das UntStReformG 2008 aufgenommene Regelung wurde im JStG 2008 grundlegend überarbeitet, nachdem sich gezeigt hatte, dass die ur-

sprüngliche Formulierung teilweise zu eng, teilweise aber auch erheblich zu weit geraten war. So sollten ursprünglich nur Fälle erfasst werden, bei denen Einlage und Darlehen bei derselben dritten Person bestehen. Durch die Wahl einer Anlage- und einer Finanzierungsbank hätte diese Regelung ohne Weiteres ausgehebelt werden können, wodurch wiederum das „Hausbankprinzip“ gefährdet gewesen wäre. Zu weit war die Regelung insoweit, als bereits das zeitliche Zusammentreffen von Einlage und Darlehen zur Versagung des gesonderten StTarifs geführt hätte, auch wenn beide in keinerlei Zusammenhang miteinander stehen (vgl. auch BTDrucks. 16/7036, 13).

Gemäß der Gesetzesbegründung bezweckt die Regelung die Verhinderung von Gestaltungen, bei denen betriebliche Gewinne zB in Form von Darlehenszinsen abgesaugt werden, und so die StBelastung auf den Abgeltungsteuersatz reduziert wird (BTDrucks. 16/7036, 13). Dies ist möglich, indem Kapitalerträge aus einer Einlage dem proportionalen Sondertarif iSd. § 32d unterliegen, während sich die für das Darlehen gezahlten Zinsen im Rahmen des progressiven Normaltarifs iSd. § 32a steuermindernd auswirken. Insbesondere betriebliche Gewinne können auf diese Weise in Form von Darlehenszinsen abgesaugt und die StBelastung auf den Abgeltungsteuertarif reduziert werden. Die Einbeziehung von Darlehensverhältnissen mit KapGes. und Genossenschaften (Doppelbuchst. cc) lässt sich allerdings nur mit dem Ziel der Einschränkung der Fremdfinanzierung von KapGes. und Genossenschaften erklären (vgl. Anm. 1 ff.).

► *Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger bzw. eine diesem nahestehende Person (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2)*: Die Grundüberlegung der Back-to-Back-Finanzierung, wie sie aus den Regelungen der Gesellschafterfremdfinanzierung des § 8a KStG aF bekannt ist, zeichnet sich dadurch aus, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung ein direktes Kapitalüberlassungsverhältnis zwischen dem Stpfl. und der finanzierten Gesellschaft besteht, bei dem lediglich ein Dritter zwischengeschaltet wird, der die Finanzierung durchleitet. Der Dritte nimmt idR eine Kapitalanlage vom Stpfl. herein und reicht seinerseits ein Darlehen an die Gesellschaft aus. Aufgrund eines vereinbarten Zugriffsrechts auf die Kapitalanlage wird das Ausfallrisiko des Schuldners des Dritten auf den Stpfl. verlagert. Da die Risikoverteilung der eines direkten Kapitalüberlassungsverhältnisses entspricht, sollen auch deren stl. Folgen eintreten (vgl. auch SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2008, 2007, 621 [648]). Auf diesen Gedanken hat der Gesetzgeber nun auch im Zusammenhang mit den Ausnahmetatbeständen für die Anwendung des gesonderten StTarifs nach § 32d Abs. 1 zurückgegriffen. Danach soll der progressive StTarif zur Anwendung kommen, wenn derjenige, der den Betrieb bzw. die Gesellschaft finanziert, auf den Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann.

Verfassungsmäßigkeit: Typisierend geht der Gesetzgeber von einem missbräuchlichen Zusammenwirken zur Einkünfteverlagerung aus, wenn die Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c vorliegen (BTDrucks. 16/4841, 61); die Möglichkeit eines Gegenbeweises ist dem Stpfl. nicht eröffnet. Zwar hat sich der BFH bislang zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c nicht geäußert, doch ist nach der verfassungsrechtl. Billigung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und b (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 9/13, BStBl. II 2014, 986; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 23/13, BStBl. II 2014, 884; vgl. dazu MORITZ, AktStR 2014, 457 [468]) davon auszugehen, dass auch § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c vom Grundsatz her Bestand haben wird. Freilich gilt es dabei den Begriff der „nahestehenden Person“ verfassungskonform anzuwenden (vgl. Anm. 8 und 9; s. dort auch zu den erhobenen verfassungsrechtl. Bedenken).

§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6: Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6 gilt § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 1 bis 5 sinngemäß, wenn das überlassene Kapital vom Gläubiger der Kapitalerträge für die Erzielung von Einkünften iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 6 und 7 eingesetzt wird.

► *Bedeutung der Norm:* Die StSatz-Spreizung zwischen Einkünften aus Kapitalvermögen und anderen Einkunftsarten setzt auch außerhalb der Gewinneinkunftsarten Anreize zu Einkunftsverlagerungen. Aus stl. Sicht erscheint es daher vorteilhaft, etwa vermietete Immobilien weitgehend mit Fremd- und nicht mit Eigenkapital zu finanzieren. Der Zinsaufwand reduziert die progressiv besteuerten Einkünfte aus VuV, während die Kapitalanlagezinsen dem gesonderten StTarif unterfallen (vgl. HOMBURG, DStR 2007, 686). Die Vorteilhaftigkeit hängt dabei ganz maßgeblich von der Differenz (dem *spread*) zwischen Guthaben- und Darlehenszinsen ab (vgl. auch Anm. 50 „Fehlender Belastungsvorteil bei Anwendung des gesonderten Steuertarifs“). Dieser Tendenz soll mit einer sinnngemäßen Anwendung der Ausnahmeregelungen zu Abs. 1 bei *back-to-back*-Finanzierungen entgegengewirkt werden.

11 d) Bedeutung des Abgeltungsteuersatzes bei begünstigten Lebensversicherungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)

Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen: § 32d Abs. 2 Nr. 2 bestimmt, dass für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 nicht der Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1, sondern der progressive Normaltarif gem. § 32a Abs. 1 zur Anwendung kommt. Die Regelung dient dem Zweck, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, die sich aus einer mehrfachen StPrivilegierung ergeben. So sieht § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 für Erträge aus Lebensversicherungen im Erlebensfall oder bei Rückkauf des Vertrags unter bestimmten Voraussetzungen eine hälftige StBefreiung vor. Die Anwendung des Abgeltungsteuersatzes gem. § 32d Abs. 1 würde in diesen Fällen zu einer weiteren Reduktion des StSatzes und der StBelastung auf 12,5 % ($25\% \times 50\%$) führen. Damit würden solche Lebensversicherungen gegenüber anderen Kapitalanlagen verzerrend stl. begünstigt werden. Deshalb soll in diesen Fällen der Normaltarif des § 32a Abs. 1 Anwendung finden (BTDrucks. 16/4841, 61; BRUSCH, FR 2007, 999 [1001]; WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 90 [10/2014]).

► *Wirkung der hälftigen Besteuerung:* Die hälftige Besteuerung unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 ist immer günstiger als die Anwendung des gesonderten StSatzes, die zur Anwendung kommt, wenn die Alters- und Laufzeitgrenzen nicht eingehalten werden, da die StLast höchstens 45 % („Reichensteuer“) $\times 50\% = 22,5\%$ beträgt. Zumindest diese Sonderregelung ist uE gerechtfertigt, da sich das Produkt „Lebensversicherung“ im begünstigten Bereich doch erheblich von normalen Kapitalanlageprodukten unterscheidet. Neben der Langfristigkeit (mindestens zwölf Jahre Laufzeit) besteht Kapitalgarantie. Zudem ist der Versicherer aufsichtsrechtl. im Interesse des Versicherten in den Anlagemöglichkeiten begrenzt.

► *Die Verfassungsmäßigkeit der Regelung* bejahend WORGULLA, FR 2013, 921 (931).

12 e) Bedeutung des Abgeltungsteuersatzes bei unternehmerischen Beteiligungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3)

Optionsmöglichkeit zum Teileinkünfteverfahren bei unternehmerischen Beteiligungen: § 32d Abs. 2 Nr. 3 gewährt dem Stpfl. die Möglichkeit, bei einer typischerweise unternehmerischen Beteiligung an einer KapGes. zu einer Be-

steuerung nach der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 mit Anwendung des Teileinkünfteverfahrens zu optieren. Damit finden die Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 20 Abs. 6 und das WK-Abzugsverbot nach § 20 Abs. 9 keine Anwendung (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 2); stattdessen sind die Kapitalerträge aus der Beteiligung im Optionsfall dem Regeltarif des § 32a Abs. 1 unter Anwendung des Teileinkünfteverfahrens § 3 Nr. 40 zu unterwerfen. Der Stpfl. kann seine Finanzierungskosten im Rahmen des Teilabzugsverbots (§ 3c Abs. 2 Satz 1) steuerermindernd geltend machen und Verluste mit Gewinnen aus anderen Einkunftsarten verrechnen.

► *Reaktion auf Kritik des Werbungskostenabzugsverbots:* Nach heftiger Kritik des WK-Abzugsverbots wurde die Optionsmöglichkeit des § 32d Abs. 2 Nr. 3 eingeführt. In der Diskussion wurden vor allem die Beispiele eines fremdfinanzierten Erwerbs von Anteilen im Rahmen eines *Management-Buy-Out* und der Beteiligung an einer Berufsträger-KapGes. (zB einer Steuerberatungsgesellschaft) angeführt. Das Verbot, Schuldzinsen als WK zu berücksichtigen, hätte in derartigen Gestaltungen wegen des WK-Abzugsverbots (§ 20 Abs. 9) und des Verlustverrechnungsverbots (§ 20 Abs. 6) häufig zu einer Substanzbesteuerung geführt. Auf Basis der Rechtfertigung, dass in bestimmten Fällen ein Anteilserwerb nicht als bloße Kapitalanlage, sondern aus unternehmerischem Interesse erfolgt, hat eine Unterscheidung zwischen Anteilserwerben, die als bloße Kapitalanlage dienen und daher dem gesonderten Tarif unterfallen, und solchen Erwerben, die aus einem unternehmerischen Interesse heraus erfolgen, Eingang in das Gesetz gefunden (BTDrucks. 16/7036, 14).

► *Stellungnahme:* Die Notwendigkeit einer solchen Ausnahmeregelung zeigt uE, dass die Abgeltungsteuer in ihrer derzeitigen Ausgestaltung zu Verwerfungen führt, die ökonomisch und verfassungsrechtl. nicht tragbar sind. Es wäre konsequent, für etwa (fremdfinanzierte) Wertpapieranlagen ein vergleichbares Optionsrecht einzuführen, da die Abgeltungsteuer auch hier zu unbilligen Härten führt (s. auch WORGULLA, FR 2013, 921 [931]).

Frist zur Ausübung der Option auf Teileinkünfteverfahren verfassungskonform: Die Befristung des Antrags auf Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 wurde vom BFH aus verfassungsgesichtlichen Gründen gebilligt (BFH v. 28.7.2015 – VIII R 50/14, BStBl. II 2015, 894), weil ein berechtigtes Interesse des Gesetzgebers an einer Verwaltungsvereinfachung bestünde.

1 %-Beteiligung und berufliche Tätigkeit mit maßgeblichem unternehmerischem Einfluss (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b (ab Veranlagungszeitraum 2017)): Mit dem BEPS-UmsG wurden die Voraussetzungen für einen Antrag auf Option zum Teileinkünfteverfahren rechtsprechungsdurchbrechend verschärft (vgl. WIESE, GmbHR 2017, R1). Auf Basis des Wortlauts des § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b aF, wonach ein Antrag auf Option zum Teileinkünfteverfahren bei einer mindestens 1 %-Beteiligung an der KapGes. und einer beruflichen Tätigkeit für die Gesellschaft möglich ist, hat der BFH v. 25.8.2015 (VIII R 3/14, BStBl. II 2015, 892) entschieden, dass sich aus dem Wortlaut der Vorschrift weder qualitative noch quantitative Anforderungen an die berufliche Tätigkeit des Anteilseigners für die KapGes. ergeben. Die Notwendigkeit eines maßgeblichen Einflusses auf die KapGes. sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Danach wären auch einfache berufliche Tätigkeiten (zB als Bürosachbearbeiter oder Lagerarbeiter) für eine KapGes., an der eine mindestens 1 %ige Beteiligung besteht, ausreichend, um die Anwendung der tariflichen Besteuerung (verbunden mit dem höheren Abzug von Aufwendungen und der Anwendung

des Teileinkünfteverfahrens) zu erreichen. Nach Auffassung des BRats entspricht diese Interpretation nicht dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers; mit der Neufassung von § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b sollte der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers im Wortlaut der Regelung verankert werden (BRDrucks. 406/1/16, 22). Erforderlich ist für Anträge ab dem VZ 2017 nunmehr, dass durch die berufliche Tätigkeit ein maßgeblicher unternehmerischer Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft genommen werden kann.

13 f) Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Korrespondenzprinzips (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4)

Durch das JStG 2010 wird § 32d Abs. 2 um eine Nr. 4 erweitert, die eine Ausnahme für die Anwendung des gesonderten StSatzes auf vGA vorsieht, die das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben.

Materiell-rechtliche Korrespondenz für verdeckte Gewinnausschüttungen (JStG 2007): Mit dem JStG 2007 wurde im Bereich des Teileinkünfteverfahrens die sog. materiell-rechtl. Korrespondenz für vGA eingeführt. Die teilweise StFreistellung von vGA wurde davon abhängig gemacht, dass diese das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert und damit einer kstl. Vorbelastung unterlegen haben (s. § 3 Nr. 40 Anm. 125).

Ausdehnung des Korrespondenzprinzips auf die Abgeltungsteuer: Das Korrespondenzprinzip wird durch § 32d Abs. 2 Nr. 4 auf die Abgeltungsteuer erweitert. Die Anwendung des gesonderten StSatzes auf vGA setzt voraus, dass diese bei der Körperschaft das Einkommen nicht gemindert haben (BTDrucks. 17/2249, 55). Dadurch wird sichergestellt, dass der proportionale Sondertarif iSd. § 32d Abs. 1 für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 nur Anwendung findet, soweit diese das Einkommen der ausschüttenden Körperschaft nicht gemindert haben. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, findet der reguläre Tarif des § 32a Abs. 1 Anwendung (BTDrucks. 17/2249, 55).

► *Verbreiterung der Bemessungsgrundlage:* Der Gesetzgeber hat sich mit der Einführung der Abgeltungsteuer zu einer Schematisierung der Einkunftsarten mit unterschiedlichen Tarifbelastungen entschieden. Teilweise sind die Aufwendungen des Schuldners, die beim Gläubiger zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen, mit Ertragsteuern vorbelastet (etwa offene Gewinnausschüttungen), teilweise sind sie es nicht (Zinserträge). Die Verankerung der materiellen Korrespondenz in § 32d Abs. 2 Nr. 4 kann damit nicht mit der Sicherung der Besteuerungssystematik, sondern allenfalls mit der Verbreiterung der Bemessungsgrundlage begründet werden. Gerade in Auslandssachverhalten soll so die Entstehung „weißer Einkünfte“ vermieden werden.

14 4. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Pflichtveranlagung (Abs. 3)

Grundsätzlich sollen die Kapitaleinkünfte im Rahmen eines abgeltenden Quellensteuerabzugs besteuert werden (§§ 43 ff.); der Abgabe einer EStErklärung bedarf es im Regelfall deshalb für diese Einkünfte nicht. Wurde bei den Kapitalerträgen jedoch kein StAbzug vorgenommen, sind diese in der Veranlagung gem. §§ 25 ff. zu berücksichtigen (§ 32d Abs. 3); der Stpfl. hat diese in seiner EStErklärung anzugeben und es kommt der StSatz des § 32d im Veranlagungsverfahren von Amts wegen zur Anwendung (Details s. Anm. 23 „Wurde bei den Kapitalerträgen kein Steuerabzug vorgenommen“).

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

Fehlender Quellensteuerabzug erfordert Sonderregelung: Nach § 25 Abs. 1 wird die ESt nur nach dem im VZ bezogenen Einkommen veranlagt, wobei der Begriff des Einkommens die Kapitalerträge nach § 32d Abs. 1 nicht umfasst (§ 2 Abs. 5b Satz 1). Ohne eine Sonderregelung wäre die für Kapitalerträge, die nicht mit KapErtrSt belastet sind, entstehende ESt daher weder im Veranlagungswege noch im Abzugswege zu erheben. § 32d Abs. 3 schließt diese Lücke, indem eine Verpflichtung zur Angabe dieser Kapitalerträge in der EStErklärung begründet wird. In der Veranlagung werden diese Kapitalerträge mit dem gesonderten StTarif nach § 32d Abs. 1 besteuert. Bei § 32d Abs. 3 handelt es sich damit um eine Pflichtveranlagung zum gesonderten StTarif.

Systematischer Zusammenhang: Die Regelung ist uE im Abschnitt über den Tarif (§§ 31 ff.) fehlplatziert. Inhaltlich hätte es näher gelegen, die Regelung in den Abschnitt über die Veranlagung (§§ 25 ff.) aufzunehmen. Soweit allerdings die Besteuerung nach dem gesonderten Tarif angeordnet wird (§ 32d Abs. 3 Satz 2), besteht ein enger Zusammenhang mit den Tarifvorschriften.

Befristung des Antrags gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3: Der Antrag gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 ist spätestens zusammen mit der EStErklärung für den jeweiligen VZ zu stellen (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4; BFH v. 28.7.2015 – VIII R 50/14, BStBl. II 2015, 894; FG Sachs.-Anh. v. 19.12.2011 – 1 K 1108/11, DStRE 2013, 18, rkr.); diese Befristung ist nach Ansicht des BFH verfassungsgemäß (BFH v. 28.7.2015 – VIII R 50/14, BStBl. II 2015, 894; s. auch STEINHAUFF, jurisPR-SteuerR 46/2015 Anm. 2).

5. Bedeutung der Wahlveranlagung (Abs. 4)

15

§ 32d Abs. 4 gibt dem Stpfl. das Recht, für Kapitalerträge, die der KapErtrSt unterliegen haben, eine StFestsetzung zum gesonderten StTarif der Abgeltungsteuer zu beantragen. Mit dieser Wahlveranlagung zum gesonderten Tarif der Abgeltungsteuer eröffnet § 32d Abs. 4 die Möglichkeit, die abgeltende Wirkung des KapErtrStEinbehalts nach § 43 Abs. 5 zu durchbrechen.

Berücksichtigung weiterer Umstände: Die Regelung ist erforderlich, da die zum StAbzug Verpflichteten (§ 44 Abs. 1 Satz 3) nicht immer alle erforderlichen Daten besitzen, um den StAbzug in Höhe der materiellen StPflicht (§§ 20, 32d Abs. 1) vornehmen zu können. Der Betrag der KapErtrSt kann nach oben und unten von der materiellen StPflicht abweichen (vgl. auch § 43a Abs. 2 und § 20 Abs. 4). Bei einer Abweichung nach oben kann der Stpfl. über einen Antrag nach § 32d Abs. 4 eine Korrektur zu seinen Gunsten anstoßen; bei einer Abweichung nach unten wird der Stpfl. regelmäßig auf einen Antrag nach § 32d Abs. 4 verzichten; evtl. kommt eine Pflichtveranlagung nach § 32d Abs. 3 in Frage.

► *Verlustverrechnung:* Die Überprüfung des Steuereinbehalts kommt bei Verlusten insbes. dann in Betracht, wenn Verluste aus Verlustbescheinigungen nach § 43a Abs. 3 Satz 4 im Veranlagungsverfahren berücksichtigt werden sollen. Darüber hinaus werden im Rahmen dieses Antrags die Verrechnung von Verlustvorträgen nach § 20 Abs. 6 und – zeitlich befristet bis einschließlich VZ 2013 – auch

die Verrechnung von Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Sätze 9 und 10 aF ermöglicht.

► *Alternative – Anfechtung der Kapitalertragsteueranmeldung*: Alternativ zum Antrag gem. 32d Abs. 4 besteht die Möglichkeit einer beschränkten Anfechtung durch den Gläubiger der Kapitalerträge (den Bankkunden) als wirtschaftlichen Träger der KapErtrSt (WEBER-GRELLET, DStR 2013, 1357 [1359]; Nds. FG v. 17.1.2008 – 10 K 391/02, juris, rkr.; vgl. auch BFH v. 7.11.2007 – I R 19/04, BStBl. II 2008, 228; s. zu Details der Drittanfechtung Anm. 21 „Verhältnis des § 32d Abs. 4 zu materieller Bestandskraft der Kapitalertragsteueranmeldung“).

16 6. Bedeutung der Berücksichtigung ausländischer Quellensteuern (Abs. 5)

§ 32d Abs. 5 regelt in Anlehnung an § 34c und als Sondervorschrift zu dieser Norm die Berücksichtigung der im Ausland anfallenden Quellensteuer auf ausländ. Kapitalerträge.

Spezialnorm zu § 34c: Die in § 34c angeordnete Anrechnungssystematik lässt eine Berücksichtigung ausländ. Steuern erst zu, nachdem das zV und die daraus resultierende deutsche ESt eines VZ feststeht. Damit ist diese Regelung für einen abgeltenden KapErtrStEinbehalt nicht geeignet. § 32d Abs. 5 ordnet daher eine Anrechnung auf jeden (einzelnen) ausländ. Kapitalertrag an, ohne dass es auf den Gesamtbetrag der ausländ. Einkünfte oder die darauf entfallende deutsche ESt ankäme. In erster Linie regelt § 32d Abs. 5 die Anrechnung für Zwecke der materiellen StPfl. Über den Verweis in § 43a Abs. 3 Satz 1 findet § 32d Abs. 5 auch beim KapErtrStEinbehalt Anwendung.

17 7. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Günstigerprüfung (Abs. 6)

Gemäß § 32d Abs. 6 kann der StPfl. für die Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 eine StFestsetzung zum progressiven Normaltarif iSd. § 32a Abs. 1 beantragen, wenn dies zu einer niedrigeren ESt führt als die Anwendung des proportionalen Sondertarifs gem. § 32d Abs. 1.

Bedeutung des § 32d Abs. 6: Wie § 32d Abs. 4 regelt auch § 32d Abs. 6 einen Fall der Wahlveranlagung, der die abgeltende Wirkung des KapErtrStAbzugs durchbricht. Anders als im Fall des § 32d Abs. 4 erfolgt die Veranlagung zum individuellen StSatz. Die Regelung ermöglicht eine Besteuerung der Kapitalerträge nach den allgemeinen Tarifvorschriften, wenn dies für den StPfl. günstiger ist.

Verfassungsmäßigkeit der Günstigerprüfung bei Ausschluss des Abzugs von Werbungskosten (§ 32d Abs. 6): § 32d Abs. 6, der dem mit Einführung der Abgeltungsteuer angestrebten Vereinfachungseffekt zuwiderläuft, ist verfassungsrechtl. Bedenken geschuldet. Der Ausschluss des WK-Abzugs wurde vom BFH v. 28.1.2015 (VIII R 13/13, BStBl. II 2015, 393; JACHMANN, jM 2015, 259; STUMPE, StBW 2015, 332) als verfassungsrechtl. zulässig qualifiziert.

Verfassungskonforme Auslegung der sog. Günstigerprüfung gem. § 32d Abs. 6 erforderlich? Das FG Ba.-Württ. v. 17.12.2012 (9 K 1637/10, EFG 2013, 1041, aufgehoben durch BFH VIII R 13/13; TROSSEN, EFG 2013, 1045; KAMPS/GOMES, Stbg 2014, 360) hat entschieden, dass bei der sog. Günstigerprüfung § 32d Abs. 6 verfassungskonform dahingehend auszulegen sei, dass die tatsächlich entstandenen WK jedenfalls dann abzugsfähig sind, wenn der indivi-

duelle StSatz unter Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags unter 25 % liegt (glA MERTENS/KARRENBROCK, DStR 2013, 950 [951 f.]; KARRENBROCK, NWB 2015, 1310 [1313]; KAMPS/GOMES, Stbg 2014, 360; aA FG Rhld.-Pf. v. 11.4.2013 – 6 K 1295/11, EFG 2013, 932, rkr.; TROSSEN sieht keine Verfassungsverletzung und den Ausschluss des WK-Abzug noch in den Grenzen der zulässigen Pauschalisierung durch den Gesetzgeber, TROSSEN, EFG 2013, 1045). Der BFH v. 28.1.2015 (VIII R 13/13, BStBl. II 2015, 393) entschied demgegenüber, dass § 20 Abs. 9 auch bei § 32d Abs. 6 Satz 1 Anwendung findet; gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 32d Abs. 6 bestünden keine Bedenken, so dass ein Abzug der tatsächlich entstandenen WK nicht in Betracht komme. Die Bedenken gegen die Verfassungskonformität des § 32d Abs. 6 Satz 1 resultieren uE letztlich aus dem Verbot des WK-Abzugs gem. § 20 Abs. 9; das Verbot des WK-Abzugs kann als Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip verstanden werden, das den allgemeinen Gleichheitssatz und das Prinzip der Folgerichtigkeit verletzt und nicht durch außerfiskalische Förderungs- und Lenkungszwecke gerechtfertigt ist (s. im Detail § 20 Anm. 682).

► *Fallkonstellationen*: Es ist zwischen drei Fallkonstellationen zu unterscheiden (vgl. KAMPS/GOMES, Stbg 2014, 360): (i) Der persönliche StSatz ist auch ohne Berücksichtigung eines tatsächlichen WK-Abzugs geringer als 25 % (FG Ba.-Württ. v. 17.12.2012 – 9 K 1637/10, EFG 2013, 1041, aufgehoben durch BFH VIII R 13/13); (ii) ohne Berücksichtigung des tatsächlichen WK-Abzugs ist der persönliche StSatz größer als 25 %; nach Abzug der tatsächlichen WK sinkt der persönliche StSatz jedoch unter 25 % (FG Thür. v. 9.10.2013 – 3 K 1035/11, juris, rkr. nach Rücknahme der Rev. BFH VIII R 18/14); (iii) der persönliche StSatz ist vor und nach dem WK-Abzug höher als 25 %.

► *Problematik bei individuellem Steuersatz unter 25 %*: Das Problem verschärft sich in den Fällen, in denen der individuelle StSatz (unter Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags) unter 25 % liegt; denn in diesen Fällen regelt der Gesetzgeber die proklamierte Vereinfachung einseitig zu Lasten derjenigen Stpfl., deren individueller StSatz geringer als 25 % ist. Während andere Stpfl., deren individueller StSatz höher als 25 % ist, zumindest den Vorteil eines niedrigeren Abgeltungssteuersatzes genießen (und sich dadurch bei pauschaler Betrachtung das Verbot des WK-Abzugs rechtfertigen lassen könnte), ist dieser Vorteil bei Stpfl., deren individueller StSatz weniger als 25 % beträgt, generell ausgeschlossen. Eine effektive StBelastung von Kapitalerträgen mit 25 % scheint bei Stpfl. mit niedrigeren individuellen StSätzen dem Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zu widersprechen (vgl. WORGULLA, FR 2013, 921 [930]). Dies ist uE eine problematische Ungleichbehandlung, die nicht mit pauschalen Begründungen wie StVereinfachung, Bürokratieabbau und Stärkung der deutschen Finanzplätze gerechtfertigt werden kann (vgl. § 20 Anm. 682; so auch KARRENBROCK, NWB 2015, 1310 [1313 f.]; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 19 ff. [8/2014]). Der BFH v. 28.1.2015 (VIII R 13/13, BStBl. II 2015, 393) führt eine vom BMF eingereichte und „von den Beteiligten nicht in Frage gestellte“ Auswertung eines nicht genannten Instituts an; nach dieser Auswertung seien in den Jahren 2002 bis 2008 in ca. 95 % aller Fälle die tatsächlichen WK der Stpfl. nicht höher als der Sparer-Pauschbetrag gewesen. Demnach würde sich die Ungleichbehandlung auf 5 % der Fälle beschränken. Diese (wenig nachvollziehbaren) Angaben reichen uE nicht für eine Rechtfertigung aus. Hinzuweisen ist jedoch auf die vom BFH angesprochene Möglichkeit einer Billigkeitsmaßnahme gem. §§ 163, 227 AO (BFH v. 28.1.2015 – VIII R 13/13, BStBl. II 2015, 393; der BFH relativiert dies jedoch

bereits um die Aussage, dass es keinen Anspruch auf „Meistbegünstigung“ selbst gewählter Gestaltungen gibt).

IV. Geltungsbereich des § 32d

18 1. Sachlicher Geltungsbereich

Einkünfte aus Kapitalvermögen: § 32d gilt für alle Kapitalerträge, die zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen und die nicht unter § 20 Abs. 8 fallen (§ 32d Abs. 1 Satz 1). Soweit Kapitalerträge anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind, findet die Abgeltungsteuer keine Anwendung; dh., die Abgeltungsteuer gilt nicht bei Erträgen, die zu den Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus VuV gehören. § 32d findet auch dann keine Anwendung, wenn die (Kapital-)Erträge bereits nach allgemeinen Grundsätzen zu anderen Einkunftsarten zu rechnen sind (vgl. BFH v. 28.6.2007 – VI B 23/07, BFH/NV 2007, 1870). Zu Einzelheiten s. die Ausführungen zu den jeweiligen Absätzen.

Kapitalerträge ohne Steuerabzug: § 32d gilt auch für Kapitalerträge, bei denen kein StAbzug vorgenommen wurde. Gemäß § 32d Abs. 3 sind Kapitalerträge, die nicht der KapErtrSt unterlegen haben, in der Veranlagung gem. §§ 25 ff. zu berücksichtigen; der StPfl. hat diese in seiner EStErklärung anzugeben.

Begrifflichkeit Kapitalertrag/Einkünfte aus Kapitalvermögen: Das Gesetz verwendet den Begriff „Kapitalertrag“, der bis zum UntStReformG 2008 (nahezu) ausschließlich im Kontext der KapErtrSt verwendet wurde, synonym mit dem Terminus „Einkünfte aus Kapitalvermögen“. Diese beiden Begriffe unterschieden sich uE bis zum UntStReformG 2008 im Wesentlichen dadurch, dass Kapitalerträge auch dann vorlagen, wenn ein Ertrag aus Kapitalvermögen aufgrund der Subsidiarität der Einkünfte aus Kapitalvermögen einer anderen Einkunftsart zuzurechnen war (vgl. § 43 Abs. 4). Diese Deutung muss im Rahmen des § 32d Abs. 3 aufgegeben werden; Kapitalerträge in diesem Sinne stehen den Einkünften aus Kapitalvermögen gleich.

Keine Anwendung findet § 32d Abs. 1 in den Fällen des § 32d Abs. 2 und 6.

19 2. Persönlicher Geltungsbereich

Natürliche Personen: § 32d gilt grds. für unbeschränkt und beschränkt stpfl. natürliche Personen. Bei beschränkt stpfl. Personen findet § 32d im Rahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 5 und § 50 Abs. 2 Anwendung; es gilt jedoch ein Vorrang von DBA-Regelungen (s. Übersicht zu vorrangigen Regelungen in PÖLLATH/LOHBECK in VOGEL, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 11 OECD-MA Rn. 48). Bei beschränkt Steuerpflichtigen besteht nur dann eine Pflicht zum KapErtrStEinbehalt, wenn beschränkt stpfl. Einkünfte vorliegen. Der beschränkten EStPflicht unterliegen die in § 49 Abs. 1 Nr. 5 aufgeführten Kapitaleinkünfte, die von natürlichen Personen ohne Sitz, Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt im Inland bezogen werden (§ 1 Abs. 4). Soweit bei Kapitaleinkünften die Voraussetzungen für eine beschränkte StPflicht nicht vorliegen, ist von der auszahlenden Stelle für diese Einkünfte kein KapErtrStEinbehalt vorzunehmen (vgl. BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 312 ff.). Eine Anrechnung ausländ. Steuern erfolgt nur bei unbeschränkt Stpfl.

(§ 32d Abs. 1 Satz 1). Bei beschränkt Stpfl. ist es Sache des Ansässigkeitsstaats, ausländ. Steuern, einschließlich der deutschen KapErtrSt, anzurechnen.

Juristische Personen: Im Rahmen der KStPflcht findet § 32d keine Anwendung; stattdessen gilt die Tarifvorschrift des § 23 KStG mit einem TarifStSatz von 15 %.

► *Unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KStG* erzielen gem. § 8 Abs. 2 KStG stets Einkünfte aus Gewerbebetrieb iSd. § 15; damit ist der sachliche Anwendungsbereich des § 32d nicht eröffnet.

► *Unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 und § 2 KStG* können zwar auch Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 erzielen, dabei verdrängt § 23 KStG jedoch als besondere Tarifvorschrift für KStSubjekte die Anwendung des § 32d (bei Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 findet das Verlustverrechnungsverbot iSd. § 20 Abs. 6 und das Abzugsverbot für WK iSd. § 20 Abs. 9 Anwendung). Gemäß § 8 Abs. 10 Satz 2 KStG finden jedoch § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 und Nr. 3 Satz 1 und Sätze 3 bis 6 Anwendung. Sind die Tatbestandsmerkmale dieser Vorschriften erfüllt, besteht auch bei Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 und § 2 KStG die Möglichkeit, von einer Anwendung des Verlustverrechnungsverbots gem. § 20 Abs. 6 und des Abzugsverbots für WK gem. § 20 Abs. 9 abzusehen.

3. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

20

Anrechnung ausländischer Steuern: Bei unbeschränkt Stpfl. wird die pauschale ESt von 25 % um die auf ausländ. Einkünfte anrechenbaren ausländ. Steuern gemindert; § 32d Abs. 4 (Antragsveranlagung), § 32d Abs. 5 (StAnrechnung) und § 32d Abs. 6 (Günstigerprüfung). Der Progressionsvorbehalt für diese Einkünfte entfällt infolge des abgeltenden StSatzes. Die Anrechnung ausländ. Steuer nach § 32d Abs. 4 erfolgt nur bei unbeschränkter, nicht bei lediglich beschränkter EStPflcht. Zu Details s. Anm. 78 ff.

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

V. Verhältnis des § 32d zu anderen Vorschriften

1. Verhältnis zu den Regelungen zur Kapitalertragsteuer des §§ 43 ff.

21

Die Regelungen zur KapErtrSt in den §§ 43 ff. ergänzen § 32d, indem sie bei bestimmten Kapitalerträgen einen abgeltenden StEinbehalt in Höhe des Abgeltungssteuertarifs anordnen (§ 43 Abs. 5 Satz 1). Dadurch treten die vom Gesetzgeber gewünschte Vereinfachung und die Entlastung des Veranlagungsverfahrens ein.

Abgeltungswirkung: Für den StAbzug vom Kapitalertrag gilt nach § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ein proportionaler StTarif iHv. 25 %, welcher dem Tarif des § 32d entspricht. Dabei wird nicht nur auf den Sondertarif gem. § 32d Abs. 1 Satz 1 Bezug genommen, sondern auch die Anrechenbarkeit ausländ. Quellensteuer und die pauschale StErmäßigung im Fall der KiSt berücksichtigt (§ 32d Abs. 1 Sätze 2 und 3; die Formel des § 32d Abs. 1 Sätze 4 und 5 gilt entspre-

chend, § 43a Abs. 1 Satz 3). Dadurch wird zwischen der Veranlagung und dem StAbzug ein Gleichlauf hergestellt, welcher eine Veranlagung der Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 allein zur Anwendung des zutreffenden StTarifs und zur steuermindernden Berücksichtigung ausländ. Quellensteuer und der KiSt entbehrlich macht (s. auch Anm. 24).

Kein identischer Anwendungsbereich: Der Anwendungsbereich der KapErtrSt einerseits ist enger als der Anwendungsbereich des § 32d, da eine Vielzahl von Kapitalerträgen nicht der KapErtrSt unterliegt (vgl. Anm. 67). Andererseits ist der Anwendungsbereich der KapErtrSt weiter als § 32d, da KapErtrSt auch bei Kapitalerträgen erhoben wird, die nicht zu Einkünften iSd. § 20 führen; insoweit hat der StAbzug keine abgeltende Wirkung.

Ausnahmen von der Abgeltungswirkung des § 43 Abs. 5 gelten, wenn die Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 vorliegen oder die Kapitaleinkünfte einer anderen Einkunftsart zuzuordnen sind. Weiterhin werden die Kapitaleinkünfte auf Antrag des Stpfl. in die besondere Veranlagung des § 32d Abs. 4 (Wahlveranlagung) und Abs. 6 (Günstigerprüfung) einbezogen; damit wird die abgeltende Wirkung des § 43 Abs. 5 Satz 1 verdrängt (§ 43 Abs. 5 Satz 3). Ein StAbzug ist jedoch auch in diesen Fällen vorzunehmen (§ 43 Abs. 4); außerdem besteht in diesen Fällen eine Veranlagungspflicht nach den allgemeinen Regelungen.

Verhältnis des § 32d Abs. 4 zu materieller Bestandskraft der Kapitalertragsteueranmeldung: Streitig ist, ob die Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Besteuerung der Kapitalerträge dem Grunde und der Höhe nach im EStVeranlagungsverfahren gem. § 43 Abs. 5 Satz 3 iVm. § 32d Abs. 4 erfolgen kann oder ob die Qualifikation im Rahmen der KapErtrStAnmeldung für das WohnsitzFA verbindlich ist. Nach Auffassung des FG Köln (v. 5.8.2015 – 3 K 1040/15, EFG 2016, 93, nrkr., Az. BFH VIII R 45/15) sind materielle Einwendungen des Stpfl. (Vergütungsgläubiger) gegen die Rechtmäßigkeit des StAbzugs bestimmter Kapitalerträge und die hierauf bezogene KapErtrStAnmeldung nach § 43 Abs. 5 Satz 3 iVm. § 32d Abs. 4 durch Abgabe einer EStErklärung, in der die betreffenden Kapitalerträge mit erklärt werden, zu erheben und ggf. mit anschließendem Rechtsbehelfsverfahren durchzusetzen; für ein Rechtsbehelfsverfahren im Rahmen einer Drittanfechtung gegen die KapErtrStAnmeldung sei in diesen Fällen kein Raum (FG Köln v. 5.8.2015 – 3 K 1040/15, EFG 2016, 93, nrkr., Az. BFH VIII R 45/15; s. hierzu auch FÖLSING, BB 2016, 422).

► *Möglichkeit der Änderung/Erstattung der Kapitalertragsteuer:* Das Kreditinstitut/die auszahlende Stelle hat die Möglichkeit, eine zu hohe KapErtrStAnmeldung zu ändern bzw. eine Korrektur im Rahmen der nächsten KapErtrStAnmeldung vorzunehmen und dem Gläubiger die KapErtrSt anschließend zu erstatten (§ 44b Abs. 5 und 6). Sofern eine Korrektur des StAbzugs nach § 44b Abs. 5 oder 6 durch den Schuldner der Kapitalerträge oder die auszahlende Stelle tatsächlich nicht erfolgt ist, führt die ohne rechtl. Grund einbehaltene KapErtrSt zu einem StErstattungsanspruch iSd. § 37 Abs. 2 AO. Der Antrag auf Erstattung der KapErtrSt ist an das BSFA zu richten, an das die KapErtrSt abgeführt worden ist (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 307; KÄMMERER, DStR 2010, 27; FÖLSING, BB 2016, 422). FÖLSING sieht in Tz. 307 des BMF v. 18.1.2016 (IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 307) in allen Fällen des falschen StAbzugs die Möglichkeit des StErstattungsanspruch iSd. § 37 Abs. 2 AO. Dies beschränkt sich uE jedoch auf die Fälle, in denen ein höherer Abzugsbetrag als angemeldet einbehalten und abgeführt wurde, denn bei Übereinstimmung der KapErtrStAnmeldung mit dem einbehaltenen und abgeführten Betrag bildet die (eventuell

falsche und rechtswidrige) Anmeldung die Rechtsgrundlage (vgl. BOEKER in HHSp., § 37 AO Rn. 35 ff. [9/2012]).

► *Drittanfechtung gegen Kapitalertragsteueranmeldung*: Nach Auffassung des BFH (v. 12.12.2012 – I R 27/12, BStBl. II 2013, 682) kann der Vergütungsgläubiger der Kapitalerträge im Wege der sog. Drittanfechtung einen Rechtsbehelf gegen die KapErtrStAnmeldung vornehmen; allerdings könne dies nur in eingeschränktem Umfang überprüft werden. Danach ist der Gläubiger der Kapitalerträge (Vergütungsgläubiger) selbst anfechtungsbefugt, weil er als Gläubiger der Kapitalerträge nach § 44 Abs. 1 Satz 1 die KapErtrSt schulde und demgemäß das Kreditinstitut die StAbzüge für Rechnung des Gläubigers der Kapitalbeträge vornehme; dadurch würden im Fall der Rechtswidrigkeit der KapErtrStAnmeldung rechtl. geschützte Interessen des Gläubigers der Kapitalerträge berührt (BFH v. 12.12.2012 – I R 27/12, BStBl. II 2013, 682; s. hierzu auch FÖLSING, BB 2016, 422).

► *Beschränkungen der Drittanfechtung*: Nach Auffassung des BFH (v. 12.12.2012 – I R 27/12, BStBl. II 2013, 682) ist bei der Drittanfechtung jedoch zu beachten, dass sich die mit der StAnmeldung verbundene StFestsetzung gegen den Vergütungsschuldner (das Kreditinstitut) richte und deshalb im Rahmen eines hiergegen vom Vergütungsgläubiger erhobenen Rechtsbehelfs nur daraufhin überprüft werden könne, ob der Vergütungsschuldner die StAnmeldung vornehmen dürfe. Dies sei bereits dann zu bejahen, wenn die Voraussetzungen für den StEinbehalt zweifelhaft seien.

► *Schlussfolgerung des FG Köln v. 5.8.2015* (3 K 1040/15, EFG 2016, 93): Das FG Köln folgert aus den Beschränkungen der Drittanfechtung, dass die materielle Rechtmäßigkeit des vorgenommenen StEinhalts im Rahmen der Anfechtung einer KapErtrStAnmeldung nur daraufhin überprüft werden könne, ob der vorgenommene KapErtrStEinbehalt nach dem klaren Wortlaut der einschlägigen Gesetzesbestimmungen, nach der Entstehungsgeschichte sowie nach dem Zweck des Gesetzes eindeutig rechtswidrig ist (FG Köln v. 5.8.2015 – 3 K 1040/15, EFG 2016, 93, nrkr., Az. BFH VIII R 45/15); jenseits einer solchen Eindeutigkeit der Rechtswidrigkeit des StEinhalts könne eine materiell-rechtl. Überprüfung nicht im Rahmen der Anfechtung der KapErtrStAnmeldung vorgenommen werden, sondern nur im Rahmen der nach §§ 43 Abs. 5 Satz 3, 32d Abs. 4 vorzunehmenden Wahl- oder Antragsveranlagung.

► *Stellungnahme*: Dem Stpfl. müssen uE sowohl die Drittanfechtung gegen die KapErtrStAnmeldung als auch die Wahl- oder Antragsveranlagung gem. §§ 43 Abs. 5 Satz 3, 32d Abs. 4 eröffnet sein; es ist dem Stpfl. nicht zuzumuten, die „Eindeutigkeit der Rechtswidrigkeit“ zu prüfen; anderenfalls droht dem Stpfl. ein Hase-Igel-Wettrennen (vgl. außergerichtliches Verfahren und parallele Klageverfahren zu FG Köln v. 5.8.2015 – 3 K 1040/15, EFG 2016, 93, rkr., Rn. 8–20 (Tatbestand des Urteils); KÄMMERER, DStR 2010, 27 [30]; s. auch WEINGARTEN, EFG 2016, 93 [97 f.], der von einem „Ping-Pong-Spiel“ spricht).

2. Verhältnis des § 32d zu sonstigen Regelungen

22

Verhältnis zu §§ 2 Abs. 1, 20: Die Vorschriften bestimmen den Rahmen der Abgeltungsteuer, indem sie die Einkünfte aus Kapitalvermögen definieren.

Verhältnis zum Progressionsvorbehalt gem. § 32b: Soweit die Wirkung des § 32d Abs. 1 Satz 1 reicht, findet § 32b keine Anwendung (SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 11 [2/2009]; zur steuersystematischen Begr. s. SCHNEIDER/WESSEL-

BAUM-NEUGEBAUER, FR 2011, 166 [171]; KÜHLING/GÜHNE, NWB 2011, 226). § 32b ist jedoch in allen Fällen außerhalb der Anwendung des § 32d Abs. 1 Satz 1 zu beachten (Antrag auf Veranlagung gem. § 32d Abs. 4 und 6; Fälle des § 32d Abs. 2; HANDZIK in LBP, § 32b Rn. 35a [2/2014]; s. auch § 32b Anm. 119 „Besondere Vorschriften der Einkünfteermittlung/Kapitaleinkünfte“).

Verhältnis zu § 50 Abs. 2 Satz 1: Die Abgeltungswirkung des KapErtrStEinbehalts bei beschränkter StPflcht (§ 50 Abs. 2 Satz 1) geht weiter als die Regelung des § 43 Abs. 5 Satz 1. Ein Vorbehalt wie in § 32d Abs. 2 besteht bei § 50 Abs. 2 Satz 1 nicht.

Verhältnis zur Kirchensteuer: Die Berücksichtigung der Kirchensteuer als Sonderausgabe, die sich im Regelfall aus § 10 Abs. 1 Nr. 4 ergibt, ist für die Abgeltungsteuer in § 32d Abs. 1 Sätze 1 bis 5 als *lex specialis* geregelt.

Verhältnis § 32d Abs. 3 zu anderen Regelungen: Unter § 32d Abs. 3 fallen stpfl. Kapitalerträge, die nicht der KapErtrSt unterlegen haben. § 32d Abs. 3 ist gegenüber § 32d Abs. 6 subsidiär; beantragt ein Stpfl. eine Veranlagung zum individuellen StTarif, sind alle Kapitalerträge – unabhängig von einem KapErtrStEinbehalt – im Verfahren nach § 32d Abs. 6 zu besteuern. § 32d Abs. 3 ist aus systematischen Gründen subsidiär zu § 25 Abs. 1. Kapitalerträge, die aufgrund von § 32d Abs. 2 nicht dem gesonderten StTarif unterliegen, zählen zum Einkommen (§ 2 Abs. 5b Satz 2 Nr. 2), das nach § 25 in die Veranlagung eingeht. Der Sonderregelung des § 32d Abs. 3 bedarf es insoweit nicht.

Verhältnis zu § 34c und InvStG: § 32d Abs. 5 regelt in Anlehnung an § 34c und als Sondervorschrift zu dieser Norm die Berücksichtigung der im Ausland anfallenden Quellensteuer auf ausländ. Kapitalerträge. § 32d Abs. 5 schränkt § 34c ein und ordnet eine Anrechnung auf jeden (einzelnen) ausländ. Kapitalertrag an, ohne dass es auf den Gesamtbetrag der ausländ. Einkünfte oder die darauf entfallende deutsche ESt ankommt. § 32d Abs. 5 (Anrechnung ausländ. Steuern) gilt über § 4 Abs. 2 Satz 8 InvStG auch für Privatanleger auf Ebene des Investmentvermögens sinngemäß, wobei jedoch die Anrechnung nach § 14 Abs. 2 ZIV gegenüber § 32d Abs. 5 Vorrang hat (zum InvStG s. BMF v. 1.11.2010 – IV C 1 - S 1980 - 1/09/10001, juris; BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85; HAASE/DORN, DStR 2015, 1158).

Das Verhältnis von § 35b zu § 32d ist str. Die FinVerw. qualifiziert die ESt für Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 32d Abs. 1 als nicht tarifliche Steuer iSd. § 32a Abs. 1; die StErmäßigung gem. § 35b, die an die tarifliche ESt anknüpft, könne infolgedessen die ESt nach dem gesonderten StTarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 32d Abs. 1 nicht mindern (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 132; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 30 [8/2014]; aA KLÜMPEN-NEUSEL, ErbBstg 2010, 97 [98]).

Verhältnis zu § 35a: § 35a findet nach Auffassung der FinVerw. bei § 32d keine Anwendung, weil keine tarifliche ESt vorliege (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 132; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 30 [8/2014]; vgl. „Das Verhältnis von § 35b zu § 32d“).

Verhältnis zu Regelungen des KStG: Gemäß § 8 Abs. 10 Satz 1 KStG ist bei Einkünften aus Kapitalvermögen § 2 Abs. 5b Satz 1 nicht anzuwenden; damit sind diese Einkünfte bei der Ermittlung des kstl. Einkommens zu berücksichtigen und unterliegen damit auch nicht der Abgeltungsteuer gem. § 32d Abs. 1. Anwendung finden jedoch die Regelungen zu den Einkünften (insbes. § 20 Abs. 6 [Verlustverrechnungsbeschränkung] und § 20 Abs. 9 [Sparerfreibetrag

und WK-Abzugsverbot]). Gemäß § 8 Abs. 10 Satz 2 KStG finden jedoch § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 und Nr. 3 Satz 1 und Sätze 3 bis 6 Anwendung (s. auch Anm. 1919 „Juristische Personen“).

VI. Verfahrensfragen

23

Abgeltender Quellensteuerabzug: Grundsätzlich sollen die Kapitaleinkünfte im Rahmen eines abgeltenden Quellensteuerabzugs besteuert werden (§§ 43 ff.); der Abgabe einer EStErklärung bedarf es im Regelfall deshalb für diese Einkünfte nicht. Verfahrenstechnisch wird die ESt (Abgeltungsteuer) als KapErtrStEinbehalt nach § 43 (für Veräußerungen iSd. § 20 Abs. 2 Nr. 1 nach § 43 Abs. 1 Nr. 9) an der Quelle erhoben. Nach § 43 Abs. 5 ist für Kapitalerträge iSd. § 20, die der KapErtrSt unterlegen haben, die ESt mit dem StAbzug abgegolten. Die KapErtrSt beträgt nach § 43a Abs. 1 Nr. 1 25 % des Kapitalertrags. Nach § 43a Abs. 2 unterliegen der KapErtrSt die vollen Kapitalerträge ohne jeden Abzug. Ein KapErtrStEinbehalt ist auch in den Fällen des Teileinkünfteverfahrens vorzunehmen (§ 43 Abs. 1 Satz 3).

Wurde bei den Kapitalerträgen kein Steuerabzug vorgenommen, sind diese in der Veranlagung gem. §§ 25 ff. zu berücksichtigen (§ 32d Abs. 3); der Stpfl. hat diese in seiner EStErklärung anzugeben und es kommt der StSatz des § 32d im Veranlagungsverfahren von Amts wegen zur Anwendung.

► *Ein Kapitalertragsteuereinbehalt unterbleibt* zB bei Zinsen aus § 20 Abs. 1 Nr. 5 und 8, privaten Zinsen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7, deren Schuldner kein Kreditinstitut, sondern eine Privatperson ist, Veräußerungsgewinnen iSv. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, 6 und 7 und Veräußerungsgewinnen aus GmbH-Anteilen.

► *Die tarifliche Einkommensteuer erhöht sich* in diesen Fällen grds. um 25 % dieser Einkünfte. Nach § 32a Abs. 1 Satz 2 werden bei der Ermittlung der tariflichen ESt die Kapitalerträge ohne KapErtrStAbzug nicht berücksichtigt (s. § 2 Abs. 5b Satz 1); deshalb ist nach § 2 Abs. 6 die tarifliche ESt um die nach § 32d Abs. 1 ermittelte ESt zu erhöhen.

Ausnahmen vom Tarif des § 32d: Für bestimmte Kapitalerträge kommt auf Antrag der gesonderte StTarif nicht zur Anwendung. In den Fällen des § 32d Abs. 2 und 6 wird als Ausnahme die Anwendung des progressiven Tarifs nach § 32a Abs. 1 angeordnet bzw. die Möglichkeit hierzu eröffnet. Hierdurch sollen einerseits missbräuchliche Gestaltungen verhindert und andererseits Härten abgemildert werden.

► *Zu den Ausnahmen gem. § 32d Abs. 2 s. Anm. 1 „Übersicht“.*

► *Gemäß § 32d Abs. 6* kann unter bestimmten Voraussetzungen auf die Anwendung des § 32d verzichtet werden. Bei dieser Option werden die Kapitaleinkünfte den anderen Einkünften des § 2 hinzugerechnet und der tariflichen ESt unterworfen, wenn dies zu einer niedrigeren ESt führt (Günstigerrechnung). Damit wird für Stpfl., deren persönlicher StSatz niedriger als der Abgeltungsteuersatz ist, die Möglichkeit geschaffen, ihre Einkünfte aus Kapitalvermögen diesem niedrigeren StSatz zu unterwerfen. Die tatsächlichen WK können aber auch im Rahmen der Günstigerprüfung nicht abgezogen werden (§ 20 Abs. 9).

Ausschluss des Veranlagungsverfahrens: Die Abgeltungsteuer wird grds. durch Einbehalt einer KapErtrSt iHv. 25 % durch inländ. Kreditinstitute oder Schuldner der KapErtrSt mit abgeltender Wirkung erhoben (§ 43 Abs. 5); daher resultiert auch die allgemeine Bezeichnung „Abgeltungsteuer“ für den Tarif des

§ 32d, die jedoch im Gesetz allein in der Überschrift des § 52a aF verwendet wurde (zum KapErtrStAbzug s. §§ 43 und 43a). Durch die Abgeltung soll das Veranlagungsverfahren entlastet werden.

► *Ausnahmsweise Veranlagung:* In § 32d Abs. 2 bis 4 und 6 sind diverse Fälle geregelt, in denen Einkünfte aus Kapitalvermögen ausnahmsweise im Veranlagungsverfahren zu erklären sind oder vom Stpfl. erklärt werden können. In den Fällen des § 32b Abs. 2 erfolgt eine Veranlagung mit regulärem EStTarif. Eine Veranlagung mit Abgeltungsteuer findet in den Fällen des § 32b Abs. 3 (Kapitaleinkünfte ohne StAbzug), § 32b Abs. 4 (Antragsveranlagung), § 32b Abs. 6 (Günstigerprüfung) statt.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Abgeltungsteuersatz

Schrifttum: BAUMGÄRTEL/LANGE, Einführung einer Abgeltungsteuer, in HERZIG ua., Handbuch Unternehmensteuerreform, Münster 2007; RÜD, Ist bei den der Abgeltungsteuer unterliegenden Kirchensteuerpflichtigen weniger ausländische Steuer anzurechnen als bei anderen? – Kritische Überprüfung der gesetzlichen Formel, DStR 2013,1220; HOHEISEL/TIPPELHOFER, Erleichterungen bei Abwendung des Teileinkünfteverfahrens auf Ausschüttungen aus Kapitalgesellschaften, StuB 2016, 16.

Verwaltungsanordnung: BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527).

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

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

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Der gesonderte StTarif gilt grds. für alle Einkünfte aus Kapitalvermögen. Welche Einkünfte dies sind, bestimmt sich nach § 20 Abs. 1 bis 3. Der Katalog der Einkünfte aus Kapitalvermögen wurde durch das UntStReformG 2008 erheblich ausgeweitet und umfasst nun auch Tatbestände, die bislang nur als private Veräußerungsgeschäfte unter die sonstigen Einkünfte fielen. Insoweit hat auch in § 20 ein Systemwechsel stattgefunden, und zwar weg von der Quellentheorie hin zu einer umfassenderen Besteuerung.

► *Ausgenommene Einkünfte:* Nach wie vor nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören Einkünfte aus VuV und Einkünfte aus der Veräußerung von WG, die nicht unter § 20 Abs. 2 fallen (vor allem Devisen und Edelmetalle, Grundstücke). Auch wenn es sich hier um Einkünfte handelt, die aus einer Tätigkeit der privaten Kapitalanlage im weiteren Sinne herrühren, findet der gesonderte StTarif hierauf keine Anwendung. Die Abgeltungsteuer gilt auch nicht bei Erträgen, die zu den Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb oder aus selbständiger Arbeit zählen. Bei Einkünften aus § 19 ist darauf abzustellen, welche Einkunftsart im Vordergrund steht (BFH v. 5.11.2013 – VIII R 20/11, BStBl. II 2014, 275). Die Abgeltungsteuer findet auch bei dem Ertragsanteil von Einkünf-

ten iSd. § 22 keine Anwendung (BFH v. 18.5.2010 – X R 32/01 und X R 33/01, BStBl. I 2011, 675; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 11 [5/2016]); auch Einkünfte iSd. § 22 Nr. 5 (sog. Riester-Rente) unterliegen nicht der Abgeltungsteuer (BMF v. 24.7.2013 – IV C 3 - S 2015/11/10002, BStBl. I 2013, 1022, Tz. 123; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 32d Rn. 7; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 12 [5/2016]). Für die ausgenommenen Einkünfte gilt der progressive StSatz gem. § 32a (eventuell nach Anwendung eines KapErtrStAbzugs und besonderer Vorschriften wie der des § 3 Nr. 40).

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

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

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

Zuschlagsteuern: Unverändert werden der SolZ iHv. 5,5 % (§ 1 Abs. 1 und Abs. 3 SolZG) und ggf. die KiSt (§ 51a Abs. 2b bis 2d iVm. dem Landesrecht zur KiSt) als Zuschlagsteuern (§ 51a) erhoben. Der Abzug der KiSt als SA wird direkt im modifizierten Abgeltungsteuersatz berücksichtigt (§ 32d Abs. 1 Sätze 3 und 4). Wahlweise kann die Veranlagung der KiSt erfolgen (§ 32d Abs. 4). Details zur KiSt s. Anm. 26).

Ausschluss des Werbungskostenabzugs: Bei den laufenden Erträgen des Kapitalvermögens iSd. § 20 Abs. 1 ist der Überschuss der Einnahmen über den Sparer-Pauschbetrag iHv. 801 € anzusetzen; der Abzug der tatsächlichen WK ist ausgeschlossen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 iVm. § 20 Abs. 9 Satz 1; Überblick bei BAUMGÄRTEL/LANGE in HERZIG ua., Handbuch Unternehmensteuerreform, 2007, Rn. 781). Die Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalver-

mögen iSd. § 20 Abs. 2 ergeben sich aus der Differenz zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den AK; auch in diesem Fall ist noch der Sparer-Pauschbetrag iHv. 801 € zum Abzug zu bringen (§ 20 Abs. 4 Satz 1). Eine darüber hinausgehende Geltendmachung der tatsächlichen WK scheidet dagegen aus.

Beschränkungen des Verlustausgleichs: Verluste aus Kapitalvermögen dürfen nicht mit Gewinnen aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden (§ 20 Abs. 6 Satz 1, vertikaler Verlustausgleich). Bezüglich des horizontalen Verlustausgleichs bestehen Verlustverrechnungsverbote für stille Gesellschaften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2, für Aktiengeschäfte iSd. § 20 Abs. 6 Satz 4 und für Steuerstundungsmodelle iSd. § 20 Abs. 7. Ein Verlustrücktrag ist bei den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 nicht möglich. Beim Verlustvortrag sind die Beschränkungen des horizontalen Verlustausgleichs weiter zu beachten. Zur Verlustverrechnung BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 118 ff.; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 14 (5/2016).

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

Anrechenbare ausländ. Steuern vermindern nach Maßgabe des § 32d Abs. 5 die Steuer nach § 32d Abs. 1 Satz 1. Diese Norm steht im Zusammenhang mit § 43 Abs. 3 Satz 1, wonach auszahlende Stellen anrechenbare ausländ. Steuern ebenfalls nach Maßgabe des § 32d Abs. 5 berücksichtigen. § 32d Abs. 1 Satz 2 stellt damit den Gleichlauf zwischen der materiellen StPflcht und dem KapErtrStEinbehalt durch auszahlende Stellen sicher. Zu Details der Anrechnung ausländ. Steuern s. Anm. 78.

26 III. Ermäßigung bei Kirchensteuerpflicht (Abs. 1 Sätze 3 bis 5)

Um die StBerechnung unter Berücksichtigung der Abziehbarkeit der KiSt von ihrer eigenen Bemessungsgrundlage zu vereinfachen, geben die § 32d Abs. 1 Sätze 4 und 5 eine mathematische Formel an, mit der sich die ESt auf Kapitalerträge unter Berücksichtigung der Anrechnung ausländ. Quellensteuer und der KiSt berechnen lässt.

Formel: Die Formel, der kein eigenständiger normativer Charakter zukommt (s. jedoch Anm. 7), lautet

$$(e - 4q)/(4 + k)$$

wobei „e“ die nach § 20 ermittelten Einkünfte, „q“ die nach Maßgabe von § 32d Abs. 5 anrechenbare Quellensteuer, und „k“ der KiStSatz ist, den die kirchensteuererhebende Religionsgemeinschaft vorsieht (s. aber zur Berücksichtigung bei ausländ. Quellensteuer Anm. 7).

Beispiel (nach BRDrucks. 220/07, 97):

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

Höhe der Kirchensteuer: In Deutschland gilt grds. ein KiStSatz von 9 %; in Bayern und Baden-Württemberg beträgt der KiStSatz jedoch nur 8 %. Der StSatz wird durch die jeweilige Landeskirche bestimmt. Welcher KiStSatz in Bezug auf den Stpfl. Anwendung findet, bestimmt sich nach dem Wohnort der Gläubigers der Kapitalerträge (s. mit weiteren Details auch BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 16 [5/2016]).

Daten zur Kirchensteuerpflicht: Der KiStEinbehalt ist verpflichtend und wird auf Basis von Daten vorgenommen, die durch das BZSt. zum Abruf bereitgehalten werden (§ 51a Abs. 2c). Die Kreditinstitute haben diese Merkmale beim BZSt. abzufragen und auf Grundlage dieser Informationen die KiSt als Zuschlag zur KapErtrSt einzubehalten. Soweit die KiSt nicht als Zuschlag zur KapErtrSt einbehalten wird (zB aufgrund eines Sperrvermerks des Stpfl. iSd. § 51a Abs. 2e), erfolgt die Erhebung im Rahmen des Veranlagungsverfahrens (§ 51a Abs. 2d); dann hat der Stpfl. die einbehaltene KapErtSt gegenüber dem FA zu erklären.

Details zur Erhebung:

► *Anwendung der Formel im Veranlagungs- und im Steuerabzugsverfahren:* Die Formel des § 32d Abs. 1 Sätze 4 und 5 findet im Veranlagungs- und im StAbzugsverfahren Anwendung (§ 32d Abs. 1 Sätze 4 und 5 iVm. § 43a Abs. 1 Satz 3).

► *Bei nicht im gesamten Veranlagungszeitraum bestehender Kirchensteuerpflicht* wird „k“ im Verhältnis der Dauer der Kirchenmitgliedschaft gezwölfelt und je Monat der Kirchenmitgliedschaft 1/12 des KiStSatzes angesetzt (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 133).

► *Kirchensteuerpflicht bei Ebegatten:* BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 16 (5/2016); KOSS in KORN, § 32d Rn. 32 (1/2015).

► *Zur Anpassung der Formel bei Quellensteueranrechnung* s. Anm. 7 „Verfassungsmäßigkeit der Berechnungsformel“.

Einstweilen frei.

27–28

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Ausnahmen vom Abgeltungsteuersatz**

Schrifttum von 2007–2009: BRUSCH, Unternehmensteuerreformgesetz 2008: Abgeltungsteuer, FR 2007, 999; FISCHER, Problemfelder bei der Abgeltungsteuer – ein Appell für Korrekturen noch vor 2009, DStR 2007, 1898; HOMBURG, Die Abgeltungsteuer als Instrument der Unternehmensfinanzierung, DStR 2007, 686; KOLLRUSS, Steuersatzspreizung bei Familienunternehmen – Das Zusammenspiel von Abgeltungsteuer und Zinsschranke, GmbHR 2007, 1133; SCHÖNFELD, Abgeltungsteuer und Kapitalertragsteuer, in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, München 2007, 621; BEHRENS/RENNER, Beschränkung des Anwendungsbereichs der Abgeltungsteuer zur Missbrauchsvermeidung nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG, BB 2008, 2319; HAHNE, Auswirkungen der Abgeltungsteuer auf die Besteuerung von Gesellschaftern insbesondere mittelständischer Kapitalgesellschaften, Stbg 2008, 477; NEUMANN/STIMPEL, Wesentliche Änderungen für Kapitalgesellschaften und deren Gesellschafter durch das JStG 2008, GmbHR 2008, 57; SCHMIDT/WÄNGER, Änderungen der Abgeltungsteuer durch das Jahressteuergesetz 2008, NWB F. 3, 14940 (2008, 424); WORGULLA, Die Unterbeteiligung an Kapitalgesellschaften im System der Abgeltungsteuer, DB 2009, 1146.

Schrifttum ab 2010: MORITZ/STROHM, Nachträgliche Schuldzinsen nach Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung i.S.d. § 17 EStG, BB 2012, 3107; WORGULLA, Bruttobesteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen und der allgemeine Gleichheitsgrundsatz, FR

2013, 921; KORN, Geklärte und ungeklärte Fragen zur Abgeltungsteuer für Kapitaleinkünfte, KÖSDI 2014, 18818; LÖBE, Abgeltungsteuersatz bei Darlehen zwischen nahestehenden Personen, NWB 2014, 3955; MORITZ, Abgeltungsteuer bei nahe stehenden Personen und Gesellschafter-Fremdfinanzierung, AktStR 2014, 457; MORITZ/STROHM, Abgeltungsteuer bei nahestehenden Personen und Gesellschafter-Fremdfinanzierung, DB 2014, 2306; OSTERLOH, Darlehensverträge zwischen nahen Angehörigen und die Voraussetzungen für deren steuerrechtliche Anerkennung, DStR 2014, 393; WERTH, Aktuelle Rechtsprechung zum Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes nach § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, DStZ 2014, 670; APITZ, Anmerkung zur Entscheidung des BFH vom 21.10.2014 (VIII R 48/12; EStB 2015, 85) – Zu nachträglichen Werbungskosten bei sogenannter unternehmerischer Beteiligung, EStB 2015, 86; BRILL, Aktuelle BFH-Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Abgeltungsteuer – Was bei der Gesellschafterfremdfinanzierung und beim Werbungskostenabzug zu beachten ist!, EStB 2015, 211; GEBHARDT, Nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, FR 2015, 564; GLÄSER/ZÖLLER, Der Begriff der nahestehenden Person, DStR 2015, 497; GLÄSER/ZÖLLER, Abgeltungsteuer bei Angehörigen-Darlehen: Begriff der absoluten finanziellen Abhängigkeit, BB 2015, 1632; GÜNTHER, Abgeltungsteuer bei nur mittelbarer Beteiligung, ErbStB 2015, 295; KARRENBROCK, Werbungskosten im Rahmen der Abgeltungsteuer, NWB 2015, 1310; LEVEDAG, Finanzierung von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften im Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer, GmbHR 2015, 57; WACHTER, Anmerkung zur Entscheidung des BFH vom 29.4.2014 (VIII R 9/13) – Zur Frage der Anwendung des Abgeltungsteuersatzes bei Kapitalerträgen aus Darlehen zwischen Angehörigen gem. § 15 AO, MittBayNot. 2015, 268; WERTH, Erste BFH-Rechtsprechung zur Abgeltungsteuer, DStR 2015, 1343; ANEMÜLLER, Neuveröffentlichung des Anwendungsschreibens zur Abgeltungsteuer – BMF-Schreiben v. 18.1.2016, BStBl. I 2016, 85, ErbStB 2016, 158; BLESCHTICK, Einkommensteuer: Antrag auf Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b EStG, SteuStud. 2016, 75; ENGELBERTH, Behandlung nachträglicher Schuldzinsen, NWB 2016, 20; GRAVE/HERMES, Die berufliche Tätigkeit für den Antrag nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b EStG im Lichte der Rechtsprechung, DStR 2016, 946; GÜNTHER, Verträge zwischen nahen Angehörigen Steuerliche Anerkennung in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, ErbStB 2016, 84; WEISS, Abzug von Swapkosten als nachträgliche Beteiligungsaufwendungen, EStB 2016, 324; WEISS, Abgeltungsteuer – Übergangsprobleme, Ausnahmetatbestände und Günstigerprüfung, NWB 2016, 334; WEISS, Gesellschafter: Antrag auf Anwendung des Teileinkünfteverfahrens bei von der Außenprüfung erstmals als Kapitaleinkünfte eingestuft Einkünften, GmbHR 2016, 1050; WEISS, Abzug von Swapkosten als nachträgliche Beteiligungsaufwendungen, GmbH-StB 2016, 288; WEISS, Zur Einkünfteerzielungsabsicht bei der Abgeltungsteuer, StuB 2016, 852; WIESE, Wichtige Themen des Unternehmensteuerrechts im Jahr 2017 – ein Ausblick, GmbHR 2017, R1.

Verwaltungsanordnungen: BMF v. 23.12.2010 – IV C 6 - S 2144/07/10004, BStBl. I 2011, 37, Steuerrechtliche Anerkennung von Darlehensverträgen zwischen Angehörigen; ergänzend BMF v. 29.4.2014 – IV C 6 - S 2144/07/10004, 2014/0061930, BStBl. I 2014, 809, Steuerrechtliche Anerkennung von Darlehensverträgen zwischen Angehörigen; Urteil des BFH vom 22. Oktober 2013 (BStBl. 2014 II S. 374); BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BStBl. I 2016, 85 (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527); BayLfSt. v. 5.9.2014 – S 2253.1.1-5 St 32, juris, Einkünfteerzielung bei VuV; OFD NRW v. 22.4.2015, DB 2015, 1014, Abzug von Schuldzinsen für die Finanzierung von Anschaffungskosten von Beteiligungen i.S.v. § 17 EStG nach Veräußerung bzw. Auflösung der Gesellschaft bei Ausübung der Veranlagungsoption des § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG, ESt Nr. 13/2015.

I. Regelungsinhalt

Gemäß § 32d Abs. 2 sind bestimmte Einkünfte aus Kapitalvermögen von der Abgeltungsteuer ausgenommen. Zum Teil hat der Gesetzgeber die Anwendung des progressiven Tarifs nach § 32a Abs. 1 angeordnet bzw. die Möglichkeit hierzu eröffnet; einerseits sollen hierdurch missbräuchliche Gestaltungen verhindert

(Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4; Einkünfte im Zusammenhang mit nahestehenden Personen, Mindestbeteiligungen an KapGes., *Back-to-back*-Finanzierungen, Leistungen aus Lebensversicherungen, Korrespondenzprinzip für vGA) und andererseits Härten abgemildert werden (Abs. 2 Nr. 3; Optionsregelung hin zur regulären Tarifbesteuerung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen).

Übersicht: § 32d Abs. 2 zählt in vier Nummern bestimmte Konstellationen auf, in denen Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht dem gesonderten StTarif unterliegen. Die vier Nummern unterscheiden sich von ihrem Regelungszweck her deutlich.

► *Durch § 32d Abs. 2 Nr. 1* sollen typisierte Missbrauchsfälle ausgeschlossen werden; unter die Ausschlussregelung fallen insbes. Einkünfte im Zusammenhang mit nahestehenden Personen, Mindestbeteiligungen an KapGes. und *Back-to-back*-Finanzierungen.

► *§ 32d Abs. 2 Nr. 2* verhindert bei Versicherungsleistungen, die nach einer bestimmten Vertragsdauer und ab dem 60. Lebensjahr ausgezahlt werden, eine doppelte Begünstigung.

► *§ 32d Abs. 2 Nr. 3* beinhaltet eine Optionsregelung hin zur regulären Tarifbesteuerung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen; der Vorteil der Option besteht vor allem darin, abweichend von § 20 Abs. 9 WK geltend machen zu können (Abs. 2 Nr. 3 Satz 2). Die Optionsmöglichkeit besteht für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2, wenn der Stpfl. (i) zu mindestens 25 % an der KapGes. beteiligt ist oder (ii) zu mindestens 1 % an der KapGes. beteiligt und beruflich für diese tätig ist.

► *§ 32d Abs. 2 Nr. 4* normiert das materiell-rechtl. Korrespondenzprinzip für vGA; dh., dass die Anwendung des gesonderten StSatzes auf vGA voraussetzt, dass die vGA bei der Körperschaft das Einkommen nicht gemindert hat.

Missbräuchliche Gestaltungen werden insbes. in Modellen gesehen, die darauf gerichtet sind, Einkünfte aus dem regulären Tarif „abzusaugen“ und in den privilegierten Abgeltungsteuersatz zu transferieren (BTDrucks. 220/07, 97; LEVEDAG, GmbHR 2015, 57 [60, 61]; s. zu Vergleichsberechnungen auch Anm. 42 „Zusammenfassendes Beispiel“). Insbesondere soll verhindert werden, dass Stpfl. dem regulären Tarif unterliegende Einkünfte in privilegiert besteuerte Fremdkapitalzinsen und Kapitaleinkünfte umwandeln und durch den Wechsel der Steuerschedule eine Reduktion des (idR) höheren regulären EStSatzes auf den niedrigeren Abgeltungsteuersatz erreichen. Dabei darf uE aber nicht übersehen werden, dass die StSatz-Spreizung letztlich auf die Entscheidung des Gesetzgebers zurückgeht, ein Schedulensystem einzuführen; die auf die jeweiligen Einkünfte anwendbaren StSätze sollten deshalb einer systematischen Logik folgen und nicht an einem fiskalpolitisch motiviert gestaltetem Regel-Ausnahme-Katalog; entsprechend müssen die Ausnahmen als Abweichung von der systematischen Ordnung restriktiv ausgelegt werden (vgl. WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 49 [10/2014]).

► *Die Scheduling* der Ertragsbesteuerung begründet einen Anreiz, nach Möglichkeit Einkünfte in der Schedule anfallen zu lassen, auf die der günstigere StTarif Anwendung findet. Für Stpfl., deren Grenz-StSatz nach § 32a Abs. 1 oberhalb von 25 % liegt, ist es daher attraktiv, statt hoch besteuerten Einkünfte aus anderen Einkunftsarten Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erzielen, die einer linearen Besteuerung mit einem StTarif von 25 % unterliegen. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass Stpfl. ihr Verhalten so einrichten werden, dass sie in den

Genuss der StSatz-Spreizung zwischen Einkünften aus Kapitalvermögen und den anderen Einkunftsarten kommen; diese Regelungen halten uE den verfassungsrechtl. Anforderungen allgemein stand (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 10 [4/2016]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 32d Rn. 7; gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung WORGULLA, FR 2013, 921 [931]; zu Gestaltungsspielräumen bei Einlagen in das BV s. DINKELBACH, DStR 2011, 945).

Die Abmilderung von Härten beinhaltet die Optionsregelung des § 32d Abs. 2 Nr. 3 hin zur regulären Tarifbesteuerung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen. Dadurch wird die Möglichkeit eröffnet, abweichend von § 20 Abs. 9 WK geltend zu machen. Die Optionsmöglichkeit besteht für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2, wenn der Stpfl. (i) zu mindestens 25 % an der KapGes. beteiligt ist oder (ii) zu mindestens 1 % an der KapGes. beteiligt und beruflich für diese tätig ist.

Keine Kompensation für körperschaftsteuerliche Vorbelastung: Daneben löst auch die Aufgabe bzw. Modifikation des Halbeinkünfteverfahrens zum Teileinkünfteverfahren einen Verzerrungseffekt aus. Da die Vorbelastung von Gewinnausschüttungen einer KapGes. mit KSt auf Gesellschafterebene nicht mehr kompensiert wird, entsteht ein Anreiz, KapGes. eher mit Fremd- als mit Eigenkapital zu finanzieren. Vorbehaltlich der Regelungen zur Zinsschranke (§ 4h), zu Überentnahmen (§ 4 Abs. 4a) und zu vGA mindern die Aufwendungen für Fremdkapitalüberlassungen die kstl. Bemessungsgrundlage. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b zielt auf die Einschränkung derartiger Umfinanzierungseffekte (vgl. BRUSCH, FR 2007, 999 [1001]).

30 II. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs (Abs. 2) – Rechtsfolge

Die Anwendung des besonderen proportionalen Tarifs des § 32d Abs. 1 (Abgeltungsteuer) wird durch § 32d Abs. 2 in bestimmten Fällen ausgeschlossen. Die Anwendung des progressiven Tarifs nach § 32a Abs. 1 wird zT angeordnet bzw. die Möglichkeit hierzu wird eröffnet. Dadurch sollen einerseits missbräuchliche Gestaltungen verhindert (§ 32d Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4; Einkünfte im Zusammenhang mit nahestehenden Personen, Mindestbeteiligungen an KapGes., *back-to-back*-Finanzierungen, Leistungen aus Lebensversicherungen, Korrespondenzprinzip für vGA) und andererseits Härten abgemildert werden (§ 32d Abs. 2 Nr. 3; Optionsregelung hin zur regulären Tarifbesteuerung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens bei typischerweise unternehmerischen Beteiligungen). Zum Hintergrund im Detail s. Anm. 1.

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

31 1. Durch § 32 Abs. 2 Nr. 1 erfasste Kapitalerträge

Die Anwendung des besonderen proportionalen Tarifs des § 32d Abs. 1 (Abgeltungsteuer) wird durch § 32d Abs. 2 Nr. 1 in bestimmten Fällen ausgeschlossen.

Die Ausnahmeregelung erfasst allein Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7. Damit fallen unter die Regelung zum einen die laufenden Gewinnanteile aus einer Beteiligung als stiller Gesellschafter oder aus partiarischen Darlehen und Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, und zum anderen die Veräußerungsgewinne aus diesen Beteiligungen bzw. Forderungen. Auf andere Kapitalerträge – darunter etwa Dividenden und andere Beteiligungserträge – findet die Regelung keine Anwendung. Eine überhöhte Fremdkapitalvergütung kann zur Annahme einer vGA führen, auf die § 32d Abs. 2 keine Anwendung findet, da der Gesellschafter Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 erzielt.

2. Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a

a) Konstellation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a

32

Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a schließt den besonderen StSatz des § 32d Abs. 1 Satz 1 aus, wenn Gläubiger und Schuldner einander nahestehende Personen sind und die Mittel, welche beim Empfänger die relevanten Kapitalerträge bilden, beim Zahlenden (Schuldner) bestimmte BA oder WK bilden.

Relevante Kapitalerträge: Die Regelung findet auf Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7 Anwendung (s. Anm. 31).

Zahlung der Erträge durch eine Kapitalgesellschaft: Bei Zahlungen der Erträge durch KapGes. oder Genossenschaften findet § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a keine Anwendung (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b geht vor und die Anwendung von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ist ausgeschlossen). § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ist auch nicht anzuwenden, wenn die Beteiligung unter 10 % liegt (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 134; zust. WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 72 [10/2014]).

Zahlung der Erträge durch Personengesellschaften: Auf PersGes. findet die Regelung grds. keine Anwendung. Gewährt ein Mitunternehmer einer PersGes. dieser ein Darlehen, stellen die Zinserträge beim Gesellschafter SonderBE dar (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2), die nicht dem gesonderten StTarif des § 32d Abs. 1 unterfallen (§ 32d Abs. 1 Satz 1 iVm. § 20 Abs. 8). Auf nachgeschaltete PersGes. findet die Regelung ebenfalls keine Anwendung. Hier besteht eine Regelungslücke (KOLLRUSS, GmbHR 2007, 1133 [1135]; BEHRENS/RENNER, BB 2008, 2319 [2322]). Nach Ansicht der FinVerw. ist § 32d Abs. 2 Nr. 1 auch bei Kapitalüberlassungen an PersGes. anzuwenden, bei denen hinsichtlich der Erträge aus der Darlehensgewährung § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 keine Anwendung findet (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 134).

Zahlung der Erträge durch Stiftungen: Nach Ansicht der FinVerw. ist § 32d Abs. 2 Nr. 1 bei Kapitalüberlassungen an Stiftungen entsprechend anzuwenden (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 134; s. zu weiteren Details bei der Anwendung auf Stiftungen MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 32 [4/2016]).

b) Gläubiger und Schuldner als einander nahestehende Personen

33

Nahestehende Personen: Der gesonderte StSatz des § 32d Abs. 1 Satz 1 kommt nicht zur Anwendung, wenn Gläubiger und Schuldner einander nahestehende Personen sind. In einem solchen Fall wird unwiderleglich vermutet, dass

die schuldrechtl. Beziehung zwischen diesen Personen durch das Ziel der Ausnutzung der StSatz-Spreizung motiviert ist. Das Gesetz verwendet den Begriff „nahestehende Personen“, ohne ihn zu definieren. Nach der Gesetzesbegründung soll das Tatbestandsmerkmal erfüllt sein, wenn der Schuldner auf den Stpfl. einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Stpfl. auf den Schuldner einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder der Schuldner oder der Stpfl. imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Stpfl. oder die nahestehende Person einen außerhalb der Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat (BTDrucks. 16/4841, 61).

Keine gesetzliche Definition des Begriffs „nahestehende Person“: § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a enthält keine Definition des Begriffs „nahestehende Person“ (SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 27 [2/2009]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 18a [5/2016]); dies wäre jedoch zu erwarten gewesen, weil es sich hierbei um den zentralen Begriff der Regelung handelt. Der Inhalt des Begriffs ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln.

► *Unterschiedliche Ansätze im Schrifttum:* Im Schrifttum bestehen unterschiedliche Auslegungsansätze. Nach einer Ansicht ist auf die Definition der nahestehenden Person in § 1 Abs. 2 AStG zurückzugreifen (FISCHER, DStR 2007, 1898; KOLL-RUSS, GmbHR 2007, 1133; SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 27 [2/2009]). Die in der Gesetzesbegründung enthaltene Formulierung (s. „Nahestehende Personen“) ist nämlich eine nahezu wörtliche Wiedergabe des § 1 Abs. 2 AStG, ohne dass die Besonderheiten des jeweiligen normativen Kontexts berücksichtigt worden wären. Abweichend hiervon soll § 1 Abs. 2 AStG lediglich als Ausgangspunkt dienen; der Begriff sei aber im Erg. weiter zu verstehen (HAHNE, StbJ 2008, 477 [482]; WORGULLA, DB 2009, 1146 [1149]). Es scheint uns jedoch im Anwendungsbereich des § 32d Abs. 2 ausgeschlossen, dass der Schuldner oder eine dritte Person auf den Stpfl. einen „beherrschenden“ Einfluss ausüben kann. Diese Begrifflichkeit gehört in den unternehmerischen Kontext des AStG, kann aber hinsichtlich des Stpfl. iSd. § 32d Abs. 2, der immer eine Privatperson ist, keine Rolle spielen (BEHRENS/RENNER, BB 2008, 2319 [2321]). Für Fremdfinanzierungen zwischen natürlichen Personen sehen wir daher keinen Anwendungsbereich.

► *Alternativ zur Anknüpfung an das AStG* wird vorgeschlagen, an die Merkmale der vGA und dem hier verwendeten Verständnis der „nahestehenden Personen“ anzuknüpfen (vgl. H 36 Abs. 3 KStH 2008/H 8.5 Abs. 3 KStH 2015; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 58 [8/2014]; LAMBRECHT in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 32d Rn. 11). Ein Nahestehen wäre auf dieser Basis durch jede Beziehung familien-, gesellschafts-, schuldrechtl. oder tatsächlicher Art begründet, die den Schluss zulässt, sie habe die Vorteilszuwendung der KapGes. an die jeweilige Person beeinflusst. Nach aA enthalten § 138 InsO und § 10 Abs. 5 UStG mögliche Anknüpfungspunkte (HOMBURG, DStR 2007, 686 [690]). Nach zunächst von der FinVerw. vertretener Ansicht war ein „Nahestehen“ dann gegeben, wenn der Gläubiger und der Schuldner der Kapitalerträge Angehörige iSd. § 15 AO sind, BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Tz. 136, aufgehoben durch BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 – S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85. Weitgehende Einigkeit herrscht im Schrifttum, dass der Begriff der nahestehenden Person nicht mit dem bislang im EStG geläufigen Begriff des Angehörigen identisch ist (§ 15 AO; für ein weiteres Verständnis

SCHMIDT/WÄNGER, NWB F. 3, 14940 [432/433]; HOMBURG, DSrR 2007, 686 [690]; für ein engeres Verständnis dagegen FISCHER, DSrR 2007, 1898 [1899]).

► *Ansicht des BFH*: Im Urteil des BFH v. 29.4.2014 (VIII R 9/13, BStBl. II 2014, 986) wurde keine der genannten Auffassungen bestätigt (s. auch FG München v. 17.6.2015 – 9 K 554/15, EFG 15, 1714, rkr.; vgl. dazu MORITZ, AktStR 2014, 457 [459, 464]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 34 [4/2016]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 32d Rn. 8; WERTH, DSrZ 2014, 670; MORITZ/STROHM, DB 2014, 2306 [2308]; LEVEDAG, GmbHR 2015, 57 [59, 63]; GLÄSER/ZÖLLER, DSrR 2015, 497 [498]; WACHTER, MittBayNot. 2015, 268; WERTH, DSrR 2015, 1343 [1345 ff.]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 18a [5/2016]; LÖBE, NWB 2014, 3955 [3958]; WEISS, NWB 2016, 334 [337]). § 1 Abs. 2 AStG und H 36 Abs. 3 KStH 2008/H 8.5 Abs. 3 KStH 2015 enthielten zwar eine Definition der nahestehenden Person; der BFH sprach sich jedoch gegen einen Rückgriff auf diese Vorschriften im Rahmen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a aus, weil diese anderen Regelungszusammenhängen entstammen und nicht auf § 32d übertragbar sind. Dies gilt auch für einen Rückgriff auf § 138 InsO und die Regelung des § 10 Abs. 5 UStG. Der BFH verneinte auch den von der FinVerw. vorgenommenen Rückgriff auf den Angehörigenbegriff iSd. § 15 AO. Ein Rückgriff auf § 15 AO sei aus verfassungsrechtl. Überlegungen nicht möglich, weil die Versagung des Tarifs des § 32d allein aufgrund der Eigenschaft als Angehöriger eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung von Ehe und Familie iSd. Art. 6 Abs. 1 GG darstelle (vgl. auch Anm. 8 „Verfassungswidrigkeit bei Benachteiligung von Familienangehörigen“). Entscheidend ist aus Sicht des BFH (BFH v. 29.4.2014 – VIII R 9/13, BStBl. II 2014, 986) die Gesetzesbegründung, die als Voraussetzung für ein Nahestehen iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ein Beherrschungsverhältnis voraussetzt (BTDrucks. 16/4841, 61). Hierzu reiche ein aus der Angehörigeneigenschaft iSd. § 15 AO abgeleitetes, bloßes persönliches Näheverhältnis gerade nicht aus. Vielmehr müsse die Person auf den Stpfl. einen beherrschenden Einfluss ausüben können oder umgekehrt der Stpfl. auf die Person einen beherrschenden Einfluss ausüben können oder eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben können (vgl. auch die weiteren Urteile BFH v. 29.4.2014 – VIII R 35/13, BStBl. II 2014, 990; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 44/13, BStBl. II 2014, 992; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 31/11, BStBl. II 2014, 995). Nach Ansicht des BFH liegt ein Nahestehen vor, wenn der beherrschten Person aufgrund eines absoluten Abhängigkeitsverhältnisses im Wesentlichen kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibe, wobei das Abhängigkeitsverhältnis wirtschaftlicher oder persönlicher Natur sein kann (BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397, die Verfassungsbeschwerde gegen VIII R 44/13 wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG v. 7.4.2016 – 2 BvR 623/15). Die FinVerw. hat sich dieser einschränkenden Auslegung zwischenzeitlich angeschlossen (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 136).

► *Nach der Gesetzesbegründung zum UnternehmensteuerreformG 2008* liegt ein derartiges Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner vor, wenn (i) die Person auf den Stpfl. einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, (ii) umgekehrt der Stpfl. auf diese Person einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, (iii) eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, (iv) die Person oder der Stpfl. imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Stpfl. oder die nahestehende Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben

oder (v) wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat.

- ▷ *Auffassung des BMF*: Die FinVerw. (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 136) hat sich nunmehr dem Verständnis des BFH angeschlossen (vgl. MORITZ/STROHM, DB 2014, 2306 [2308]; LEVEDAG, GmbHR 2015, 57 [59]; GLÄSER/ZÖLLER, DStR 2015, 497 [498]; ANEMÜLLER, ErbStB 2016, 158 [160]) und stellt für das Verhältnis von nahestehenden Personen darauf ab, ob die Person auf den Stpfl. einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Stpfl. auf diese Person einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die Person oder der Stpfl. imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Stpfl. oder die nahestehende Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat. Von einem solchen Beherrschungsverhältnis ist auszugehen, wenn der beherrschten Person aufgrund eines absoluten Abhängigkeitsverhältnisses im Wesentlichen kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt (vgl. BFH v. 29.4.2014 – VIII R 9/13, BStBl. II 2014, 986; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 35/13, BStBl. II 2014, 990; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 44/13, BStBl. II 2014, 992; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 31/11, BStBl. II 2014, 995), wobei das Abhängigkeitsverhältnis wirtschaftlicher oder persönlicher Natur sein kann (BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397).
- ▷ *Dokumentationsempfehlungen*: Nach Auffassung des BFH liegt ein Näheverhältnis nur vor, wenn der Stpfl. auf die Person des Darlehensnehmers einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397). Einen beherrschenden Einfluss übt der Darlehensgeber hinsichtlich der Finanzierung aus, wenn dem Darlehensnehmer kein eigener Entscheidungsspielraum zukommt. Dies ist zB der Fall, wenn dem Darlehensnehmer keine alternative Finanzierung durch einen Dritten offen steht; insbes. wenn dem Darlehensnehmer mangels ausreichender Eigenmittel keine Drittfinanzierung möglich ist. In diesem Fall ist der Darlehensnehmer bei der Aufnahme des Darlehens vom Darlehensgeber (absolut) finanziell abhängig (BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397; GLÄSER/ZÖLLER, BB 2015, 1632). Dementsprechend wäre zu empfehlen, beim Abschluss von Verträgen ggf. zu dokumentieren, dass der Darlehensnehmer über ausreichend Vermögen/Bonität zur Finanzierung des Erwerbs verfügt und ihm alternative Finanzierungsmöglichkeiten offen stehen (vgl. WERTH, DStR 2015, 1343 [1347]).

Zeitpunkt des Vorliegens des „Nahestehens“: Die Voraussetzungen des Nahestehens müssen im Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge iSd. § 11 Abs. 1 erfüllt sein (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 34 [4/2016]).

Grundsätze des Fremdvergleichs stets anwendbar: In allen Fällen der nahestehenden Personen setzt die stl. Anerkennung voraus, dass die Vereinbarungen dem stl. Fremdvergleich standhalten (BFH v. 22.10.2013 – X R 26/11, BStBl. II 2014, 374; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 9/2013, BStBl. II 2014, 986; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 44/13, BStBl. II 2015, 992; vgl. auch WACHTER, MittBayNot. 2015, 268 [270]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 36 [4/2016]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 18a [5/2016]; WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 71 [10/2014]; zu den Grundsätzen des Fremdvergleichs ausführlich: BMF v. 23.12.

2010 – IV C 6 - S 2144/07/10004, BStBl. I 2011, 37; BMF v. 29.4.2014 – IV C 6 - S 2144/07/10004, 2014/0061930, BStBl. I 2014, 809; LEVEDAG, GmbHR 2015, 57; GÜNTHER, ErbStB 2016, 84). Danach müssen die vertraglichen Hauptpflichten klar und eindeutig vereinbart sein und das Vereinbarte muss auch tatsächlich durchgeführt werden, dabei schließt aber nicht jede geringfügige Abweichung einzelner Sachverhaltsmerkmale vom Üblichen die stl. Anerkennung des Vertragsverhältnisses aus. Unschädlich ist es insbes., wenn die Darlehensgewährung ungesichert und keine Regelung über eine Vorfälligkeitsentschädigung vereinbart ist (vgl. BFH v. 22.10.2013 – X R 26/11, BStBl. II 2014, 374; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 9/2013, BStBl. II 2014, 986; BFH v. 29.4.2014 – VIII R 44/13, BStBl. II 2015, 992; vgl. auch WACHTER, MittBayNot. 2015, 268 [270]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 18a [5/2016]). Die Intensität des erforderlichen Fremdvergleichs hängt jedoch von den Umständen der Darlehensaufnahme ab. Werden die Darlehensmittel zB dem Darlehensgeber zuvor vom Darlehensnehmer geschenkt, sind die Anforderungen an den Fremdvergleich hoch, um eine endgültige Vermögensverschiebung sicherzustellen (BFH v. 22.10.2013 – X R 26/11, BStBl. II 2014, 374; s. hierzu auch OSTERLOH, DStR 2014, 393).

c) Korrespondenz der Kapitalerträge mit steuerpflichtigen Einkünften beim Schuldner (Betriebsausgaben oder Werbungskosten)

34

Der Ausschluss des StTarifs gem. § 32d Abs. 1 Satz 1 setzt weiter voraus, dass die Mittel, die beim Empfänger zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen, beim Zahlenden (Schuldner) als BA oder WK zu berücksichtigen sind; diese BA oder WK müssen im Zusammenhang mit stpfl. Einkünften stehen und § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 darf auf diese keine Anwendung finden.

Aufwendungen beim Schuldner Betriebsausgaben oder Werbungskosten:

Die Voraussetzung des BA- oder WK-Abzugs trägt der Intention des Gesetzgebers Rechnung, „Schedulen-Missbrauch“ zu verhindern, denn eine Verlagerung von Einkünften aus höher besteuerten anderen Einkunftsarten in die niedriger besteuerten Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 kommt nur dann in Frage, wenn die Kapitalerträge beim Schuldner als BA oder WK abziehbar sind und damit die stl. Bemessungsgrundlage beim Schuldner reduziert und beim Gläubiger erhöht wird. Wird das überlassene Kapital vom Schuldner außerhalb des steuerrelevanten Bereichs, etwa zur Finanzierung einer selbstgenutzten Immobilie verwendet, scheidet eine Einkünfteverlagerung aus; für einen Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes iSd. § 32d Abs. 1 besteht in diesem Fall kein Anlass. Die Einschränkung auf Fälle, in denen Missbrauchsfahr besteht, führt dazu, dass die Abgeltungsteuer mit den damit verbundenen Vereinfachungen in möglichst vielen Fällen Anwendung finden kann.

Zusammenhang mit steuerpflichtigen Einkünften: Die BA oder WK müssen weiter im Zusammenhang mit stpfl. Einkünften stehen. Auch diese Einschränkung dient dem Zweck, möglichst nur Missbrauchsfälle aus der Anwendung des Abgeltungsteuersatzes herauszunehmen (vgl. „Aufwendungen beim Schuldner Betriebsausgaben oder Werbungskosten“). Schließlich kann ein Missbrauch zu Lasten des deutschen Staates dann nicht vorliegen, wenn die vom Schuldner erzielten Einkünfte im Inland keiner Besteuerung unterliegen und damit eine Minderung des StSubstrats ausgeschlossen ist.

Keine Anwendung von § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2: Auf Ebene des Schuldners darf § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 keine Anwendung finden. Wieder dient die Einschränkung dem Zweck, nur Missbrauchsfälle aus der Anwendung des Abgeltungsteuersatzes herauszunehmen (vgl. „Aufwendungen beim Schuldner Be-

triebsausgaben oder Werbungskosten“). Der Verweis betrifft Konstellationen, in denen der Schuldner mithilfe des überlassenen Kapitalvermögens seinerseits Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 erzielt. Gemäß § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 ist in diesen Fällen der Abzug von tatsächlichen WK idR ausgeschlossen. Findet § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 Anwendung (Ausschluss des WK-Abzugs), kann der Schuldner die gezahlten Mittel (korrespondierend die Kapitalerträge auf Ebene des Gläubigers) nicht als WK geltend machen; zu einem Scheduleswechsel (Abgeltungsteuer auf Einkünfte beim Gläubiger mit Regeltarif beim Schuldner) kann es deshalb in diesen Fällen nicht kommen. Damit ist bei Anwendung des § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 ein Missbrauch ausgeschlossen, so dass der Anwendungsbereich des § 32d Abs. 2 (Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes) auf die Fälle beschränkt werden kann, in denen § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 keine Anwendung findet. Da die WK bei Anwendung des § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 also die stl. Bemessungsgrundlage beim Schuldner ausnahmsweise nicht mindern, kann und soll dem Gläubiger der Vorteil des gesonderten StSatzes nach § 32d Abs. 1 erhalten bleiben.

► *Anwendungsbereich:* Die Regelung findet grds. nur Anwendung, wenn der Schuldner eine natürliche Person ist, die Einkünfte aus LuF, Gewerbebetrieb, selbständiger Arbeit und VuV oder Einkünfte iSd. § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb (fremdfinanzierte Rentenversicherungen) und § 22 Nr. 3 (zB Containerleasing) erzielt und sie die Darlehenszinsen als BA oder WK geltend machen kann (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 134).

4. Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b

35 a) Konstellation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b

Für bestimmte Bereiche der Gesellschafterfremdfinanzierung schließt § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b den besonderen StSatz des § 32d Abs. 1 Satz 1 aus, wenn die Kapitalerträge von einer KapGes. oder Genossenschaft an einen Anteilseigner gezahlt werden, der zu mindestens 10 % an der KapGes. oder der Genossenschaft beteiligt ist. Der Ausschluss gilt auch, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge eine dem Anteilseigner nahestehende Person ist.

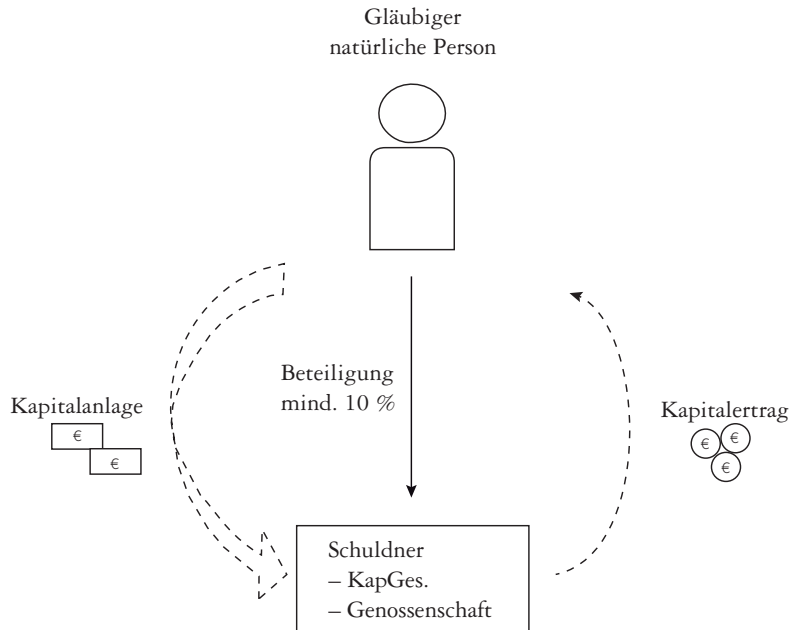


Abb. 1: Grafik zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 1 in Anlehnung an SCHULZ/VOGT, DStR 2008, 2189.

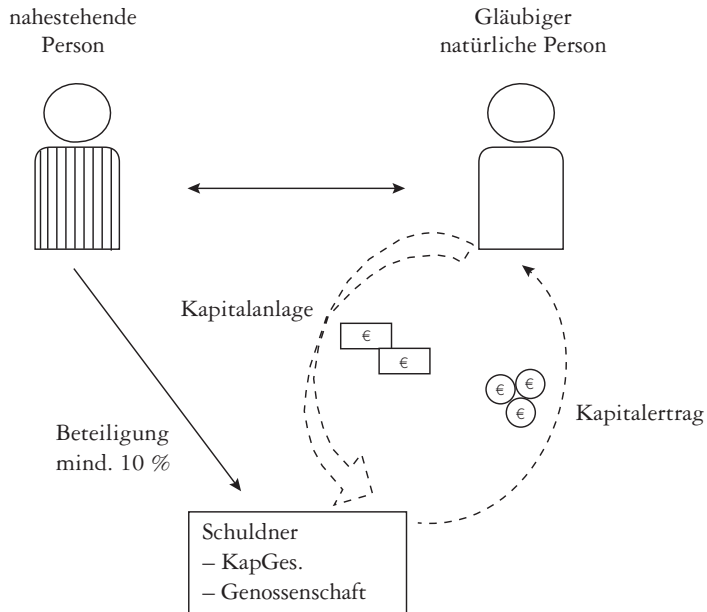


Abb. 2: Grafik zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 in Anlehnung an SCHULZ/VOGT, DStR 2008, 2189.

Relevante Kapitalerträge: Anwendung auf Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7 (s. Anm. 31).

Tatsächliche Zahlung von Kapitalerträgen: Nach Auffassung des FG Düsseldorf (24.5.2016 – 13 K 3369/14 E, EFG 2016, 1781, nrkr., Az. BFH VIII R 19/16; aA. WEISS, StuB 2016, 852) ist § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b auf Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nur anzuwenden, wenn tatsächlich Kapitalerträge gezahlt werden. Verzichtet ein Gesellschafter gegenüber seiner Gesellschaft gegen Besserschein auf Darlehen sowie Zinsansprüche und erzielt er aufgrund vorhandener Refinanzierungskosten ausschließlich negative Kapitalerträge, findet § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 1 keine Anwendung; die abstrakte Möglichkeit einer Einkünfteerzielung nach Eintritt der auflösenden Bedingung in der Zukunft reiche hierfür nicht aus. Unseres Erachtens ist dem Urteil nicht zu folgen; vielmehr ist unter Einbeziehung einer Totalgewinnprognose zu entscheiden, ob relevante Kapitalerträge vorliegen. Allein Zeiträume ohne Einnahmen bzw. ein zeitliches Auseinanderfallen von Aufwendungen und möglichen Einnahmen rechtfertigt uE keine pauschale Aberkennung der Einkünfteerzielungsabsicht (so auch WEISS, StuB 2016, 852).

Bei Zahlung der Erträge durch eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft geht § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b vor; keine Anwendung von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a.

Ausländische Kapitalgesellschaft/Genossenschaft: Die Regelung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b findet auf in- und ausländ. KapGes. und Genossenschaften als Schuldner Anwendung. Zwar geht bei der Gesellschafterfremdfinanzierung ausl. KapGes. kein deutsches Besteuerungssubstrat verloren, da das verringerte KStAufkommen allein den Ansässigkeitsstaat der KapGes. bzw. Genossenschaft trifft. Der Wortlaut lässt jedoch keine einschränkende Auslegung zu (krit. zu dieser Regelung daher SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 621 [646]).

36 b) Von Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft gezahlt

Keine gesetzliche Definition der Begriffe „Kapitalgesellschaft“ und „Genossenschaft“: Die Begriffe „Kapitalgesellschaft“ und „Genossenschaft“ wurden für Zwecke des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b nicht definiert. Dem Wortlaut folgend setzt die Anwendung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b aber eine KapGes. oder Genossenschaft nach Maßgabe des Zivilrechts voraus. Die Zahlung muss also durch eine AG, eine KGaA, eine GmbH einschließlich der Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt) oder durch eine Genossenschaft (eG) erfolgen. Auf europäischer Ebene wäre die Zahlung durch eine europäische Aktiengesellschaft SE und die europäische Genossenschaft SCE tatbestandsmäßig. Andere Körperschaften als KapGes. und Genossenschaften werden von der Regelung nicht erfasst.

Typenvergleich bei ausländischen Rechtsgebilden: Bei ausl. Rechtsgebilden ist ein sog. Typenvergleich durchzuführen; dabei ist zu prüfen, ob das ausl. Rechtsgebilde einer deutschen KapGes. in den wesentlichen Punkten entspricht; ist dies der Fall, findet § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b auch auf diese Gesellschaften Anwendung (s. zum Typenvergleich zB BMF v. 19.3.2004 – IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411; § 2 KStG Anm. 42 ff.).

c) An Anteilseigner oder eine dem Anteilseigner nahestehende Person gezahlt 37

Der gesonderte StTarif findet weiterhin dann keine Anwendung, wenn der Stpfl. als Gläubiger von Kapitalerträgen einer Person nahesteht, die ihrerseits zu mindestens 10 % an der die Kapitalerträge schuldenden KapGes. oder Genossenschaft beteiligt ist. Diese Erweiterung soll Umgehungsstrukturen verhindern.

Erfasst sind nur unmittelbare Beteiligungen, wie der Vergleich mit § 32d Abs. 2 Nr. 3 zeigt, der unmittelbare und mittelbare Beteiligungen ausdrücklich erwähnt; denn anders als in § 32d Abs. 2 Nr. 3 wird in § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b eine bloß mittelbare Beteiligung nicht explizit erwähnt, so dass eine mittelbare Beteiligung uE nicht ausreicht (so auch BFH v. 20.10.2016 – VIII R 27/15, juris, vorhergehend so auch FG Rhld.-Pf. v. 24.6.2015 – 2 K 1036/13, EFG 2015, 1711; rkr.; GÜNTHER, ErbStB 2015, 295; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 64 [8/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 40 [4/2016]; BEHRENS/RENNER, BB 2008, 2319 [2322]; aA jedoch BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 137; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 18b [5/2016]). Zum parallelen Problem im Rahmen des § 8 Abs. 4 KStG aF vgl. BFH v. 20.8.2003 – I R 61/01, BStBl. II 2004, 616.

Der Begriff der nahestehenden Person ist identisch mit der nahestehenden Person im Sinne der Ausgangskonstellation nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a (s. Anm. 33). Ein Anwendungsfall dieser Regelung ist etwa die Darlehensvergabe an eine KapGes., wenn der Ehegatte des Fremdkapitalgebers zu mehr als 10 % an dieser Gesellschaft beteiligt ist. Auch in dieser Konstellation kommt es darauf an, ob zwischen den Beteiligten eine weitgehende Interessenidentität besteht (vgl. Anm. 33; so auch WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 79 [10/2014]). Zur Anwendung der Grundsätze des Fremdvergleichs s. Anm. 33 „Grundsätze des Fremdvergleichs stets anwendbar“.

Bloße Familienangehörigkeit begründet kein Nahestehen: Aus dem nahen Verwandtschaftsverhältnis des Darlehensgebers zu den Gesellschaftern der mit dem Darlehen begünstigten GmbH resultiert auch bei § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b keine ausreichende Grundlage für ein entsprechendes Näheverhältnis (BFH v. 14.5.2014 – VIII R 31/11, BStBl. II 2015, 995; WACHTER, MittBayNot. 2015, 268 [269]; s. zur nahestehenden Person Anm. 8 „Verfassungswidrigkeit bei Benachteiligung von Familienangehörigen“).

d) Beteiligungsquote von mindestens 10 % 38

Mindestbeteiligungsquote von 10 %: An der KapGes. oder Genossenschaft muss eine Beteiligung von mindestens 10 % bestehen. Bei einer Beteiligung von weniger als 10 % schließt § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b die Abgeltungsteuer nicht aus.

► *Gegenstand der Beteiligung:* Der Wortlaut des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b setzt eine „Beteiligung an der KapGes. oder der Genossenschaft“ voraus. Unseres Erachtens kommt es auf die Beteiligung am Kapital der Gesellschaft an; für eine alternative Anknüpfung (zB. an den Stimmrechten der Gesellschaft) ergibt sich aus dem Gesetz keine Grundlage.

► *Beteiligung in Höhe von mindestens 10 %:* Der Gesetzgeber unterstellt bei Vorliegen einer Beteiligung iHv. mindestens 10 %, dass der Gesellschafter über besondere Möglichkeiten der Einflussnahme verfügt.

► *Zunächst Quote von 1 % vorgesehen:* Die Beteiligungsquote wurde erst im Rahmen der Beratungen des Finanzausschusses auf 10 % gesetzt (vorher 1 %), weil man der Auffassung war, dass erst ab dieser Quote von einem gestalterischen Mitwirken des Stpfl. ausgegangen werden könne (BTDrucks. 16/5491, 91).

► *Maßgeblicher Zeitpunkt* für die Bestimmung der Beteiligungsquote ist der Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge iSd. § 11 Abs. 1 (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 40 [4/2016]; krit, jedoch offen WEISS, NWB 2016, 334 [338]).

► *Unmittelbare und mittelbare Beteiligung:* Bei der Berechnung der 10 % Beteiligungsgrenze sind nur unmittelbare Beteiligungen einzubeziehen (so auch BFH v. 20.10.2016 - VIII R 27/15, juris, vorhergehend so auch FG Rhld.-Pf. v. 24.6.2015 – 2 K 1036/13, EFG 2015, 1711; rkr.; WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 76 [10/2014]; WEISS, NWB 2016, 334 [338]; KOSS in KORN, § 32d Rn. 53 [1/2015]; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 64 [8/2014]; LAMBRECHT in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 32d Rn. 11; aA BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 137). Dies ergibt sich mittels Umkehrschluss aus § 32d Abs. 2 Nr. 3 im Vergleich zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b; während in § 32d Abs. 2 Nr. 3 die mittelbare Beteiligung ausdrücklich genannt ist, wurde die mittelbare Beteiligung nicht in § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b aufgenommen.

Kein Rückgriff auf § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a: Nach Ansicht der FinVerw. ist beim Unterschreiten der Beteiligungsquote kein Rückgriff auf § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a möglich; es findet § 32d Abs. 1 Anwendung (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 134; zust. WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 72 [10/2014]).

39–40 Einstweilen frei.

5. Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c

41 a) Relevante Kapitalerträge und Back-to-Back-Finanzierungen

§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c schließt den besonderen StSatz des § 32d Abs. 1 Satz 1 bei sog. *back-to-back*-Finanzierungen aus. Hierbei handelt es sich um Gestaltungen zur wechselseitigen Kapitalüberlassung, bei denen bei einem Dritten – typischerweise einer Bank – ein Darlehen vom Stpfl. oder einer anderen Person aufgenommen wird (im Gesetz als „Kapitalüberlassung“ bezeichnet), während der Stpfl. zugleich eine Einlage unterhält (im Gesetz als „Kapitalanlage“ bezeichnet).

Relevante Kapitalerträge: Anwendung auf Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7 (s. Anm. 31).

Relevante Back-to-Back-Finanzierungen: Die in § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c genannten Fälle der *back-to-back*-Finanzierungen lassen sich systematisch in einen Grundfall (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1) und drei Fälle der entsprechenden Anwendung (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Buchst. aa bis cc) unterteilen.

► *Grundfall des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1:* Ein Gläubiger (Stpfl.) unterhält eine Einlage bei einem Dritten (Kreditinstitut), während derselbe Dritte (oder ein anderer Dritter) (Kreditinstitut) in gleicher Höhe ein Darlehen an den Betrieb des Gläubigers (Stpfl.) gibt. Stehen die Einlage des Gläubigers (Stpfl.) beim Dritten (Kreditinstitut) und das Darlehen des Dritten (entweder der Empfänger

der Einlage oder ein anderer Dritter) (Kreditinstitut) an den Betrieb des Gläubigers (Stpfl.) in einem Zusammenhang, ist der der reguläre Tarif anzuwenden und der Abgeltungsteuersatz ausgeschlossen.

► *Weitere Fälle des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa bis cc:* Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 werden entsprechend auch *back-to-back*-Finanzierungen vom Abgeltungsteuersatz ausgeschlossen, bei denen Kapital überlassen wird (i) an eine dem Gläubiger der Kapitalerträge (Stpfl.) nahestehende Person, (ii) an eine PersGes., bei der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist oder (iii) an eine KapGes. oder Genossenschaft, an der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person zu mindestens 10 % beteiligt ist, sofern der Dritte auf den Gläubiger oder die nahestehende Person zurückgreifen kann.

► *Entsprechende Anwendung auf back-to-back-Finanzierungen*, wenn das überlassene Kapital vom Gläubiger der Kapitalerträge zur Erzielung von Einkünften iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 6 oder 7 eingesetzt wird (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6).

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

42

Back-to-Back-Finanzierung im Zweipersonenverhältnis: Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1 findet nicht die Abgeltungsteuer (§ 32d Abs. 1), sondern der progressive Normaltarif (§ 32a) Anwendung, wenn ein Dritter die Kapitalerträge schuldet und diese Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers steht.

► *Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes:* Die Ausnahme des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c soll Gestaltungen, die der Verlagerung von Einkünften aus den progressiv besteuerten Einkunftsarten in die gesondert besteuerten Einkünfte aus Kapitalvermögen dienen, entgegenwirken.

► *Unerwünschte Gestaltung:* Ein Einzelunternehmer hat nicht die Möglichkeit, Darlehen aus seinem PV an sein BV zu vergeben. Damit fehlt ihm die Möglichkeit, seine gewerbliche Tätigkeit durch private Mittel fremdzufinanzieren. Durch Einschaltung eines Dritten ist allerdings eine mittelbare Fremdfinanzierung der eigenen gewerblichen Tätigkeit möglich. Der Stpfl. kann ein Darlehen, das der betrieblichen Sphäre zuzuordnen ist, bei einem Dritten aufnehmen und gleichzeitig Mittel des PV bei diesem Dritten (oder einem Vierten) anlegen. Bei dieser Gestaltung kann der Einzelunternehmer von der StSatz-Spreizung profitieren; während der Zinsaufwand in der betrieblichen Sphäre die progressiv besteuerten Einkünfte in den Grenzen der Zinsschranke und der Überentnahme vermindert, fällt der Zinsertrag regelmäßig in der Privatsphäre an.

Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage: Voraussetzung ist zunächst, dass ein Dritter (idR ein Kreditinstitut) (von einem bestimmten Gläubiger) Kapital erhält (Kapitalanlage) und der Dritte hierfür an den Gläubiger Kapitalerträge zahlt.

► *Kapitalanlage:* Unter Kapitalanlage ist jede Überlassung von Kapital zu verstehen, die zu Kapitalerträgen, also Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20, führen kann. Die Kapitalüberlassung muss durch die Person erfolgen, an deren Betrieb eine Kapitalüberlassung erfolgt (s. „Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers“).

► *Kapitalerträge:* Bei den Erträgen, welche aus der Kapitalanlage erwirtschaftet werden, muss es sich um Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 handeln; lie-

gen zwar Einkünfte aus Kapitalvermögen vor, die jedoch gem. § 20 Abs. 8 in andere Einkünfte umqualifiziert werden, ist der Tatbestand zunächst nicht erfüllt; s. jedoch zur entsprechenden Anwendung bei anderen Einkunftsarten § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6. Weiter sind auf Ebene des § 32d Abs. 2 Nr. 1 tatbestandsmäßig nur Kapitalerträge aus Kapitalanlagen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7, also aus typischen stillen Gesellschaften, partiarischen Darlehen und aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art erfasst (s. Anm. 31); diese Einschränkung wirkt hier automatisch.

▷ *Sinngemäße Anwendung bei anderen Einkünften:* Durch § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6 wird die Vorschrift darüber hinaus auf Fälle angewendet, in denen der Gläubiger aus der Kapitalanlage Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19), aus VuV (§ 21) oder sonstige Einkünfte (§ 22) erzielt.

▶ *Person des Dritten:* Der Dritte kann jede natürliche oder juristische Person sein, die vom Gläubiger (Stpfl.) eine Kapitalanlage erhält und auf den Kapitalanlagebetrag Kapitalerträge an den Gläubiger (Stpfl.) zahlt; idR handelt es sich bei dem Dritten jedoch um ein Kreditinstitut, bei dem der Stpfl. ein verzinsliches Guthabekonto unterhält und welches für diese Einlage zur Zahlung von Zinsen an den Stpfl. verpflichtet ist.

▷ *Keine Identität zwischen Drittem und Empfänger der Zinszahlung des Gläubigers der Kapitalanlage:* In der ursprünglichen Fassung durch das UntStReformG 2008 setzte § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c voraus, dass ein Dritter die Kapitalerträge schuldet, der seinerseits Kapital an einen Betrieb des Gläubigers überlassen hat. Nach dieser ursprünglichen Fassung musste der Dritte sowohl Gläubiger der Kapitalüberlassung an den Betrieb des Stpfl. als auch Schuldner der Kapitalanlage des Stpfl. sein. Sofern die Person, die dem Betrieb Kapital überlässt, von der Person verschieden ist, bei der der Stpfl. Kapital anlegt, wäre die Regelung ins Leere gelaufen (sog. Doppelbankenfälle; s. auch NEUMANN/STIMPEL, GmbHR 2008, 57 [60]). Mit dem JStG 2008 wurde diese Lücke noch vor Inkrafttreten der Regelung geschlossen. Nach der Neufassung ist keine Beziehung mehr erforderlich zwischen dem Dritten, der die Kapitalerträge schuldet, und der Person, die das Kapital an den Betrieb des Stpfl. überlässt; die Kapitalanlage kann damit auch bei einem Vierten erfolgen. In den Anwendungsbereich des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c können nunmehr sowohl Zwei- als auch Dreipersonenverhältnisse fallen.

Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers: Voraussetzung ist weiter, dass die Kapitalanlage (des Gläubigers an den Dritten) mit einer Kapitalüberlassung (gleich durch welche Person) an einen Betrieb des Gläubigers im Zusammenhang steht.

▶ *Zum Zusammenhang* s. Anm. 48.

▶ *Begriff der Kapitalüberlassung:* Die Auslegung dieses Begriffs muss uE spiegelbildlich zur Auslegung des Begriffs der Kapitalanlage, auf die sich die Regelung bezieht, erfolgen. Die Ausnahme von der Anwendung des gesonderten StTarifs erfasst lediglich Kapitalerträge aus Kapitalanlagen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7, also aus typischen stillen Gesellschaften, partiarischen Darlehen und aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art (s. Anm. 31). Dementsprechend kommen auch nur Kapitalüberlassungsverhältnisse in Betracht, die beim Gläubiger zu entsprechenden Kapitalerträgen führen; insbes. sind Eigenkapitalüberlassungen nicht ausreichend (aA OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 70 [8/2014]). Die Begründung hierfür ergibt sich aus der Absicht des Gesetzgebers, *back-to-back*-Gestaltungen zu erfassen (s. Anm. 10). Eine solche setzt zwingend voraus, dass die

Kapitalüberlassung und die Kapitalanlage gleiche Charakteristika aufweisen. Anderenfalls würde der zwischengeschaltete Dritte weitergehende Chancen und Risiken tragen, was dem Charakter einer *back-to-back*-Finanzierung als durchgeleiteter Finanzierung widerspräche. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass sich der Dritte an dem Gewerbebetrieb des Stpfl. etwa als typisch stiller Gesellschafter beteiligt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4), während der Stpfl. beim Dritten eine Einlage unterhält, die zu Erträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 führt. In einem solchen Fall ist aber das Tatbestandsmerkmal des Zusammenhangs besonders sorgfältig zu prüfen.

- ▷ *Auf ein zusätzliches Rückgriffsrecht des Dritten gegen den Steuerpflichtigen*, wie dies in den Drei- und Mehrpersonenverhältnissen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 vorgesehen ist, konnte verzichtet werden, weil der Stpfl. zwingend gleichzeitig Gläubiger der Kapitalerträge und Schuldner des Kapitalüberlassungsverhältnisses ist und damit stets für die Kapitalüberlassung mit seinem gesamten Vermögen – einschließlich der Kapitalanlage – haftet.
- ▷ *Gläubiger*: Bei der Person des Gläubigers muss es sich um die Person handeln, welche die Kapitalanlage dem Dritten gewährt hat. Insoweit besteht zwischen dem Gläubiger der Kapitalanlage und dem Schuldner der Kapitalüberlassung Personenidentität.
- ▷ *Betrieb*: Im EStG wird der Begriff nicht legaldefiniert und nur selten verwendet (etwa in § 4 Abs. 1 Satz 7 und Abs. 4 und § 4h). Ein Betrieb iSd. § 32d Abs. 2 ist die Tätigkeit des Stpfl., die der Erzielung von Gewinneinkünften dient (so auch OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 71 [8/2014]). Das folgt vor allem aus dem Komplementärcharakter zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6, in der die Regelung auf Überschusseinkünfte ausgedehnt wird. Eine Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers (der Kapitalanlage) liegt damit vor, wenn sie der Erzielung von Einkünften aus LuF, Gewerbebetrieb oder selbständiger Arbeit dient.
- ▷ *Kapitalüberlassungen an Mitunternehmerschaften* unterfallen der Sonderregelung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb (vgl. OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 72 [8/2014]). Daneben kann aber auch eine Kapitalüberlassung an den Stpfl., die seinem SonderBV zuzuordnen ist (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2), als Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Stpfl. angesehen werden.

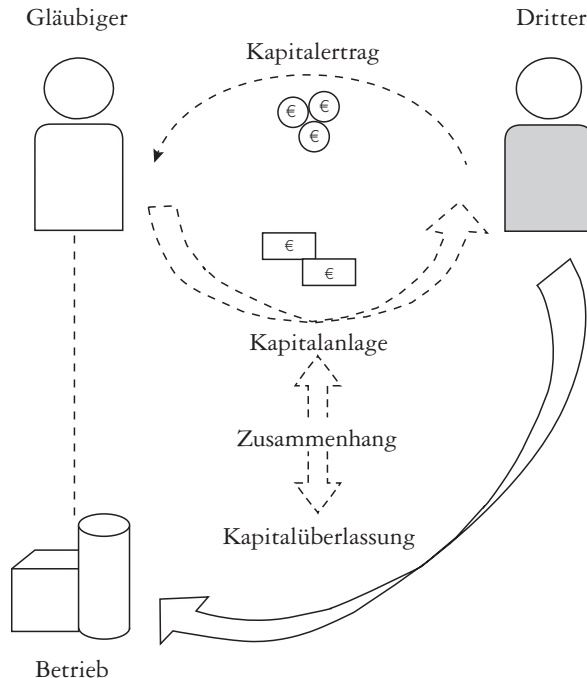


Abb. 3: Grafik zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1 in Anlehnung an SCHULZ/VoGT, DStR 2008, 2189).

Zeitpunkt der Voraussetzungen: Die Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1 müssen im Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge iSd. § 11 Abs. 1 vorliegen (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 45 [4/2016]).

Zusammenfassendes Beispiel (nach MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 47 [4/2016]): Unternehmer U (Gläubiger) ist Gewerbetreibender. Bei der B-Bank nimmt er ein betriebliches Darlehen iHv. 1 000 € auf (Kapitalüberlassung an den Gläubiger). Weiterhin unterhält U bei der B-Bank (Dritter) ein Privatkonto, auf dem sich 1 000 € befinden (Kapitalanlage). Das Darlehen (Kapitalüberlassung) wird mit 10 % verzinst; die Verzinsung des Guthabens (Kapitalanlage) beträgt 8 %. Kapitalanlage und Kapitalüberlassung stehen im Zusammenhang. Der StSatz des U beträgt 45 %.

► **Belastungsvorteil ohne Missbrauchsregelung:** Die Darlehenszinsen iHv. 100 € ($1\,000 \text{ €} \times 10\%$) mindern die Steuern des U im Rahmen seiner Einkünfte aus Gewerbebetrieb um 45 € ($100 \text{ €} \times 45\%$). Auf die Guthabenzinsen fällt im Rahmen der Abgeltungsteuer ein StBetrag von 20 € an ($1\,000 \text{ €} \times 8\% \times 25\%$). Im Erg. resultiert aus den unterschiedlichen StSätzen eine StErsparnis iHv. 25 € ($45 \text{ €} \text{./.} 20 \text{ €} = 25 \text{ €}$). Dem steht ein Zinsmehraufwand iHv. 20 € ($100 \text{ €} \text{./.} 80 \text{ €}$) gegenüber. Insgesamt führt die Gestaltung damit zu einem Belastungsvorteil des U iHv. 5 € ($25 \text{ €} \text{./.} 20 \text{ €}$).

► **Wirkung der Missbrauchsregelung:** Beruhen die Kapitalanlage und die Kapitalüberlassung aber wie vorliegend auf einem einheitlichen Plan, ist für die von U

vereinnahmten Guthabenzinsen nicht die Abgeltungsteuer (§ 32d), sondern der Regeltarif gem. § 32a anwendbar (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. c); es kommt daher zu keiner Spreizung des StSatzes. Auf die Guthabenzinsen iHv. 80 € fällt nunmehr ESt iHv. 36 € ($80 \text{ €} \times 45 \%$). Damit resultiert aus der Kapitalanlage und der Kapitalüberlassung eine StErsparnis iHv. lediglich 9 € ($45 \text{ €} \cdot 36 \text{ €}$). Diesem Vorteil steht ein Zinsaufwand iHv. 20 € ($100 \text{ €} \cdot 80 \text{ €}$) gegenüber. Insgesamt wirkt die Gestaltung dann nachteilig und zwar iHv. 11 € ($9 \text{ €} \cdot 20 \text{ €}$). U wird diese Gestaltung deshalb nicht wählen.

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

aa) Einschaltung weiterer Personen

43

Neben dem Ausgangsfall der *back-to-back*-Finanzierung im (typischerweise) Zweipersonenverhältnis sollen auch bestimmte Kapitalüberlassungen, in die weitere Personen eingeschaltet sind, schädlich sein. Diese Konstellationen zeichnen sich dadurch aus, dass die Parteien des Kapitalüberlassungsverhältnisses und des Kapitalanlageverhältnisses teilweise oder vollständig andere Personen sind. Dennoch sind die Kapitalbeziehungen miteinander verknüpft, indem der Gläubiger des Kapitalüberlassungsverhältnisses auf den Gläubiger und seine Kapitalanlage zurückgreifen kann (s. Anm. 47). Zusätzlich muss eine Verbindung zwischen dem Kapitalanleger (Gläubiger/Stpfl.) und dem Schuldner des Kapitalüberlassungsverhältnisses bestehen, deren mögliche Arten in § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa bis cc abschließend erfasst sind.

bb) Kapitalüberlassung an eine dem Gläubiger nahestehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa)

44

Back-to-Back-Finanzierung bei Verbindung zu nahestehenden Personen:

Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa findet nicht die Abgeltungsteuer (§ 32d Abs. 1), sondern der progressive Normaltarif (§ 32a) Anwendung, wenn an eine dem Gläubiger der Kapitalerträge nahestehende Person Kapital überlassen wird und der Dritte auf den Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann.

► *Korrespondenz mit § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a:* Die *back-to-back*-Variante der Kapitalüberlassung eines Dritten an eine dem Gläubiger der Kapitalerträge nahestehende Person korrespondiert mit § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a. Durch § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa wird die Regelung auf Fälle ausgedehnt, in denen die Kapitalüberlassung an den Betrieb einer dem Gläubiger der Kapitalerträge nahestehenden Person erfolgt, sofern der Dritte auf den Gläubiger oder die nahestehende Person zurückgreifen kann. Es liegt keine direkte Zahlung von Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 7 bzw. Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 7 zwischen einander nahestehenden Personen vor, vielmehr wird ein Dritter (ggf. auch ein Vierter) zwischengeschaltet. Da es sich um eine Abwandlung der Ausgangssituation des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a handelt, gelten die Ausführungen zum Begriff der nahestehenden Person (s. Anm. 33) entsprechend.

Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage: Voraussetzung ist zunächst, dass ein Dritter (idR ein Kreditinstitut) (von einem bestimmten Gläubiger/Stpfl.) Kapital erhält (Kapitalanlage) und der Dritte hierfür an den Gläubiger/Stpfl. Kapitalerträge zahlt (s. Anm. 42 „Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage“).

Kapitalüberlassung an eine dem Gläubiger der Kapitalerträge nahestehende Person: Voraussetzung ist weiter, dass die Kapitalanlage (des Gläubigers an den Dritten) mit einer Kapitalüberlassung im Zusammenhang steht, die eine Person (gleich ist, welche Person) an den Betrieb einer dem Gläubiger (der Kapitalanlage) nahestehenden Person ausreicht hat.

► *Kapitalüberlassung:* Siehe Anm. 42 „Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers“.

► *Nabestehende Person:* Siehe Anm. 33. Zur Anwendung der Grundsätze des Fremdvergleichs s. Anm. 33 „Grundsätze des Fremdvergleichs stets anwendbar“.

► *Kapitalüberlassung an einen Betrieb der nabestehenden Person:* Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1 Halbs. 1 gilt „Entsprechendes“. Dies ist uE als Rechtsgrundverweisung auf § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1 zu verstehen, so dass auch die Voraussetzung, „Kapitalüberlassung an einen Betrieb“ erfüllt sein muss. Dies ergibt sich auch aus § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6, wonach die Regelungen bei Kapitalüberlassungen zur Erzielung bestimmter Überschusseinkünfte entsprechend gelten sollen (so auch OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 85 [8/2014]). Im Umkehrschluss folgt daraus, dass die Regelungen sich im Übrigen nur auf Kapitalüberlassungen zur Erzielung von Gewinneinkünften beziehen können. Zum Begriff des Betriebs s. Anm. 42 „Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers“.

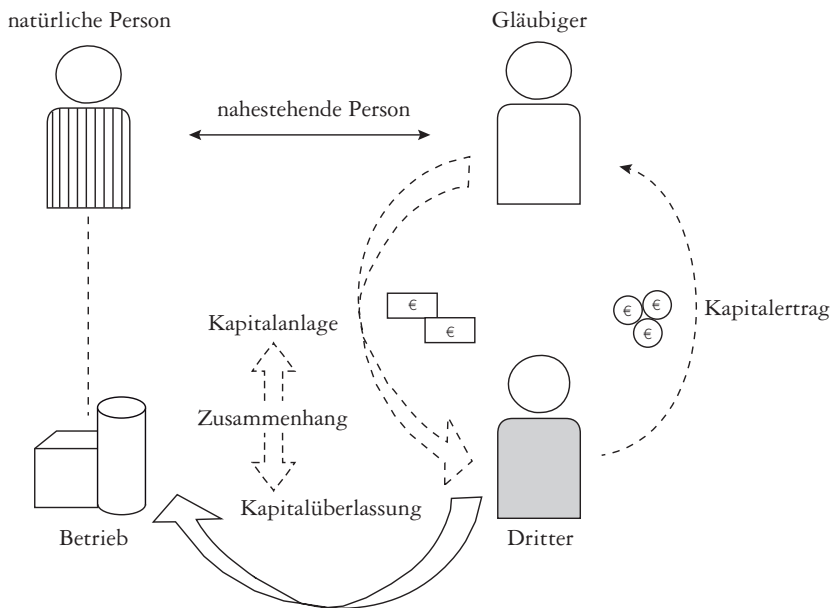


Abb. 4: Grafik § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa in Anlehnung an SCHULZ/VOGT, DStR 2008, 2189.

Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person: Zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2 s. Anm. 47.

Zeitpunkt der Voraussetzungen: Die Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1 und § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa müs-

sen im Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge iSd. § 11 Abs. 1 vorliegen (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 45 [4/2016]).

cc) Kapitalüberlassung an eine Personengesellschaft, bei der der Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb) 45

Back-to-Back-Finanzierung bei Verbindung zu Personengesellschaften: Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb findet nicht die Abgeltungsteuer (§ 32d Abs. 1), sondern der progressive Normaltarif (§ 32a) Anwendung, wenn ein Dritter die Kapitalerträge schuldet und die Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an eine PersGes. steht, bei der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist, sofern der Dritte auf den Gläubiger oder die nahestehende Person zurückgreifen kann. Der Dritte als Schuldner der Kapitalerträge und die Person, die das Kapital an die PersGes. überlässt, können identisch sein, erforderlich ist dies jedoch nicht.

► *Unerwünschte Gestaltung:* Würde der Stpfl. der PersGes. direkt Kapital überlassen, unterfielen die Kapitalerträge als SonderBE nicht dem gesonderten StTarif, sondern der allgemeinen, progressiven Besteuerung nach § 32a Abs. 1 (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 iVm. §§ 32d Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 8). Durch eine *back-to-back*-Gestaltung wäre es möglich, eine Kapitalanlage bei einem Dritten zu unterhalten, der seinerseits die PersGes. finanziert. Die Kapitalanlage bei dem Dritten fällt damit nicht mehr zwingend in das SonderBV. Erträge sind grds. den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzuordnen und würden demzufolge nach dem gesonderten StTarif des § 32d Abs. 1 besteuert. Der Ausnahmetatbestand des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb soll derartige Umgehungsgestaltungen unterbinden.

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

Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage: Voraussetzung ist zunächst, dass ein Dritter (idR ein Kreditinstitut) (von einem bestimmten Gläubiger/Stpfl.) Kapital erhält (Kapitalanlage) und der Dritte hierfür an den Gläubiger/Stpfl. Kapitalerträge zahlt (s. Anm. 42 „Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage“).

Kapitalüberlassung an eine Personengesellschaft, bei der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist: Voraussetzung ist weiter, dass die Kapitalanlage (des Gläubigers an den Dritten) mit einer Kapitalüberlassung im Zusammenhang steht, die eine Person (gleich ist, welche Person) an eine PersGes., bei der der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nahestehende Person als Mitunternehmer beteiligt ist, zugereicht hat.

► *Kapitalüberlassung:* Siehe Anm. 42 „Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers“.

► *Kapitalüberlassung an eine Personengesellschaft:* Die Anwendung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c setzt eine PersGes. nach Maßgabe des Zivilrechts voraus; also

bezüglich des deutschen Zivil-/Handelsrechts eine GbR, oHG oder KG. Auf die Beteiligungshöhe kommt es nicht an.

▷ *Anwendung auch auf ausländische Personengesellschaft:* Die Anwendung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb setzt eine PersGes. nach Maßgabe des Zivilrechts voraus. Es ist ohne Bedeutung, ob es sich um eine inländ. oder eine ausländ. PersGes. handelt (ebenso SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 621 [647]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 49 [4/2016]). Bei ausländ. Rechtsgebilden ist ein Typenvergleich durchzuführen; dabei ist zu prüfen, ob das ausländ. Rechtsgebilde einer deutschen PersGes. in den wesentlichen Punkten entspricht; ist dies der Fall, findet § 32b Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb auch auf diese Gesellschaften Anwendung (s. zum Typenvergleich zB BMF v. 19.3.2004 – IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411; § 2 KStG Anm. 42 ff.). Sofern die Erträge der PersGes. in Deutschland aufgrund eines DBA stfrei gestellt sind, wird durch den Zinsabzug im Ausland das deutsche StAufkommen zwar nicht beeinträchtigt; der Erhalt deutschen StSubstrats war aber lediglich gesetzgeberisches Motiv, das keinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Eine einschränkende Auslegung ist daher nicht angezeigt.

▶ *Gläubiger der Kapitalerträge oder eine diesem nabestehende Person als Mitunternehmer:* Der Begriff des Mitunternehmers richtet sich nach der Legaldefinition des Mitunternehmers in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (zum Begriff des Mitunternehmers s. § 15 Anm. 303 ff.). Nach stRspr. ist für den Mitunternehmer kennzeichnend, dass er zusammen mit anderen Personen eine Unternehmerinitiative (Mitunternehmerinitiative) entfalten kann und ein Unternehmerrisiko (Mitunternehmerrisiko) trägt (vgl. statt vieler BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 [769]). Kapitalüberlassungen an PersGes., die keine Mitunternehmerschaften sind (zB vermögensverwaltende PersGes.), werden von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb nicht erfasst. Diese können jedoch nabestehende Personen des Stpfl. sein, so dass die Anwendung von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa zu prüfen ist; Doppelbuchst. bb entfaltet insoweit keine Sperrwirkung.

▶ *Nabestehende Person:* Siehe Anm. 33. Zur Anwendung der Grundsätze des Fremdvergleichs s. Anm. 33 „Grundsätze des Fremdvergleichs stets anwendbar“.

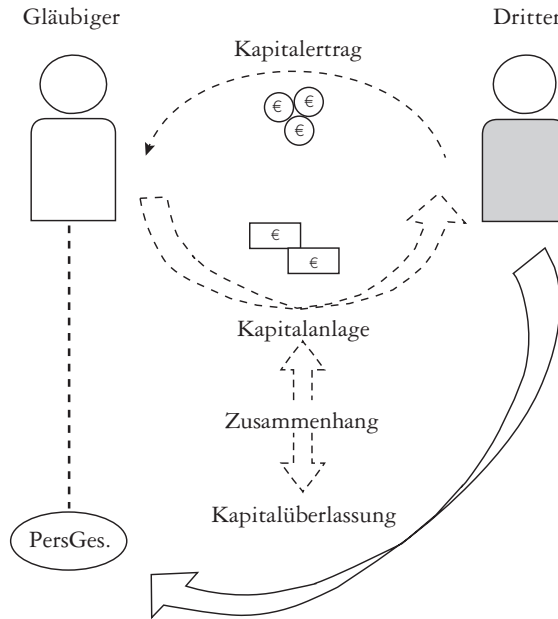


Abb. 5: Grafik § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb Alt. 1 in Anlehnung an SCHULZ/VOGT, DStR 2008, 2189).

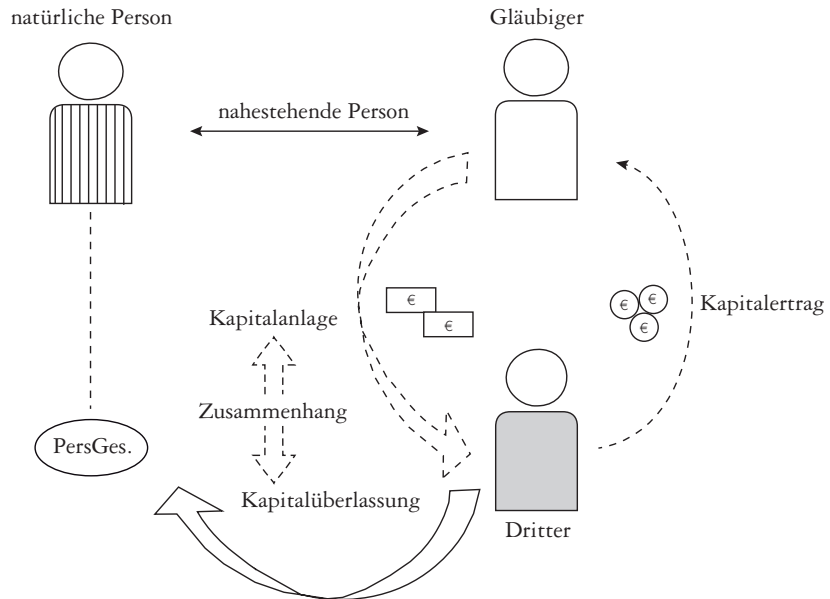


Abb. 6: Grafik § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. bb Alt. 2 in Anlehnung an SCHULZ/VOGT, DStR 2008, 2189).

Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person: Zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2 s. Anm. 47.

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

Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc findet nicht die Abgeltungsteuer (§ 32d Abs. 1), sondern der progressive Normaltarif (§ 32a) Anwendung, wenn ein Dritter die Kapitalerträge schuldet und diese Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an eine KapGes. oder Genossenschaft steht, an welcher der Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person zu mindestens 10 % beteiligt ist, sofern der Dritte auf den Gläubiger oder die nahestehende Person zurückgreifen kann.

Korrespondenz mit § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b: Bei der in § 32d Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc beschriebenen Konstellation handelt es sich um die *back-to-back*-Variante des § 32b Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b. Ebenso wie dort (vgl. Anm. 9) kann es dem Gesetzgeber nicht darum gehen, der Verlagerung von progressiv besteuerten Einkünften in die Einkunftsart Einkünfte aus Kapitalvermögen entgegenzuwirken. Vielmehr soll die Attraktivität der Gesellschafterfremdfinanzierung eingeschränkt werden (zu Bedenken gegen dieses Motiv vgl. Anm. 9).

Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage: Voraussetzung ist zunächst, dass ein Dritter (idR ein Kreditinstitut) (von einem bestimmten Gläubiger/Stpfl.) Kapital erhält (Kapitalanlage) und der Dritte hierfür an den Gläubiger/Stpfl. Kapitalerträge zahlt (s. Anm. 42 „Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage“).

Kapitalüberlassung an eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft: Dem Wortlaut folgend setzt die Anwendung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b aber eine KapGes. oder Genossenschaft nach Maßgabe des Zivilrechts voraus. Zur Auslegung der Begriffe s. Anm. 36.

► *Beschränkung auf Fremdkapitalüberlassung durch Dritten:* Der Begriff der Kapitalüberlassung lässt es zwar grds. zu, sowohl Fremd- als auch Eigenkapitalüberlassungen zu subsumieren. Aus der Zielrichtung des Gesetzgebers, *back-to-back*-Finanzierungen, also durchgeleitete Finanzierungen, zu erfassen, folgt jedoch, dass nur die Überlassung von Fremdkapital durch den Dritten (oder einen Vierten) erfasst wird (vgl. Anm. 42 „Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers“). Anderenfalls trügen der oder die zwischengeschalteten Personen eigenständige Chancen und Risiken aus der Eigenkapitalbeteiligung.

Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person zu mindestens 10 % beteiligt: Der Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person muss zu mindestens 10 % an der KapGes./Genossenschaft beteiligt sein.

► *Zum Begriff der Beteiligung und zur 10 %-Grenze* s. Anm. 37 und 38.

► *Der Begriff der nahestehenden Person* ist identisch mit der nahestehenden Person im Sinne der Ausgangskonstellation nach Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a (s. Anm. 33). Ein Anwendungsfall dieser Regelung ist etwa die Darlehensvergabe an eine KapGes., wenn der Ehegatte des Fremdkapitalgebers zu mehr als 10 % an dieser Gesellschaft beteiligt ist. Auch in dieser Konstellation kommt es darauf an, ob zwischen den Beteiligten eine weitgehende Interessenidentität besteht (vgl. Anm. 33; so auch WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 79 [10/2014]). Zur Anwendung

der Grundsätze des Fremdvergleichs s. Anm. 33 „Grundsätze des Fremdvergleichs stets anwendbar“.

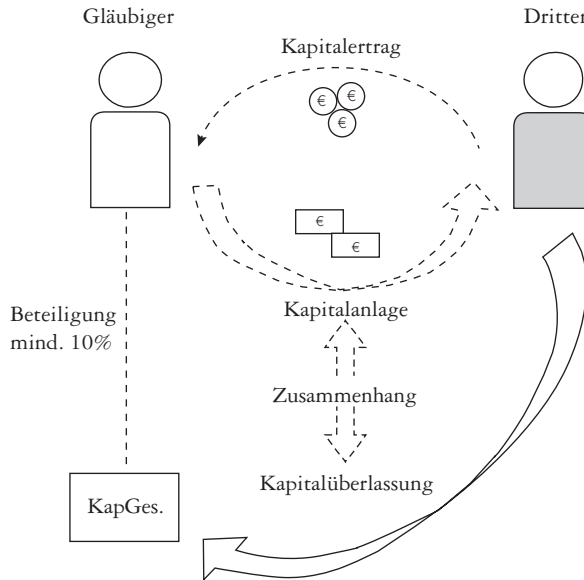


Abb. 7: Grafik § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc Alt. 1 in Anlehnung an SCHULZ/VOGT, DStR 2008, 2189).

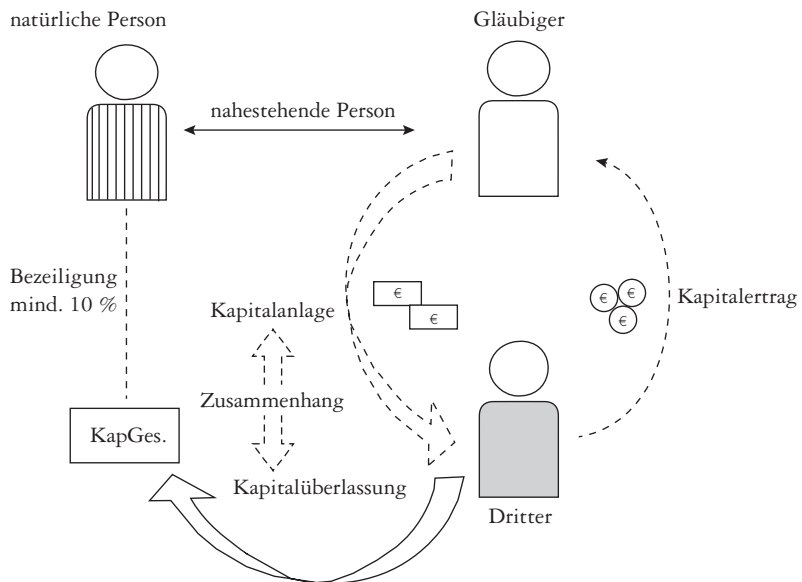


Abb. 8: Grafik § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. cc Alt. 2 in Anlehnung an SCHULZ/VOGT, DStR 2008, 2189).

Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person: Zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2 s. Anm. 47.

47 **ee) Rückgriff des Dritten auf den Gläubiger bzw. eine diesem nahestehende Person (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2)**

Der Ausschluss der Abgeltungsteuer (§ 32d Abs. 1) und die Anwendung des progressiven Normaltarifs (§ 32a) gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c setzt jeweils voraus, dass der Dritte auf den Gläubiger oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann.

Dritter iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2: Dritter iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2 ist der Gläubiger des Kapitalüberlassungsverhältnisses, also die Person, welche Kapital an den Betrieb des Gläubigers/Stpfl. oder der diesem nahestehenden Person überlässt. Insoweit kann die Person des „Dritten“ iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2 von der Person des Dritten iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1 abweichen; dies ist insbes. dann der Fall, wenn der Gläubiger/Stpfl. seine Mittel bei einer anderen Person anlegt, als er die Kreditmittel für den Betrieb aufnimmt.

► *Bei dem „Dritten“ iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1* handelt es sich um den Schuldner der Kapitalanlage (idR ein Kreditinstitut); von diesem „Dritten“ ist die Person zu unterscheiden, welche Gläubiger der Kapitalüberlassung ist. Zwar können diese Personen identisch sein; zwingend ist dies jedoch nicht (vgl. Anm. 42 „Ein Dritter schuldet die Kapitalerträge für eine Kapitalanlage“). Diese Terminologie stimmt nicht mit der des „Dritten“ iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2 überein; denn hier wird der Gläubiger der Kapitalüberlassung als der „Dritte“ bezeichnet (Gläubiger des Kapitalüberlassungsverhältnisses ist derjenige, der aus Sicht des Gläubigers/Stpfl. die Finanzierungsfunktion innehat). Dieser kann mit dem Schuldner der Kapitalanlage identisch sein, in Vier- und Mehrpersonenverhältnissen ist er es jedoch nicht.

► *Leerlaufen der Vorschrift?* Auf der Basis einer streng am Wortlaut orientierten Auslegung gehen BEHRENS/RENNER (BB 2008, 2319 [2327]) von einem Leerlaufen der Vorschrift aus; uE kann das gesetzgeberische Versehen allerdings im Wege der teleologischen Auslegung überwunden werden.

Rückgriff: Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, den schillernden Begriff „Rückgriff“ näher zu erläutern. Die Gesetzesbegründung schränkt den Rückgriff insofern ein, als nur ein Rückgriff „auf Grund eines rechtlichen Anspruchs (z.B. Bürgschaft) oder einer dinglichen Sicherheit wie z.B. Grundschuld“ schädlich sein soll; eine rein tatsächliche Rückgriffsmöglichkeit reicht damit nicht aus (BTDrucks. 16/4841, 61; BRDrucks. 220/07, 98; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 45 [4/2016]; vgl. NEUMANN/STIMPEL, GmbHR 2008, 57 [58]; AXER, Stbg 2007, 201 [203]). Damit widerspricht die Gesetzesbegründung der ursprünglichen Auffassung des BMF zu § 8a KStG aF, wonach bereits ein faktisches Einstehen des Gesellschafters für die Schuld der Gesellschaft ausreichen sollte (vgl. BMF v. 15.12.1994 – IV B 7 - S 2742a - 63/94, BStBl. I 1995, 25, Tz. 21). Aufgrund der schwierigen praktischen Handhabung wurde diese Auffassung zwischenzeitlich aber durch eine einschränkende Auslegung des Rückgriffsbegriffs aufgegeben (vgl. BMF v. 15.7.2004 – IV A 2 - S 2742a - 20/04, BStBl. I 2004, 593, Tz. 18f.). Bei den Ausführungen in der Gesetzesbegründung des UntStReformG 2008 zum Rückgriff im Rahmen des modifizierten § 8a KStG lebt die alte, weite Auffassung aber wieder auf. Dort soll wieder ein

faktisches Rückgriffsrecht ausreichen, ohne dass ein konkreter, rechtl. durchsetzbarer Anspruch erforderlich sei (BTDrucks. 16/4841, 75).

► *Stellungnahme:* Der Begriff des Rückgriffs im Rahmen des § 32d Abs. 2 ist uE in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung zu dieser Passage und der neueren Auffassung der FinVerw. zu § 8a KStG eng auszulegen. Anderenfalls käme es wieder zu einer nicht handhabbaren, uferlosen Weite des Begriffs „Rückgriff“. Erforderlich ist ein rechtl. Anspruch (zB aufgrund einer Garantierklärung, Patronatserklärung oder einer Bürgschaft) oder eine dingliche Sicherheit, wie zB Sicherungseigentum (vgl. BMF v. 15.7.2004 – IV A 2 - S 2742a - 20/04, BStBl. I 2004, 593, Tz. 19). Der Rückgriff wird sich häufig, muss aber nicht notwendigerweise, auf die Kapitalanlage des Stpfl. beziehen, indem beispielsweise ein Pfandrecht an dieser begründet wird.

Kein Gegenbeweis möglich: Der Stpfl. hat uE nicht die Möglichkeit, in entsprechender Anwendung von BMF v. 15.7.2004 (IV A 2 - S 2742a - 20/04, BStBl. I 2004, 593, Tz. 20 und 21) den sog. Gegenbeweis zu führen. Nach Auffassung der FinVerw. sollte es im Rahmen des § 8a KStG aF an einer *back-to-back*-Finanzierung fehlen, wenn die an den rückgriffsberechtigten Dritten gezahlten Vergütungen für Fremdkapitalüberlassungen nicht im Zusammenhang mit Vergütungen für Einlagen stehen, die vom Dritten an den Anteilseigner gezahlt werden. Die FinVerw. bediente sich der einschränkenden Auslegung des Begriffs „Rückgriff“, um die Anwendung der Norm handhabbar zu machen. Eine derartige Auslegung ist im Rahmen des § 32d Abs. 2 Buchst. c Satz 2 nicht erforderlich, weil das Tatbestandsmerkmal des Zusammenhangs nun explizit in das Gesetz aufgenommen wurde (s. Anm. 48). Eine Gegenbeweisbescheinigung, wie sie in BMF v. 15.7.2004 (IV A 2 - S 2742a - 20/04, BStBl. I 2004, 593, Tz. 21) angesprochen ist, ist daher weder erforderlich noch ausreichend.

ff) Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 3 bis 5)

(1) Anwendungsbereich

48

Unabhängig davon, ob es sich um ein Zwei- oder Mehrpersonenverhältnis handelt, ist in allen Fällen des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c ein Zusammenhang iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 3 zwischen der Kapitalanlage des Gläubigers/Stpfl. bei dem Dritten und der Kapitalüberlassung durch den Dritten bzw. Vierten an den Betrieb bzw. die Gesellschaft erforderlich. Als Gegen Ausnahme zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 3 und 4 ist von keinem „Zusammenhang“ auszugehen, wenn die Zinsvereinbarungen marktüblich sind oder sich kein Belastungsvorteil ergibt (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 5).

Erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs: Das Tatbestandsmerkmal des „Zusammenhangs“ führt zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 32d Abs. 2. Ohne diese Voraussetzung unterfiele jeglicher Ertrag aus einer Kapitalanlage eines Stpfl., der zeitgleich ein betriebliches Darlehen aufgenommen hat, der progressiven Besteuerung des § 32a. Damit wäre die Finanzierungsfreiheit für jegliche gewerbliche Tätigkeit aufgehoben und ein mittelbarer Zwang zu vollständiger Eigenkapitalfinanzierung aufgebaut worden. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und nachträglich im JStG 2008 das zusätzliche Tatbestandsmerkmal eingefügt (zur Kritik an der Fassung durch das UntStReformG 2008 vgl. STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 32 [59]).

Verhältnis von Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 3 und Satz 5: Was inhaltlich unter dem Zusammenhang zu verstehen sein soll, lässt das Gesetz auf den ersten Blick offen. Vielmehr werden positive (Satz 3) wie negative (Satz 5) Vermutungen für das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Zusammenhangs aufgestellt. Es handelt uE sich allerdings nur der äußeren Form nach („ist auszunehmen“ bzw. „ist nicht auszugehen“) um Vermutungen. Materiell betrachtet hat der Gesetzgeber eine Reihe positiver und negativer Tatbestandsmerkmale abschließend formuliert. Dies bestätigt auch die Gesetzesbegründung, die in Satz 3 eine „Definition“ des Zusammenhangs sieht (BTDrucks. 16/7036, 13; so auch OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 73 [8/2014]). Daher ist eine von den Sätzen 3 und 5 losgelöste Definition des Zusammenhangs entbehrlich bzw. unzulässig. Anders als in Satz 4 enthalten die Sätze 3 und 5 kein öffnendes „insbesondere“. Dies bedeutet zugleich, dass ein Zusammenhang nur dann vorliegt, wenn das positive Tatbestandsmerkmal des Satzes 3 erfüllt ist und die negativen Merkmale des Satzes 5 nicht erfüllt sind.

49 **(2) Positive Tatbestandsmerkmale (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 3 und 4)**

Ein Zusammenhang ist gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 3 und 4 anzunehmen, wenn die Kapitalanlage und die Kapitalüberlassung auf einem einheitlichen Plan beruhen; dies ist insbes. der Fall, wenn die Kapitalüberlassung in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalanlage steht oder die jeweiligen Zinsvereinbarungen miteinander verknüpft sind.

Einheitlicher Plan: Das einzige positive Tatbestandsmerkmal für einen Zusammenhang ist das Vorliegen eines einheitlichen Plans. Ausweislich der Gesetzesbegründung handelt es sich hierbei um ein ausschließlich subjektives Tatbestandsmerkmal (BTDrucks. 16/7036, 14). Ein einheitlicher Plan liegt vor, wenn der Stpfl. die Kapitalanlage bei einem Dritten und die Kapitalüberlassung durch diesen Dritten oder einen Vierten als wirtschaftliche Einheit aufgrund eines einheitlichen Willensentschlusses tätigt (so auch OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 78 [8/2014]). Beide Kapitalnutzungsverhältnisse müssen als Gesamtpaket gewollt sein. Nicht erforderlich ist allerdings, dass der Stpfl. damit einen stl. Vorteil anstrebt. Das negative Tatbestandsmerkmal eines fehlenden Belastungsvorteils zeigt, dass grds. auch ohne diesen ein einheitlicher Plan möglich sein soll. Eine nicht stl. Motivation könnte etwa darin bestehen, den Eigenkapitaleinsatz in einer Gesellschaft zu Gunsten verstärkten Fremdkapitaleinsatzes zurückzuführen, um damit das wirtschaftliche Risiko für die Anteilseigner zu senken. Hier liegt zwar grds. ein einheitlicher Plan vor, je nach Vereinbarung dürfte es dann aber an der Rückgriffsmöglichkeit des Dritten fehlen.

► *Ausgestaltung des subjektiven Tatbestandsmerkmals durch Regelbeispiele:* Da subjektive Tatbestandsmerkmale für ein Massenfallrecht wie das StRecht idR ungeeignet sind, hat der Gesetzgeber zwei Regelbeispiele aufgeführt (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 4). Liegen diese objektiven Kriterien vor, soll daraus auf das subjektive Merkmal eines einheitlichen Plans geschlossen werden. Es kann uE jedoch in beide Richtungen von der Regel abgewichen werden: Einerseits kann ein einheitlicher Plan auch dann vorliegen, wenn weder ein zeitlicher Zusammenhang noch eine Verknüpfung der Zinsvereinbarungen besteht. So kann ausnahmsweise auch eine kurzfristige, revolvingende Kapitalanlage in Zusammenhang mit einer langfristigen betrieblichen Darlehensaufnahme auf einem einheitlichen Plan beruhen, auch wenn damit grds. kein zeitlicher Zusammenhang begründet wird. Aber umgekehrt kann im Einzelfall eine Kapitalanlage, auch wenn sie in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer betriebli-

chen Darlehensaufnahme steht, nicht auf einem einheitlichen Plan beruhen. Beispielsweise kann eine betriebliche Investitionsfinanzierung zeitlich zusammenfallen mit einem Kapitalzufluss im privaten Bereich (etwa einer Erbschaft), der verzinslich angelegt wird. In einem solchen Fall wäre zwar das Regelbeispiel erfüllt, dennoch beruhen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung nicht auf einem einheitlichen Plan.

Regelbeispiel – Enger zeitlicher Zusammenhang: Von einem einheitlichen Plan ist zum einen dann auszugehen, wenn zwischen Kapitalanlage und Kapitalüberlassung ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 4). Dies setzt voraus, dass der Kredit in zeitlicher Nähe zur Tätigung einer Kapitalanlage aufgenommen wird und die Kreditlaufzeit in etwa der Dauer der Kapitalanlage entspricht (Laufzeitkongruenz von Anlage und Darlehen); in anders gelagerten Fällen soll kein zeitlicher Zusammenhang gegeben sein (BTDrucks. 16/7036, 14).

► *Zeitpunkte der Neuanlage von Kapital bzw. der Neuaufnahme zusätzlichen Fremdkapitals:* Entscheidend sind zum einen die Zeitpunkte der Neuanlage von Kapital bzw. der Neuaufnahme zusätzlichen Fremdkapitals; so soll nach Ansicht des Gesetzgebers ein enger zeitlicher Zusammenhang vorliegen, wenn ein Kredit in zeitlicher Nähe zu einer Kapitalanlage aufgenommen wird (BTDrucks. 16/7036, 14).

▷ *Anzahl der Tage allein nicht entscheidend:* Wie lang ein enger zeitlicher Zusammenhang maximal sein kann, lässt sich nicht in einer Anzahl von Tagen bestimmen. Zu fragen ist vielmehr, ob der zeitliche Abstand zu dem Schluss zwingt, dass Kapitalanlage und Kapitalüberlassung nicht mehr auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhen können; dabei wird die Zeit, die zwischen den beiden Ereignissen verstrichen ist, ein Indiz darstellen.

▷ *Prolongation keine Anlage:* Kapital im PV wird uE nur dann in diesem Sinne „angelegt“, wenn es dem Stpfl. zuvor erstmals in der privaten Sphäre zugeflossen ist. Die bloße Prolongation einer privaten Kapitalanlage erfüllt uE nicht den Begriff der Kapitalanlage. Spiegelbildlich führt die Verlängerung der Laufzeit eines Darlehens oder eine Umschuldung nicht zu einer Kapitalüberlassung. Das Merkmal ist nur dann erfüllt, wenn ein zusätzlicher Fremdkapitalbedarf gedeckt werden soll. Dies folgt daraus, dass die Auslegung des Merkmals zeitlicher Zusammenhang vor dem Hintergrund der von § 32d Abs. 2 ins Visier genommenen Verschiebung von Einkünften zwischen verschiedenen Einkunftsarten bzw. Personen erfolgen muss. Eine Verschiebung hin zu gesondert besteuerten Einkünften aus Kapitalvermögen ist nur möglich, wenn die Summe der Kapitalanlagen des Stpfl. erhöht wird und im Zusammenhang damit der Fremdkapitaleinsatz der betrieblichen Sphäre bzw. der Gesellschaft ebenfalls steigt.

Beispiel: A unterhält seit Längerem ein privates Festgeldkonto bei der Bank B. Ohne Widerspruch des A verlängert sich die Laufzeit der Kapitalanlage am Monatsersten jeweils um einen Monat. Am 1. März nimmt A bei B ein betriebliches Darlehen auf, das der Finanzierung der Anschaffung einer Maschine dient. Die Prolongation des Festgelds am 1. März stellt uE keine Kapitalanlage dar, die im Zusammenhang mit der (neuen) Kapitalüberlassung an den Betrieb stehen könnte.

► *Laufzeitkongruenz von Anlage und Darlehen:* Nach der Gesetzesbegründung ist für den zeitlichen Zusammenhang nicht nur eine Darlehensaufnahme in zeitlicher Nähe zur Tätigung einer Kapitalanlage erforderlich, sondern darüber hinaus auch noch eine Laufzeitkongruenz von Anlage und Darlehen (BTDrucks. 16/7036, 14). So sollen für eine langfristige Kreditfinanzierung – zB von Investitio-

nen – und die Anlage von kurzfristig verfügbaren Mitteln idR außerstl. Gründe maßgebend sein. Dieses Erg. lässt sich auch damit begründen, dass eine kurzfristige Anlage langfristig aufgenommenen Mittel nicht rein stl. motiviert sein kann, da der Stpfl. in diesem Fall einem erheblichen Zinsänderungsrisiko ausgesetzt ist und damit ein wirtschaftliches Risiko zu tragen hat, das mögliche Steuersparmöglichkeiten in den Hintergrund drängt.

Regelbeispiel – Verknüpfung der Zinsvereinbarungen: Von einem einheitlichen Plan ist zum anderen dann auszugehen, wenn die jeweiligen Zinsvereinbarungen von Kapitalanlage und Kapitalüberlassung miteinander verknüpft sind (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 4). Der Gesetzesbegründung folgend kann zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verknüpfungen unterschieden werden (vgl. BTDrucks. 16/7036, 14f.).

► *Unmittelbare Verknüpfung:* Nach der Gesetzesbegründung liegt eine unmittelbare Verknüpfung vor, wenn entweder der Darlehenszinssatz nach dem Zinssatz der Kapitalanlage zuzüglich eines *spread* bemessen ist, oder der Anlagezinssatz nach dem Darlehenszinssatz abzüglich eines *spread* bemessen ist (BTDrucks. 16/7036, 14); dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Guthabenzins vereinbart wird, der konstant einen Prozentpunkt weniger als der Darlehenszins beträgt.

► *Mittelbare Verknüpfung:* Eine mittelbare Verknüpfung kann durch eine feste Koppelung sowohl des Kredit- als auch des Guthabenzinses an einem bestimmten Referenzzinssatz erfolgen (BTDrucks. 16/7036, 14). So ist es etwa nicht unüblich, dass Darlehenszinssätze wie auch Kapitalanlagezinssätze an den LIBOR (*London Interbank Offered Rate*) oder den EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*) gekoppelt sind, wobei jeweils ein Zu- bzw. ein Abschlag auf diesen vorgesehen ist. Bei einer solchen (variablen) Zinsvereinbarung kann allerdings nur dann von einer Verknüpfung ausgegangen werden, wenn beide Zinssätze in (annähernd) gleichen Intervallen an die Marktzinsentwicklungen angepasst werden. Insbesondere bei mittelbaren Verknüpfungen ist zu beachten, dass dieses Merkmal nur ein Regelbeispiel für das Vorliegen eines einheitlichen Plans ist, das im Einzelfall widerlegt werden kann. So können die Zinsvereinbarungen einer Kapitalanlage und einer Kapitalüberlassung beide an einem Referenzzinssatz bemessen sein, ohne dass dies ein Indiz für einen einheitlichen Plan bzw. einen einheitlichen Willensentschluss ist. Eher kann dies Beleg für eine bestimmte Marktpraxis sein. Eine mittelbare Verknüpfung kann uE nur dann ihre Indizwirkung entfalten, wenn beide Vereinbarungen zugleich in engem zeitlichen Zusammenhang stehen; bei mittelbaren Verknüpfungen sollte das gesetzliche Alternativitätsverhältnis zwischen den beiden Regelbeispielen ausnahmsweise kumulativ verstanden werden, um die erforderliche subjektive Verknüpfung ausreichend greifbar zu machen (aA OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 78 [8/2014]).

Weitere Regelbeispiele: Weitere Fälle, die einen einheitlichen Plan indizieren, sind aufgrund des Gesetzeswortlauts, der lediglich Regelbeispiele aufzählt, denkbar (WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 84 [10/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHE/GEURTS, § 32d Rn. 46 [4/2016]). Entscheidend hierfür dürfte sein, ob Kapitalanlage und Kapitalüberlassung vom Stpfl. als einheitliches Konstrukt gewollt sind, was sich anhand objektiver Merkmale belegen lassen muss (s. „Ausgestaltung des subjektiven Tatbestandsmerkmals durch Regelbeispiele“; so auch MORITZ/STROHM in FROTSCHE/GEURTS, § 32d Rn. 46 [4/2016]).

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

Neben dem positiven Tatbestandsmerkmal des einheitlichen Plans enthält die gesetzliche Definition des Zusammenhangs zwei weitere negative Tatbestandsmerkmale. An einem Zusammenhang fehlt es, wenn die Zinsvereinbarungen marktüblich sind oder die Anwendung des gesonderten StTarifs zu keinem Belastungsvorteil führt (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 5).

Marktüblichkeit der Zinsvereinbarungen: Die Zinsvereinbarungen sollen marktüblich sein, wenn sie dem entsprechen, was das Kreditinstitut mit vergleichbaren Kunden bei isolierter Kreditgewährung bzw. Kapitalanlage vereinbart hätte. Als Beispiel für eine Marktüblichkeit führt die Gesetzesbegründung an, dass die Konditionen den Zinssätzen der EWU-Zinsstatistik (auch MFI-Zinsstatistik genannt; abrufbar unter www.bundesbank.de) für den jeweiligen Monat entsprechen oder lediglich geringe Abweichungen vorliegen (BTDrucks. 16/7036, 14; SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 32 [2/2009]).

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

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

Fehlender Belastungsvorteil bei Anwendung des gesonderten Steuertarifs: Ein Zusammenhang zwischen Kapitalanlage und -überlassung besteht weiterhin dann nicht, wenn die Anwendung des gesonderten StTarifs für den Stpfl. zu keinem Belastungsvorteil führt. Dazu kommt es in erster Linie, wenn der Grenz-StSatz des Stpfl. unter 25 % liegt, da die Entlastung bei den progressiv besteuerten Einkünften geringer ist als die Belastung aus der Anwendung des gesonderten StTarifs. Hier hätte uE allerdings kein Regelungsbedarf bestanden, da in einem solchen Fall idR die Möglichkeit zur Besteuerung der Kapitalerträge nach dem persönlichen StSatz nach § 32d Abs. 6 besteht (Günstigerprüfung). Der Anwendungsbereich kann jedoch bei Gegenrechnungen im Rahmen von *Back-to-Back*-Finanzierungen eröffnet sein.

► *Anwendungsfall der Back-to-Back-Finanzierung:* Einen eigenständigen Anwendungsbereich erlangt die Norm dann, wenn in den Belastungsvergleich auch der durch die *Back-to-Back*-Finanzierung entstehende Nettozinsaufwand (Darlehenszins abzüglich Anlagézins) einbezogen wird (vgl. Beispiel in Anm. 42 „Zusam-

menfassendes Beispiel“). Überwiegt dieser den Vorteil aus der begünstigten Besteuerung der privaten Kapitalanlage, fehlt es ebenfalls an einem Belastungsvorteil. Diese Auffassung findet ihren Rückhalt in der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/7036, 13) und der Entstehungsgeschichte der Norm: In den Beratungen wurde der Gesetzgeber wiederholt auf die häufig fehlende Gesamtentlastung hingewiesen. Allerdings darf es nach dem Wortlaut allein aus der Anwendung des § 32d Abs. 1 nicht zu einem Belastungsvorteil kommen. Ein Vergleich mit einer hypothetischen Situation ohne eine *back-to-back*-Finanzierung ist im Gesetz eigentlich nicht angelegt. Das folgende Beispiel zeigt jedoch, dass ein rationaler Stpfl. eine *back-to-back*-Gestaltung nur wählen wird, wenn dies zu einer Gesamtentlastung führt. Nur in einem solchen Fall kann ein Zusammenhang bestehen.

Beispiel: A erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Er nimmt ein betriebliches Darlehen iHv. 1 000 € auf und entnimmt 1 000 €, die er im PV anlegt. Bei einem Darlehenszinssatz von 10 % führt dies zu einem Zinsaufwand von 100 € und damit zu einer Reduktion der StLast von 42 € bei einem unterstellten Grenz-StSatz von 42 %. Bei einer Guthabenverzinsung von 8 % entsteht ein Kapitalertrag von 80 €, der zu einer StLast von 20 € (= 80 € × 25 %) führt. Die StErsparnis liegt demzufolge bei 22 € (= 42 € ./ 20 €). Dem steht ein Nettozinsaufwand von 20 € (= 100 € ./ 80 €) gegenüber. Die Anwendung des gesonderten StTarifs führt daher zu einem (geringen) Vorteil von 2 €. Bei einer Guthabenverzinsung von nur 7,5 % steigt die StErsparnis zwar auf 23,25 € an, dem steht aber ein Nettozinsaufwand von 25 € gegenüber, so dass die Darlehensaufnahme beim Stpfl. bereits zu einem Nachteil iHv. 1,75 € führt.

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

Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6 gilt § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 1 bis 5 sinngemäß, wenn das überlassene Kapital vom Gläubiger der Kapitalerträge für die Erzielung von Einkünften iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 6 und 7 eingesetzt wird.

Sinngemäße Anwendung: Die sinngemäße Anwendung von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c ist vorgesehen für Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 (nichtselbständige Arbeit), Nr. 6 (VuV) und Nr. 7 (sonstige Einkünfte). Während im UntSt-ReformG 2008 ursprünglich alle Überschusseinkunftsarten, also auch Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 2 Abs. 1 Nr. 5), erfasst waren, wurde dies durch das JStG 2008 eingeschränkt, da bei Kapitaleinkünften wegen fehlender StSatz-Spreizung keine Einkünfteverlagerungen erwartet werden (BTDrucks. 16/7036, 14; SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 33 [2/2009]).

Eingeschränkter Anwendungsbereich aufgrund Verweisfehler: Dem Gesetzgeber ist bei Fassung der Norm ein Versehen unterlaufen. Die Regelung setzt voraus, dass das überlassene Kapital vom Gläubiger der Kapitalerträge zur Erzielung bestimmter Überschusseinkünfte verwendet wird (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 6, „... wenn das überlassene Kapital vom Gläubiger ...“). In den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Doppelbuchst. aa bis cc erfolgt die Kapitalüberlassung allerdings nicht an den Gläubiger der Kapitalerträge, sondern an eine andere Person (nahestehende Person, PersGes., KapGes. oder Genossenschaft). Der Verweis geht demzufolge uE insoweit ins Leere. Allenfalls für die Fälle des Doppelbuchst. bb (Kapitalüberlassung an eine PersGes.) könnte vertreten werden, dass der Stpfl. mit dem überlassenen Kapital über die PersGes. Überschusseinkünfte erzielt. Im Wesentlichen erfasst uE der Verweis auf die Sätze 1 bis 5 Satz 2 derzeit nicht. Damit erweitert Satz 6 lediglich den An-

wendungsbereich des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 1. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber dieses Versehen beseitigt.

6. Rechtsfolgen des Abs. 2 Nr. 1

52

Rechtsfolge des § 32d Abs. 2 Nr. 1 bezüglich des Tarifs: Bei Bestehen einer besonderen Beziehung zwischen dem Gläubiger der Kapitalerträge und deren Schuldner (im Fall des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und b) bzw. zwischen dem Gläubiger der Kapitalerträge und dem Schuldner des Kapitalüberlassungsverhältnisses (im Fall des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) findet der gesonderte StTarif nach § 32d Abs. 1 keine Anwendung (§ 32d Abs. 1 Halbs. 1). Die Einkünfte unterfallen zwar weiterhin der Einkunftsart des § 20, sie werden aber ausnahmsweise gemäß der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 besteuert (progressiver Tarif) und nach den allgemeinen Regelungen bei der Veranlagung berücksichtigt (§ 32d Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 [„Absatz 1 gilt nicht“] iVm. § 2 Abs. 5b Satz 2).

► *Rechtsfolge des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und b:* Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen wird der Tarif des § 32d Abs. 1 (Abgeltungsteuer) für sämtliche Kapitalerträge aus dem relevanten Rechtsverhältnis ausgeschlossen; der Wortlaut „wenn“ steht einer Aufteilung auf Basis eines pro-rata-Satzes entgegen.

► *Rechtsfolge des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c:* Rechtsfolge einer schädlichen *back-to-back*-Finanzierung ist die Nichtanwendung des § 32b Abs. 1 auf Kapitalerträge, „soweit“ die zugrunde liegende Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung steht (anders als bei § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und b; hier „wenn“). Die Formulierung lässt offen, ob Bezugsgröße der „soweit“-Grenze die Nominalbeträge von Kapitalanlage und -überlassung oder die jeweiligen Zinsbeträge sind. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist auf das Verhältnis der Nominalbeträge abzustellen, da die Rechtsfolge greifen soll, soweit eine Direktfinanzierung durch eine *Back-to-Back*-Finanzierung ersetzt wird.

Beispiel: A unterhält eine Kapitalanlage iHv. 2000 €, aus der er Kapitalerträge iHv. 200 € erzielt. Die Anlage steht im Zusammenhang mit einem Darlehen (Kapitalüberlassung) iHv. 500 €, aus dem Zinsaufwendungen von 75 € erwachsen. Bei der Besteuerung der Kapitalerträge ist bis zu einem Betrag von 50 € ($500 \text{ €} / 2000 \text{ €} \times 200 \text{ €}$) die Anwendung des gesonderten StTarifs ausgeschlossen. Im Übrigen ($200 \text{ €} \cdot 50 \text{ €} = 150 \text{ €}$) unterfallen die Kapitalerträge der Anwendung des § 32d Abs. 1.

Rechtsfolge des § 32d Abs. 2 Nr. 1 bezüglich weiterer Regelungen: Mit dem Ausschluss des Tarifs des § 32d Abs. 1 entfällt auch die Begründung für die Einschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 und das WK-Abzugsverbot nach § 20 Abs. 9. Beide Normen werden daher konsequent für nicht anwendbar erklärt (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2). Zum Abzug von WK im Jahr 2008 s. BFH v. 27.8.2014 – VIII R 60 13, BStBl. II 2015, 255; BRILL, EStB 2015, 211 (212); KARRENBROCK, NWB 2015, 1310 (1316). Zum Ausschluss des WK-Abzugs und den Beschränkungen des Verlustausgleich s. Anm. 24 „Ausschluss des Werbungskostenabzugs“ und „Beschränkungen des Verlustausgleichs“.

Verlustverrechnung zwischen steuerlich unterschiedlich belasteten Kapitalerträgen: Offen ist, ob sonstige Verluste aus Kapitalvermögen, für die der gesonderte StTarif Anwendung findet, mit Gewinnen nach § 32d Abs. 2 verrechenbar sind. Die Anwendung der Tarifvorschrift und damit einhergehend die Möglichkeiten zur Verlustverrechnung und insbes. die Außerkraftsetzung des WK-Abzugsverbots können im Einzelfall für den Stpfl. zu einer günstigeren Besteuerung als die Anwendung des gesonderten StTarifs führen; insoweit besteht bei entsprechender Steuersituation ein Gestaltungsanreiz.

Nach Auffassung des FG Rhld.-Pf. v. 22.1.2014 (2 K 1485/12, EFG 2014, 1195, nrkr., Az. BFH VIII R 11/14; R 32d Abs. 1 EStR 2012; s. hierzu auch SPIEKER, DB 2016, 197 [199]; ANEMÜLLER, EStB 2016, 384 [385]) ist eine Verrechnung von negativen Kapitalerträgen, welche einer Besteuerung nach § 32d Abs. 1 unterliegen, mit solchen Kapitalerträgen, welche gem. § 32d Abs. 2 besteuert werden, nicht zulässig; auch nicht mit einer im Wege der Günstigerprüfung nach § 32d Abs. 6 bewirkten tariflichen Besteuerung der dem Grundsatz nach mit Abgeltungsteuer belasteten Kapitalerträge (FG Rhld.-Pf. v. 22.1.2014 – 2 K 1485/12, EFG 2014, 1195, nrkr., Az. BFH VIII R 11/14). Unseres Erachtens schließt § 20 Abs. 6 Satz 2 lediglich eine Verrechnung von Verlusten aus Kapitalvermögen mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten aus, nicht aber mit Einkünften aus Kapitalvermögen, die ausnahmsweise dem progressiven StTarif unterfallen. Der Wortlaut ist hier uE eindeutig und kann nicht zu Lasten des Stpfl. erweiternd ausgelegt werden.

Keine Übertragung des Sparer-Pauschbetrags auf tarifbelastete Kapitaleinkünfte: Der Sparer-Pauschbetrag nach § 20 Abs. 9 kann nach Auffassung des FG Rhld.-Pf. v. 22.1.2014 (2 K 1485/12, EFG 2014, 1195, nrkr., Az. BFH VIII R 11/14), soweit er durch eine Berücksichtigung bei den nach § 32d Abs. 1 zu versteuernden Kapitalerträgen nicht aufgebraucht wurde, nicht im Rahmen der Besteuerung der nach § 32d Abs. 2 tarifbelasteten Kapitalerträge berücksichtigt werden.

53–54 Einstweilen frei.

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

55 1. Relevante Kapitalerträge

§ 32d Abs. 2 Nr. 2 bestimmt, dass für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Satz 2 nicht der Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1, sondern der progressive Normaltarif gem. § 32a Abs. 1 zur Anwendung kommt.

Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Satz 2: Bei den Kapitalerträgen iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Satz 2 handelt es sich um Erträge aus Lebensversicherungen im Erlebensfall oder bei Rückkauf des Vertrags, die bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen privilegiert besteuert werden. Hat der Stpfl. im Zeitpunkt der Auszahlung eines Versicherungsvertrags iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 das 60. Lebensjahr vollendet, besteht der Versicherungsvertrag schon mindestens zwölf Jahre und wurde der Vertrag nach dem 31.12.2004 abgeschlossen (Neuvertrag), so wird nur die Hälfte des Unterschiedsbetrags als Einnahmen aus Kapitalvermögen angesetzt. Die Hälfte des Unterschiedsbetrags unterfällt dann dem progressiven EStTarif, eine weitere Begünstigung durch Anwendung des gesonderten StSatzes iSd. § 32d erfolgt nicht. Zu Details der Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 s. § 20 Anm. 262.

► *Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 nicht erfüllt:* Im Fall, dass für die Lebensversicherung die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 nicht erfüllt werden, unterliegen die Erträge aus dieser Versicherung in voller Höhe der Besteuerung und es findet der Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1 Anwendung.

Dies gilt auch, wenn der Stpfl. die Versicherung an einen Dritten veräußert oder der Vertrag vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurde (Altvertrag).

► *Altfälle des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 aF*: Erfüllt die Versicherung die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 aF, sind die Erträge vollständig steuerfrei. Anderenfalls unterliegen sie in voller Höhe der Besteuerung und es kommt der Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1 zur Anwendung. Gleiches gilt, wenn die Lebensversicherung an einen Dritten veräußert wird. Sind in diesem Fall die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 aF erfüllt, sind die Erträge vollständig steuerfrei. Anderenfalls finden § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 und der Abgeltungsteuersatz gem. § 32d Abs. 1 Anwendung.

2. Rechtsfolgen des Abs. 2 Nr. 2

56

Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes: Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 2 sind die Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Satz 2 nicht der Abgeltungsteuer des § 32d Abs. 1, sondern dem progressiven Normaltarif gem. § 32a Abs. 1 zu unterwerfen. Die Einkünfte unterfallen zwar weiterhin der Einkunftsart des § 20, sie werden aber ausnahmsweise gemäß der Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1 besteuert (progressiver Tarif) und nach den allgemeinen Regelungen bei der Veranlagung berücksichtigt (§ 32d Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 [„Absatz 1 gilt nicht“] iVm. § 2 Abs. 5b Satz 2). Zum Ausschluss des proportionalen Tarifs gem. § 32d s. Anm. 52.

Verlustverrechnung: Für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 finden die Verlustverrechnungsregelungen nach § 20 Abs. 6 keine Anwendung (§ 32d Abs. 2 Nr. 2 Satz 2; BTDrucks. 16/4841, 61; SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 25 [2/2009]). Da Verluste bei der Auszahlung von Versicherungsleistungen idR ausgeschlossen sind, ist der Anwendungsbereich gering (WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 92 [10/2014]); jedenfalls wird hierdurch jedoch die uneingeschränkte Verrechnung des Unterschiedsbetrags mit Verlusten aus anderen Einkunftsarten ermöglicht. Zu den Beschränkungen des Verlustausgleichs s. Anm. 24 „Beschränkungen des Verlustausgleichs“.

Werbungskosten: Anders als in § 32d Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 bleibt es in § 32d Abs. 2 Nr. 2 beim Abzugsverbot von WK iSd. § 20 Abs. 9, soweit diese über den Sparerpauschbetrag hinausgehen. Zum Ausschluss des WK-Abzugs s. Anm. 24 „Ausschluss des Werbungskostenabzugs“.

Die Anrechnung ausländischer Quellensteuern erfolgt in den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 2 abweichend von § 32d Abs. 5 gem. § 34c.

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

Einstweilen frei.

57

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

58 1. Antrag

Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 3 werden Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 aus einer Beteiligung an einer KapGes. unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag nicht der Abgeltungsteuer des § 32d Abs. 1, sondern dem regulären Tarif des § 32a Abs. 1 unterworfen. Im VZ, für den der Antrag gestellt wird, muss der Stpfl. unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 25 % an der KapGes. beteiligt oder zu mindestens 1 % an der KapGes. beteiligt und beruflich für diese tätig sein.

Antragserfordernis: Die Nichtanwendung des gesonderten StTarifs nach § 32d Abs. 1 auf Einkünfte aus unternehmerischen Beteiligungen an KapGes. setzt einen Antrag des Stpfl. voraus; eine besondere Form ist für den Antrag nicht vorgeschrieben; er kann also auch mündlich gestellt werden, wobei ein schriftlicher Antrag zur Dokumentation zu empfehlen ist (zB in der Anlage KAP, WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 150 [10/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 60 [4/2016]). Der Antrags auf Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 ist auch dann zu stellen, wenn ein Steuerpflichtiger irrtümlich davon ausgeht, dass bereits eine andere Ausnahmvorschrift des § 32d Abs. 2 EStG eingreift (FG Düsseldorf v. 24.5.2016 – 13 K 3369/14 E, EFG 2016, 1781, nrkr., Az. BFH VIII R 19/16). In diesem Fall sollte der Steuerpflichtige zusammen mit der EStErklärung vorsorglich (ggf. hilfsweise) einen Antrag gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG stellen.

Reichweite des Antrags: Der Antrag ist für alle Einkünfte aus einer qualifizierten Beteiligung an einer KapGes. eines VZ zu stellen (NEUMANN/STIMPEL, GmbHR 2008, 57 [61]). Es ist nicht möglich, den Antrag auf einen Teil der Einkünfte aus einer bestimmten Beteiligung zu beschränken (NEUMANN/STIMPEL, GmbHR 2008, 57 [61]). Der Antrag gilt auch für nachträglich hinzuerworbene Anteile. Ist der Stpfl. hingegen an mehreren KapGes. qualifiziert beteiligt, kann (und muss) für jede Beteiligung ein gesonderter Antrag gestellt werden (WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 150 [10/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 60 [4/2016]).

Zeitliche Geltung des Antrags: Der Antrag gilt erstmals für den VZ, für den er gestellt wird (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 3). Er muss daher nicht schon in dem VZ gestellt werden, in dem erstmals die Voraussetzungen der qualifizierten Beteiligung vorliegen. Der Antrag ist wirksam für den VZ, für den er erstmals gestellt wird, und die folgenden vier VZ, ohne dass die Voraussetzungen erneut zu belegen sind (aA BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 139; s. im Detail „Gegenteilige Auffassung der Finanzverwaltung“).

Bei der Erstreckung auf die folgenden vier VZ handelt es sich in erster Linie um eine Verfahrensvereinfachung zu Gunsten des Stpfl. und der FinVerw. Nach Ablauf des Fünfjahreszeitraums ist jedoch ein erneuter Antrag zu stellen. Ohne erneuten Antrag kommt es zu einer Besteuerung nach § 32d Abs. 1.

► *Materielle Wirkung des Antrags:* Die Regelung entfaltet aber auch materielle Wirkungen, da in den folgenden VZ die Voraussetzungen für eine qualifizierte Beteiligung nicht erfüllt zu sein brauchen; stattdessen wird deren Vorliegen durch

§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 fingiert (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 61 [4/2016]; NEUMANN/STIMPEL, GmbHR 2008, 57 [61]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 19 [5/2016]; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 93 [8/2014]; ENGELBERTH, NWB 2016, 20 [24]). Für die folgenden vier VZ kann daher sowohl die Beteiligungsquote unter die 25 %- bzw. 1 %-Grenze absinken als auch die berufliche Tätigkeit für die Gesellschaft eingestellt werden.

► *Gegenteilige Auffassung der Finanzverwaltung*: Nach Auffassung der FinVerw. soll § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 lediglich eine Nachweiserleichterung und keine Fiktion enthalten (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 139; R 32d „Veranlagungsoption“ EStR 2012). Sind die Antragsvoraussetzungen in den vier VZ, die auf den VZ folgen, für den der Antrag erstmals gestellt wurde, nicht mehr gegeben, soll ein Antrag iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 3 daher keine Wirkung mehr entfalten. Diese gegenteilige Auffassung der FinVerw. ist abzulehnen (vgl. MORITZ/STROHM, BB 2012, 3107 [3110f.]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 61 [4/2016]). Die FinVerw. verkennt den Willen des Gesetzgebers, wie er in der Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck gekommen ist. Danach gilt der Optionsantrag grds. für fünf Jahre, wobei fingiert wird, dass die Voraussetzungen des Antrags während dieses gesamten Zeitraums erfüllt sind (BTDruks. 16/7036, 14). Dies entspricht uE auch der Ansicht des BFH v. 1.7.2014 (VIII R 53/12, BStBl. II 2014, 975), der zwar klargestellt hat, dass ein Optionsantrag eine Beteiligung an einer KapGes. voraussetzt, hieraus aber lediglich schloss, dass ein neuer Optionsantrag nicht mehr gestellt werden kann, wenn eine Beteiligung fünf Jahre nach der erstmaligen Antragstellung nicht mehr vorhanden ist (BFH v. 1.7.2014 – VIII R 53/12, BStBl. II 2014, 975).

Antragsfrist: Der Antrag ist spätestens zusammen mit der EStErklärung für den jeweiligen VZ zu stellen (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4; BFH v. 28.7.2015 – VIII R 50/14, BStBl. II 2015, 894; FG Sa.-Anh. v. 19.12.2011 – 1 K 1108/11, DStRE 2013, 18, rkr.). Hierbei kommt es auf den Zeitpunkt der wirksamen Abgabe der StErklärung iSd. § 25 Abs. 3 an (nach Ansicht der FinVerw. kommt es auf den Eingangstempel an, BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 143). Die Frist ist als Handlungsfrist nicht verlängerbar (Ausschlussfrist zur Vereinfachung des Verfahrens, BTDruks. 16/7036, 14; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 19 [5/2016]; WEISS, NWB 2016, 334 [340]); über eine Verlängerung der Frist zur Abgabe der StErklärung kann allerdings eine Fristverlängerung auch für den Antrag auf Option erreicht werden. Die Frist für die Stellung eines Antrags auf Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 gilt auch dann, wenn ein Steuerpflichtiger irrtümlich davon ausgeht, dass bereits eine andere Ausnahmевorschrift des § 32d Abs. 2 EStG greift. In diesem Fall spollte der Steuerpflichtige zusammen mit der EStErklärung vorsorglich (ggf. hilfsweise) einen Antrag gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG stellen (FG Düsseldorf v. 24.5.2016 – 13 K 3369/14 E, EFG 2016, 1781, nrkr., Az. BFH VIII R 19/16).

► *Nachholung des Antrags*: Nach Ablauf der Frist kommt eine Nachholung des Antrags nur im Rahmen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht (§ 110 AO; hohe Anforderungen bei fachlicher Vorbildung/Beratung s. BFH v. 28.7.2015 – VIII R 50/14, BStBl. II 2015, 894; hohe Anforderungen aufgrund des Steuerformulars: FG Sachs.-Anh. v. 19.12.2011 – 1 K 1108/11, DStRE 2013, 18, rkr.; Hess. FG v. 27.8.2014 – 4 K 1617/13, juris, nrkr., Az. BFH VIII R 33/15). In allen anderen Fällen scheidet eine Nachholung aus. Insbesondere eine Antragstellung im Einspruchs- und Klageverfahren ist nicht

möglich (so auch OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 96 [8/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 60 [4/2016]).

► *Konkludenter Antrag*: Ein konkludenter Antrag gem. § 32d Abs. 3 aufgrund des rechtzeitig gestellten Antrags auf Günstigerprüfung nach § 32d Abs. 6 scheidet nach Auffassung des BFH bei einem fachkundig beratenen Stpfl. idR aus (BFH v. 28.7.2015 – VIII R 50/14, BStBl. II 2015, 894).

► *Bei Schätzbescheiden* hat sich der Stpfl. regelmäßig noch nicht zur Veranlagung erklärt, so dass der Antrag auch nach Erlass des StBescheids gestellt werden kann (BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 19 [5/2016]; KOSS in KORN, § 32d Rn. 76 [1/2015]).

► *Verlängerung der Frist bei der Umqualifizierung von Einkünften als verdeckte Gewinnausschüttung*: Sind einem Gesellschafter einer KapGes. aus seiner Beteiligung ausschließlich vGA zugeflossen, die der Gesellschafter als Einnahmen aus einer anderen Einkunftsart als den Kapitaleinkünften erklärt hat und die erst nachträglich zutreffend als Kapitalerträge besteuert werden, so kann der Stpfl. sein Wahlrecht zur Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren so lange ausüben, bis der EStBescheid des VZ formell und materiell bestandskräftig ist (FG München v. 15.6.2016 – 9 K 190/16, EFG 2016, 1503, nrkr., Az. BFH VIII R 20/16; WEISS, GmbHR 2016, 1050 [1053]).

Auslaufen des Antrags nach Ablauf der Fünfjahresfrist: Wird der Optionsantrag nicht widerrufen, läuft er nach fünf VZ aus (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 62 [4/2016]).

► *Erneuter Antrag nach Auslaufen der Fünfjahresfrist möglich?* Offen ist, ob, nachdem ein Antrag ausgelaufen ist und zwischenzeitlich eine Besteuerung der Beteiligungserträge nach § 32d Abs. 1 für einen oder mehrere VZ erfolgte, eine erneute Antragstellung möglich ist. Dafür spricht, dass ein erneuter Antrag nur nach einem Widerruf unzulässig sein soll; das Auslaufen eines Antrags ist nicht erwähnt. Daher spricht uE mehr dafür, in dem Auslaufenlassen des Antrags keinen konkludenten Widerruf zu sehen, der eine erneute Antragstellung ausschließt, da es sich nicht um eine ausdrückliche Willenserklärung gegenüber dem FA handelt (im Erg. so auch MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 62 [4/2016]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 19 [5/2016]: „Das Auslaufen stellt keinen Widerruf dar, insoweit ist das Widerrufsrecht nicht verbraucht“; KOSS in KORN, § 32d Rn. 78 [1/2015]).

59 2. Widerruf des Antrags

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

► *Mögliche Widerrufsfälle*: Ein Widerruf kommt etwa dann in Betracht, wenn ein Darlehen zum Erwerb der Beteiligung getilgt wurde und der Stpfl. nunmehr keine WK im Zusammenhang mit der Beteiligung mehr geltend machen kann, so dass die Anwendung des gesonderten StTarifs für ihn günstiger ist.

Form des Widerrufs: Eine besondere Form ist für den Widerruf nicht vorgeschrieben (KOSS in KORN, § 32d Rn. 77.1 [1/2015]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 62 [4/2016]); er kann also auch mündlich gestellt werden, wobei ein schriftlicher Antrag zur Dokumentation zu empfehlen ist.

Widerrufsfrist: Der Widerruf muss dem FA spätestens mit der EStErklärung für den VZ zugehen, für den der Antrag erstmals nicht mehr gelten soll (SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 40 [2/2009]; NEUMANN/STIMPEL, GmbHR 2008, 57 [61]). Auch hierbei handelt es sich um eine Ausschlussfrist; verfahrensrechtl. ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich (§ 110 AO; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 62 [4/2016]).

► *Nach abweichender Ansicht der Finanzverwaltung* soll der Widerruf dagegen noch bis zur Bestandskraft des EStBescheids erklärt werden können (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 141). Eine gesetzliche Grundlage für diese Auffassung besteht uE nicht (vgl. WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 150 [10/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 62 [4/2016]).

Wirkung des Widerrufs: Ein Widerruf schließt einen erneuten Antrag des Stpfl. nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 6 aus. Hintergrund ist, dass ein mehrfacher Wechsel der Steuerschedule zur Steueroptimierung ausgeschlossen werden und der Verwaltungsaufwand möglichst gering gehalten werden sollen (BTDrucks. 16/7036, 14).

► *Erneuter Antrag in Bezug auf „neue“ Beteiligung:* Die Unzulässigkeit eines erneuten Antrags gilt allerdings nur für „diese“ Beteiligung an der KapGes. (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 6). Nach einer vollständigen Veräußerung der Beteiligung und einem späteren, erneuten Erwerb kann ein neuer Antrag gestellt werden. Ein Missbrauch (§ 42 AO) wäre uE auf Basis der Rspr. des BFH (v. 25.8.2009 – IX R 60/07, BStBl. II 2009, 999) nicht gegeben, wenn Veräußerung und Anschaffung zu unterschiedlichen Preisen erfolgen; dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber selbst ein entsprechendes Vorgehen vorschlägt (BTDrucks. 16/7036, 14).

3. Kapitalerträge aus einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

60

Die Möglichkeit zur Option zum Teileinkünfteverfahren besteht nur für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2, die aus einer bestimmten Beteiligung an einer KapGes. erzielt werden.

Keine gesetzliche Definition des Begriffs „Kapitalgesellschaft“: Der Begriff „Kapitalgesellschaft“ wurde für Zwecke des § 32d Abs. 2 Nr. 3 nicht definiert. Dem Wortlaut folgend setzt die Anwendung des § 32d Abs. 2 Nr. 3 jedoch eine KapGes. nach Maßgabe des Zivilrechts voraus. Die Beteiligung muss also an einer AG, einer KGaA oder einer GmbH einschließlich der UG (haftungsbeschränkt) bestehen. Auf europäischer Ebene wäre die Beteiligung an einer europäischen Aktiengesellschaft SE tatbestandsmäßig. Andere Körperschaften als KapGes. werden von der Regelung nicht erfasst.

► *Typenvergleich bei ausländischen Rechtsgebilden:* § 32d Abs. 2 Nr. 3 findet auf Beteiligungen an in- und ausländ. KapGes. Anwendung. Das deutsche Zivilrecht kennt als KapGes. die AG, die KGaA und die GmbH einschließlich der UG (haftungsbeschränkt). Hinzu kommt auf europäischer Ebene die europäische Aktiengesellschaft SE. Bei ausländ. Rechtsgebilden ist ein sog. Typenvergleich durchzuführen; dabei ist zu prüfen, ob das ausländ. Rechtsgebilde einer deutschen KapGes. in den wesentlichen Punkten entspricht; ist dies der Fall, findet § 32d Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b auch auf diese Gesellschaften Anwendung (s. zum Typenvergleich zB BMF v. 19.3.2004 – IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411; § 2 KStG Anm. 42 ff.).

► *Dauer der Beteiligung*: Bezüglich der Dauer der Beteiligung genügt es, dass die Beteiligung zu irgendeinem Zeitpunkt in dem VZ, für den der Antrag erstmals gestellt wird, besteht (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 139); damit reicht auch eine Beteiligung über einen sehr kurzen Zeitraum aus.

► *Kapitalgesellschaften in der Gründungs- und Auflösungsphase*: Die Behandlung von KapGes. in der Gründungs- und Auflösungsphase richtet sich nach dem Zivilrecht (mit weiteren Ausführungen MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 57 [4/2016]).

▷ *Eine Vorgesellschaft*, also eine Gründungsgesellschaft zwischen dem Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags und der Eintragung ins Handelsregister, ist mit der späteren KapGes. identisch (§ 20 Anm. 52); ein Antrag iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 3 ist in diesen Fällen möglich.

▷ *Eine Vorgründungsgesellschaft* zwischen der Vereinbarung der Gesellschafter, eine Gesellschaft zu gründen, und dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags stellt noch keine KapGes. dar. Hier liegt noch eine PersGes. vor (§ 20 Anm. 52), auf die § 32d Abs. 2 Nr. 3 keine Anwendung findet.

▷ *Kapitalgesellschaft in Auflösung*: Eine KapGes., deren Auflösung beschlossen wurde, besteht noch bis zur Beendigung der Gesellschaft fort; die Beendigung tritt erst mit der Löschung aus dem Handelsregister ein. Bis zur tatsächlichen Beendigung besteht die aufgelöste Gesellschaft damit fort; lediglich wird der werbende Zweck der Gesellschaft durch den Zweck der Abwicklung überlagert; ein Antrag iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 3 ist in diesen Fällen möglich (BFH v. 21.10.2014 – VIII R 48/12, BStBl. II 2015, 270; WERTH, DStR 2015, 1343 [1349]; GEBHARDT, FR 2015, 564).

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

► *Nicht erfasste Erträge*: Nicht erfasst sind hingegen Einkünfte aus der Veräußerung der Anteile (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1). Diese dürften bereits der Besteuerung nach § 17 unterfallen, so dass auch bei der Veräußerung nicht der gesonderte StTarif, sondern das Teileinkünfteverfahren iVm. § 32a Abs. 1 zur Anwendung kommen sollte (vgl. zum Verhältnis der Abgeltungsteuer zu § 17 OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322 [1325]). Ebenfalls nicht erfasst sind die Erträge aus Gesellschafterdarlehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 7), für die – vorbehaltlich des § 32d Abs. 2 Nr. 1 – der proportionale StTarif des § 32d Abs. 1 zur Anwendung kommt.

► *Antrag auch ohne Zufluss von Kapitalerträgen*: Nach Auffassung der FinVerw. kann der Antrag auch allein zur Geltendmachung von WK gestellt werden (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 143); demnach ist für den Antrag nicht Voraussetzung, dass dem Stpfl. aus der Beteiligung tatsächlich Kapitalerträge zufließen (so auch WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 141 [10/2014]; vgl. auch KARRENBROCK, NWB 2015, 1310; offen gelassen durch BFH v. 21.10.2014 – VIII R 48/12, BStBl. II 2015, 270).

▷ *Erzielung von Kapitalerträgen ausgeschlossen*: Nach Auffassung des BFH (v. 21.10.2014 – VIII R 48/12, BStBl. II 2015, 270) setzt der Antrag jedenfalls voraus, dass Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 noch erzielt werden können;

damit, so der BFH, wäre die Option nicht möglich, wenn aus der Beteiligung keine Kapitalerträge mehr erzielbar sind, etwa weil nach Auflösung der Gesellschaft mit der Auskehrung weiteren Vermögens nicht mehr zu rechnen ist (zB weil ein Auflösungsverlust iSd. § 17 Abs. 2 und 4 auf Antrag des Stpfl. nicht erst im Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation festgestellt wird, sondern bereits zu einem zeitlich davor liegenden Zeitpunkt (so auch OFD NRW v. 22.4.2015, ESt Nr. 13/2015, DB 2015, 1014 [1015]; s. auch APRTZ, EStB 2015, 86; GEBHARDT, FR 2015, 564; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 19 [5/2016]; WEISS, GmbH-StB 2016, 288 [289]). Nach Auffassung des FG Hamb. kommt ein Antrag gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 auch nicht in Betracht, wenn die maßgebliche Beteiligung bereits in einem dem VZ des Antrags vorangegangenen VZ veräußert wurde; § 32d Abs. 2 Nr. 3 setze das Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung zu zumindest irgendeinem Zeitpunkt im VZ der Antragstellung voraus; nach einer Veräußerung in einem vorangegangenen VZ ist diese Voraussetzung in den nachfolgenden VZ nicht mehr erfüllt (FG Hamb. v. 28.10.2015 – 3 K 124/15, juris, rkr.).

- ▷ *Stellungnahme:* Die Auffassung des BFH berücksichtigt uE den Willen des Gesetzgebers nicht. § 32d Abs. 2 Nr. 3 soll dem Stpfl. in Fällen, in denen ein Anteilserwerb aus unternehmerischem Interesse erfolgt, eine steuermindernde Geltendmachung von WK ermöglichen (BTDrucks. 16/7036, 14). Es widerspräche dem Sinn und Zweck, den Wortlaut „für Kapitalerträge“ so einengend verstehen zu wollen, dass tatsächlich Kapitalerträge vorliegen müssen; uE dient das „für“ nur der Bestimmung von Einkünften, ohne deren tatsächliche Zahlung vorauszusetzen (mit Verweis auf die Interessenlage des Stpfl. und den Zweck des Gesetzes so auch MORITZ/STROHM, BB 2012, 3107; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 59 [4/2016]; wohl auch WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 141 [10/2014]).

4. Qualifizierte Beteiligung

61

Die Antragsmöglichkeit setzt eine qualifizierte Beteiligung an der KapGes. voraus. Nur wenn der Stpfl. maßgeblichen Einfluss auf die KapGes. ausüben könne, lasse es sich rechtfertigen, ein anderes Besteuerungsregime als bei einer privaten Vermögensverwaltung anzuordnen (BTDrucks. 16/7036, 14). Dies ist der Fall, wenn der Stpfl. in dem VZ, für den der Antrag erstmals gestellt wird, unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 25 % an der KapGes. beteiligt ist oder zu mindestens 1 % an der KapGes. beteiligt und beruflich für diese tätig ist.

25 %-Beteiligung (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a): Die qualifizierte Beteiligung kann zum einen aufgrund der Höhe der Beteiligung bestehen. Ab einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung von mindestens 25 % sei typisierend ein wesentlicher Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen anzunehmen (vgl. BTDrucks. 16/7036, 14). Da der Wortlaut der Beteiligungsvoraussetzung eng an § 17 Abs. 1 Satz 1 angelehnt ist, kann für die Auslegung auf die Erl. zu § 17 verwiesen werden. Hinzuweisen ist darauf, dass eine mittelbare Beteiligung (mit Ausnahme von vermögensverwaltenden PersGes.) nur dann relevant wird, wenn gleichzeitig noch eine unmittelbare Beteiligung des Stpfl. besteht. Anderenfalls kann der Stpfl. aus der Beteiligung an der KapGes. keine Beteiligungserträge erzielen.

1 %-Beteiligung und berufliche Tätigkeit (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b) (bis Veranlagungszeitraum 2016): Eine qualifizierte Beteiligung liegt auch bei

einer Beteiligung von mindestens 1 % vor, wenn der Stpfl. zugleich beruflich für die KapGes. tätig ist. In diesem Fall wird typisierend unterstellt, dass der wesentliche Einfluss auf die KapGes. zumindest auch durch die berufliche Tätigkeit vermittelt wird.

► *Berufliche Tätigkeit:* Was unter einer beruflichen Tätigkeit zu verstehen ist, lässt das Gesetz offen. Es sind uE Fälle erfasst, in denen der Gesellschafter seine Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellt. Ausreichend, aber nicht notwendig, ist das Bestehen eines Dienstverhältnisses, aus dem der Gesellschafter Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit erzielt (§ 19). Darunter fallen insbes. GesGf., die hinsichtlich ihrer Geschäftsführertätigkeit einen Dienstvertrag mit der Gesellschaft geschlossen haben. Es genügt aber auch, wenn der Gesellschafter seine Tätigkeit unentgeltlich ausübt. Ferner ist uE eine Tätigkeit des Gesellschafters für die Gesellschaft erfasst, die bei ihm zu Einnahmen aus selbständiger Arbeit (§ 18) führt. Darunter fielen beispielsweise ein Rechtsanwalt, der Beratungsleistungen an eine Gesellschaft erbringt, an der er zu mindestens 1 % beteiligt ist. Die Beratung von Mandanten ist Teil seiner beruflichen Tätigkeit, die er (auch) für die Gesellschaft erbringt.

▷ *Mindestmaß an beruflicher Tätigkeit:* Nach dem Wortlaut ist es nicht erforderlich, dass der Stpfl. ausschließlich oder auch nur überwiegend beruflich für die Gesellschaft tätig ist. Vielmehr reicht grds. auch ein Mindestmaß an beruflicher Tätigkeit. Der Tätigkeit muss auch kein besonderes Gewicht zukommen. Insbesondere ein unternehmerischer Einfluss auf die Gesellschaft ist nicht erforderlich. So hat der BFH zu Recht herausgestellt, dass § 32d Abs. 2 Nr. 3 keine besonderen Anforderungen an die berufliche Tätigkeit stellt (BFH v. 25.8.2015 – VIII R 3/14, BStBl. II 2015, 892; FG Thür. v. 13.11.2013 – 3 K 366/13, EFG 2014, 277; so auch NEUMANN/STIMPEL, GmbHR 2008, 57 [61]; s. auch HOHEISEL/TIPPELHOFER, StuB 2016, 16 [18]; WEISS, EStB 2016, 324). Insofern ist auch eine nur geringfügige Tätigkeit für einen Antrag iSd. § 32d Abs. 2 Nr. 3 ausreichend (BLESCHICK, SteuStud. 2016, 75 [76]; GRAVE/HERMES, DStR 2016, 946; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 58 [4/2016]; anders noch Vorauf.; aA auch SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 37 [2/2009]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 19 [5/2016]; OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 95 [8/2014]; KORN, KÖSDI 2014, 18818; aA wohl auch BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 138, da Einkünfte vorausgesetzt werden).

▷ *Fallbeispiele* (nach GRAVE/HERMES, DStR 2016, 946): Die Tätigkeit als Reinigungskraft oder Hausmeister ist ausreichend (GRAVE/HERMES, DStR 2016, 946 [949]); auch eine Tätigkeit im Rahmen von künstlerischen Darbietungen genügt (GRAVE/HERMES, DStR 2016, 946 [949]); eine Tätigkeit als Berater oder Repräsentant erfüllt die Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b (GRAVE/HERMES, DStR 2016, 946 [949]). Bei Tätigkeiten von Ehegatten ist uE nicht entscheidend, ob die Tätigkeit auf Basis familiärer Verpflichtungen ausgeübt wird, denn dies betrifft nur die Frage des Rechtsgrunds der Tätigkeit und hat für die Tätigkeit und die Verflechtung zur Gesellschaft keine Relevanz (aA GRAVE/HERMES, DStR 2016, 946 [949]).

► *Berufliche Tätigkeit für die mittelbare Beteiligungsgesellschaft:* Kapitaleinkünfte aus einer unternehmerischen Beteiligung, auf die der individuelle StSatz (und nicht die pauschale Abgeltungsteuer) Anwendung finden kann, liegen auch dann vor, wenn der Stpfl. an der KapGes., für die er tätig ist, nur mittelbar beteiligt ist (FG Rhld.-Pf. v. 9.12.2014 – 3 K 2697/12, EFG 2015, 405, nrkr., Az. BFH VIII R 1/15).

1 %-Beteiligung und berufliche Tätigkeit mit maßgeblichem unternehmerischem Einfluss (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b (ab Veranlagungszeitraum 2017)): Mit dem BEPS-UmsG wurden die Voraussetzungen für einen Antrag auf Option zum Teileinkünfteverfahren rechtsprechungsdurchbrechend verschärft (vgl. WIESE, GmbHR 2017, R1). Auf Basis des neuen Wortlauts des § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b setzt ein Antrag auf Option zum Teileinkünfteverfahren bei einer mindestens 1 %-Beteiligung an der KapGes. für Anträge ab dem VZ 2017 voraus, dass durch die berufliche Tätigkeit ein maßgeblicher unternehmerischer Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft genommen werden kann.

▶ *Qualifizierte Beteiligung:* Siehe „1 %-Beteiligung und berufliche Tätigkeit (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b) (bis Veranlagungszeitraum 2016)“.

▶ *Berufliche Tätigkeit:* Siehe „1 %-Beteiligung und berufliche Tätigkeit (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b) (bis Veranlagungszeitraum 2016)“.

▶ *Maßgeblicher unternehmerischer Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft:* Was unter den Tatbestandsmerkmalen „maßgeblicher unternehmerischer Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft“ zu verstehen ist, lässt das Gesetz offen. Unklar ist insbes., wie die Begriffe „wirtschaftlich“ und „unternehmerisch“ zu verstehen sind; auch der unbestimmte Rechtsbegriff eines „maßgeblichen“ Einflusses wird nicht definiert. Dies wird in der Rechtsanwendungspraxis zu vielen offenen Fragen führen.

▷ *Wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft:* Voraussetzung ist ein Einfluss auf die „wirtschaftliche“ Tätigkeit einer Gesellschaft. Fraglich ist, was unter dieser „wirtschaftlichen“ Tätigkeit verstanden werden kann, die nach offener Auffassung des Gesetzgebers von anderen, durch die Gesellschaft ausgeübten Tätigkeiten abzugrenzen ist. Vom Wortlaut der Vorschrift ausgehend würde man unter einer „wirtschaftlichen“ Tätigkeit allgemein solche Tätigkeiten verstehen, welche unter Einsatz von Ressourcen auf die Erzielung eines finanziellen Erg. gerichtet sind. Konkret wären dann alle Maßnahmen, die unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss auf das finanzielle Erg. einer Gesellschaft haben (entweder als Aufwand oder Ertrag), als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren. Es fragt sich dabei, welche Maßnahmen in einem Unternehmen keinen Einfluss auf das finanzielle Erg. einer Gesellschaft haben und welche Abgrenzungsfunktion das Tatbestandsmerkmal „wirtschaftliche Tätigkeit“ damit erfüllen kann. Es liegt deshalb nahe, den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in einem eher betriebsbezogenen Sinn zu verstehen, der alle Tätigkeiten meint, die sich dem wirtschaftenden, betrieblichen Bereich des Unternehmens zuordnen lassen; die Abgrenzung müsste dann gegenüber dem nicht betrieblichen Bereich, also insbes. dem durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Bereich, vorgenommen werden. Voraussetzung wäre damit, dass sich der Einfluss auf die betriebliche Sphäre der Gesellschaft bezieht. Das Tatbestandsmerkmal ist uE deshalb dann erfüllt, wenn sich der Einfluss auf die Erwirtschaftung des finanziellen Erg. der Gesellschaft auswirken kann; ein bloßer Einfluss auf die Verwendung dieses Erg. wäre nicht ausreichend.

▷ *Maßgeblicher unternehmerischer Einfluss:* Weiterhin muss die berufliche Tätigkeit einen maßgeblichen unternehmerischen Einfluss erlauben. Einfluss kann dann ausgeübt werden, wenn die Möglichkeit besteht, betriebliche Maßnahmen zu veranlassen oder zumindest auf diese Maßnahmen einzuwirken; unternehmerisch ist dieser Einfluss uE, wenn er sich nicht vollständig aus einem Direktionsrecht eines anderen, sondern zumindest zu einem geringen Teil

auch aus einem eigenen Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum ergibt. Letztlich muss dieser Einfluss „maßgeblich“ sein; uE ist dies so zu verstehen, dass ein gewisser Grad der Relevanz für die wirtschaftliche Tätigkeit erreicht werden muss. Diese Voraussetzungen sind uE bei allen geschäftsführenden und leitenden Tätigkeiten gegeben, insbes. bei organschaftlichen Bestellungen (zB Geschäftsführer) oder formalen Vertretungspositionen (zB Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter). Eine organschaftliche Bestellung oder formale Vertretungsposition ist jedoch nicht notwendige Voraussetzung für den maßgeblichen unternehmerischen Einfluss. Es ist auch hinreichend, wenn die Person eine leitende Funktion mit einer gewissen eigenständigen (unternehmerischen) Entscheidungskompetenz hat und die Funktion für den Betrieb zumindest von einer gewissen Relevanz (maßgeblich) ist. Welcher Grad der Relevanz hier erreicht sein muss, ist offen; ausgehend vom Wortlaut „maßgeblich“ im Sinne eines entscheidenden oder zumindest prägenden Einflusses müsste ein gesteigerter Relevanzgrad vorliegen und sich aus einer Gesamtschau ergeben, dass die Person den betrieblichen Bereich (oder Teile davon) bestimmt oder zumindest geprägt hat.

Unmittelbare/mittelbare Beteiligung: Eine unmittelbare Beteiligung liegt vor, wenn die Anteile dem Stpfl. ohne Zwischenschaltung einer KapGes. als zivilrechtl. oder wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen sind (s. § 17 Anm. 120); eine mittelbare Beteiligung liegt vor, wenn der Stpfl. nicht unmittelbar an einer KapGes. beteiligt ist, dafür aber ein anderes, selbstständiges StRechtssubjekt, an dem der Stpfl. wiederum – unmittelbar oder auch nur mittelbar – beteiligt ist (s. § 17 Anm. 121). Ein Grundfall der mittelbaren Beteiligung ist das Halten einer KapGesBeteiligung über eine – oder mehrere – zwischengeschaltete KapGes.

► *Zwischenschaltung einer Personengesellschaft:* Erfolgt die Beteiligung über eine vermögensverwaltende PersGes., ist von einer unmittelbaren Beteiligung auszugehen (s. § 17 Anm. 122 „zwischenengeschaltete vermögensverwaltende Personengesellschaft“). Die Beteiligung über eine gewerblich tätige PersGes. begründet jedoch eine mittelbare Beteiligung (FROTSCHER in FROTSCHER/GEURTS, § 17 Rn. 87 [4/2013]).

62 5. Rechtsfolgen des Abs. 2 Nr. 3

Auf zulässigen und begründeten Antrag des Stpfl. gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 werden Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 nicht der Abgeltungsteuer des § 32d Abs. 1, sondern dem regulären Tarif des § 32a Abs. 1 unterworfen; die Zuordnung zu den Einkünften aus Kapitalvermögen bleibt dabei bestehen. Es findet in diesen Fällen das Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Satz 1 Nr. 40 Buchst. d bis f Anwendung.

Anwendung des Teileinkünfteverfahrens: Zwar regelt § 3 Nr. 40 Satz 2, dass das Teileinkünfteverfahren in den Fällen des § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d bis h nur dann gilt, wenn die Bezüge des § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d bis h aufgrund der Subsidiarität des § 20 nach § 20 Abs. 8 zu anderen Einkunftsarten als den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören; nachdem der Antrag gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 die Qualifikation als Einkünfte aus Kapitalvermögen unberührt lässt, wäre das Teileinkünfteverfahren auf dieser Basis ausgeschlossen. Die Voraussetzung „Zuordnung zu anderen Einkünften gem. § 20 Abs. 8“ wird jedoch im Fall des § 32d Abs. 2 Nr. 3 suspendiert (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 2: „§ 3 Nr. 4“).

Satz 2 findet keine Anwendung“); damit ist das Teileinkünfteverfahren ausnahmsweise auch für Einkünfte aus Kapitalvermögen anwendbar (SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 38 [2/2009]). Die von § 32d Abs. 2 Nr. 3 erfassten Einkünfte unterfallen ausnahmslos § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d bis f.

► *Teileinkünfteverfahren und Werbungskostenabzug*: Gemäß § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d bis f bleiben 40 % dieser Bezüge stfrei. Allerdings sind nach § 3c Abs. 2 Satz 1 WK, die mit den Einnahmen in Zusammenhang stehen, auch nur zu 60 % abziehbar. Bei Anwendung eines StSatzes von 42 % führt das Teileinkünfteverfahren zu einer StLast von 25,2 %, diese liegt nur minimal über dem gesonderten Tarif nach § 32d Abs. 1. Demzufolge dürfte es für die meisten Stpfl. attraktiv sein, zu einer Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren zu optieren, da dies die zumindest teilweise Berücksichtigung von WK zulässt. Lediglich bei Anwendung des erhöhten StSatzes von 45 % (sog. Reichensteuersatz) ist das Teileinkünfteverfahren mit einer StLast von 27 % deutlich ungünstiger. Bei angefallenen WK relativiert sich aber auch dieser Nachteil.

► *Zur Einkünfterzielung bei Vermietung und Verpachtung an GmbH* s. BayLfSt. v. 5.9. 2014 – S 2253.1.1 - 5 St 32, juris.

Keine Anwendung von § 20 Abs. 6 und 9: Obwohl die Beteiligungserträge Einkünfte aus Kapitalvermögen bleiben, finden die Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 20 Abs. 6 und das WK-Abzugsverbot nach § 20 Abs. 9 keine Anwendung (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 2). Es kann auf die Erl. zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 verwiesen werden (Anm. 52 „Rechtsfolge des § 32d Abs. 2 Nr. 1 bezüglich weiterer Regelungen“). Zum Ausschluss des WK-Abzugs und den Beschränkungen des Verlustausgleichs s. Anm. 24 „Ausschluss des Werbungskostenabzugs“ und „Beschränkungen des Verlustausgleichs“.

Anrechnung ausländischer Quellensteuern: Die Anrechnung ausländ. Quellensteuern richtet sich in den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 3 abweichend von § 32d Abs. 5 nach § 34c.

VI. Ausnahme von der Anwendung des gesonderten Steuertarifs 63 bezüglich des Korrespondenzprinzips (Abs. 2 Nr. 4)

Gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 4 Halbs. 1 findet bei Kapitalerträgen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 nicht der Abgeltungssteuersatz iSd. § 32d Abs. 1, sondern der reguläre Tarif des § 32a Abs. 1 Anwendung, soweit diese Kapitalerträge das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben. Dies gilt jedoch nicht, soweit eine vGA das Einkommen einer dem Stpfl. nahestehenden Person erhöht hat und § 32a KStG auf die Veranlagung dieser nahestehenden Person keine Anwendung findet.

Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9: § 32d Abs. 2 Nr. 4 findet bei Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Anwendung.

► *Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1:* Zum Beispiel Gewinnanteile (Dividenden) und sonstige Bezüge aus Aktien, Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer KapGes. verbunden ist, aus Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sowie an bergbautreibenden Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben (zu Details s. § 20 Anm. 50 ff.). Die zunächst vorgesehene Beschränkung auf vGA wurde nicht beibehalten; die Norm erfasst deshalb alle tatbestandsmäßigen Arten von Einnahmen.

► *Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9*: Zum Beispiel Einnahmen aus Leistungen einer nicht von der KSt befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG, die Gewinnausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sind, soweit sie nicht bereits zu diesen Einnahmen gehören (zu Details s. § 20 Anm. 340 ff.).

Einkommen der leistenden Gesellschaft gemindert: Die Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 müssen das Einkommen der leistenden Körperschaft entgegen § 8 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KStG gemindert haben (BTDrucks. 17/2249, 55). In diesem Fall haben diese Positionen die stl. Bemessungsgrundlage auf Ebene der leistenden Körperschaft gemindert, so dass diese Beträge wirtschaftlich nicht mit KSt vorbelastet sind und der reguläre Tarif des § 32a Abs. 1 Anwendung findet.

► *Materielles Korrespondenzprinzip*: Verdeckte Gewinnausschüttungen können beim Empfänger zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen. Als solche unterliegen sie grds. dem gesonderten StSatz. § 32d Abs. 2 Nr. 4 stellt sicher, dass der Abgeltungsteuersatz nur dann Anwendung findet, wenn die vGA auf Ebene der Gesellschaft bereits einer Vorbelastung unterlegen hat (materielle Korrespondenz).

► *Vergleichbare Regelungen* finden sich für das Teileinkünfteverfahren in § 3 Nr. 40 Buchst. d Satz 2 und für das Beteiligungsprivileg in § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG.

Gegenausnahme – verdeckte Gewinnausschüttung an nahestehenden Person und keine Anwendung von § 32a KStG: § 32d Abs. 2 Nr. 4 Halbs. 1 schließt den Abgeltungsteuersatz nicht aus, soweit eine vGA das Einkommen einer dem Stpfl. nahestehenden Person erhöht hat und § 32a KStG auf die Veranlagung dieser nahestehenden Person keine Anwendung findet (§ 32d Abs. 2 Nr. 4 Halbs. 2); dh. dass in diesen Fällen letztlich der Abgeltungsteuersatz (und nicht der reguläre Tarif des § 32a) zur Anwendung kommt. Hintergrund ist, dass in diesem Fall die fehlende Vorbelastung mit KSt bereits durch eine nicht nach § 32a KStG korrigierbare Einkommenserhöhung bei der nahestehenden Person ausgeglichen wird, so dass die Versagung des privilegierten Abgeltungsteuertarifs wirtschaftlich nicht angemessen wäre (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 65 [4/2016]); zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung der vGA im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist dem Stpfl. in diesen Fällen der Abgeltungsteuersatz zu gewähren (WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 96 [10/2014]; vgl. § 3 Nr. 40 Anm. 135).

► *Verdeckte Gewinnausschüttung hat das Einkommen einer dem Steuerpflichtigen nahestehenden Person erhöht*: Die gegenständlichen Positionen müssen das Einkommen iSd. § 2 Abs. 4 erhöht haben (bei Einkünften, die der Abgeltungsteuer unterliegen, ist dies nicht der Fall, § 2 Abs. 5b). Die Erhöhung muss bei einer nahestehenden Person erfolgt sein, wobei begrifflich auf die „nahestehende Person“ im Sinne der Regelungen zur vGA abzustellen ist (so auch WACHTER, MittBayNot. 2015, 268 [270]; vgl. § 3 Nr. 40 Rn. 135; § 8 KStG Anm. 125; § 32a KStG Anm. 13).

► *Keine Anwendung des § 32a KStG*: § 32a KStG darf auf die Veranlagung dieser nahestehenden Person keine Anwendung finden. Eine Anwendung des § 32a KStG würde bedeuten, dass die Doppelbelastung, die durch die Anwendung des Abgeltungsteuersatzes vermieden werden soll, bereits durch eine Änderung der Veranlagung der nahestehenden Person berücksichtigt wird (vgl. § 32a KStG Anm. 13).

Zeitpunkt der Voraussetzungen: Die Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 Nr. 4 müssen im Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge iSd. § 11 Abs. 1 vorliegen (WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 96 [10/2014]; BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 136).

Abzugsverbot für Werbungskosten und Verlustverrechnungsverbot: Das Abzugsverbot für WK gem. § 20 Abs. 9 und das Verlustverrechnungsverbot gem. § 20 Abs. 6 werden durch § 32d Abs. 2 Nr. 4 nicht berührt und finden weiter Anwendung.

Anrechnung ausländischer Quellensteuern: Die Anrechnung ausländ. Quellensteuern richtet sich für § 32d Abs. 2 Nr. 4 nach § 34c; § 32d Abs. 5 findet keine Anwendung.

Einstweilen frei.

64–65

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Pflichtveranlagung

Schrifttum: OHO/HAGEN/LENZ, Zur geplanten Einführung einer Abgeltungsteuer im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008, DB 2007, 1322; SCHÖNFELD, Abgeltungsteuer und Kapitalertragsteuer, in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, München 2007, 621; KÄMMERER, Abgeltungsteuer und das Verbot des Werbungskostenabzugs – Dargestellt am Beispiel der Besteuerung von fremdfinanzierten Lebensversicherungen, DStR 2010, 27; ANEMÜLLER, Aktuelles und Zweifelsfragen zur Besteuerung von Kapitaleinkünften im System der Abgeltungsteuer nach § 32d EStG, Teil I: Regelungsüberblick und Ausnahmetatbestände, ErbStB 2015, 341.

Verwaltungsanordnung: BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527); OFD Frankfurt/Main v. 18.11.2011 – S 2400 A - 36 - St 54, juris, Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuer bei Anteilen an Investmentfonds.

I. Steuerpflichtige Kapitalerträge

66

Gemäß § 32d Abs. 3 Satz 1 muss der Stpfl. Kapitalerträge, die nicht der KapErtrSt unterlegen haben, in der StErklärung angeben; die tarifliche ESt erhöht sich um die nach § 32d Abs. 1 ermittelte Abgeltungsteuer (§ 32d Abs. 3 Satz 2). Das Abzugsverbot für WK (§ 20 Abs. 9) und das Verlustverrechnungsverbot (§ 20 Abs. 6) finden Anwendung; die Anrechnung ausländ. Quellensteuern erfolgt gem. § 32d Abs. 5.

Kapitalerträge: § 32d Abs. 3 findet auf alle stpfl. Kapitalerträge Anwendung, die nicht der KapErtrSt unterlegen haben. Irrelevant ist, ob der StAbzug vom Kapitalertrag zu Recht unterblieben ist oder nicht.

► *Identität mit Kapitalerträgen iSd. § 32d Abs. 1:* Die Kapitalerträge iSd. § 32d Abs. 3 stimmen mit den Einkünften aus § 32d Abs. 1 überein (s. Anm. 18 „Begrifflichkeit Kapitalertrag/Einkünfte aus Kapitalvermögen“); § 32d findet damit auf alle Kapitalerträge Anwendung, die zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen und die nicht unter § 20 Abs. 8 fallen (s. Anm. 24).

Steuerpflicht: Die Verpflichtung zur Angabe in der EStErklärung besteht nur für stpfl. Kapitalerträge; stfreie Erträge (etwa nach § 3 Nr. 41) sind nicht zu erklären.

67

II. Nicht der Kapitalertragsteuer unterlegen

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

Fehlen eines Tatbestands für den Kapitalertragsteuerabzug: In bestimmten Fällen sieht das Gesetz keinen StAbzug vom Kapitalertrag vor, obwohl die Kapitalerträge der Besteuerung nach § 20 unterliegen:

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

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

▶ *Gewinne aus der Veräußerung von Ansprüchen aus kapitalbildenden Lebensversicherungen:* Auf Gewinne aus der Veräußerung von Ansprüchen aus bestimmten kapitalbildenden Lebensversicherungen findet idR ein KapErtrStAbzug statt; in bestimmten Fällen, in denen der Vertrag vor dem 31.12.2004 abgeschlossen wurde, kann jedoch ein KapErtrStAbzug unterbleiben (auszahlende Stelle hat keine Kenntnis von der Zuordnung zu den Einkünften aus Kapitalvermögen; zu Details s. § 43 Anm. 29).

▶ *Zu Details bezüglich bestimmter Fremdwährungsanleihen* s. BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 9 (5/2016), zB Afrikanische Entwicklungsbank, Asiatische Entwicklungsbank, Weltbank.

Fehlen eines Abzugsverpflichteten: In bestimmten Fällen sieht das Gesetz zwar einen StAbzug vom Kapitalertrag vor; es fehlt jedoch an der Person eines Abzugsverpflichteten:

▶ *Kapitalerträge, die dem Steuerpflichtigen über eine ausländische Zahlstelle zufließen:* Ausländische Zahlstellen sind nicht zum Einbehalt von KapErtrSt verpflichtet. Zu den ausländ. Zahlstellen gehören neben ausländ. Kreditinstituten auch ausländ. Zweigstellen inländ. Kreditinstitute. Kapitalerträge, die einem Stpfl. über ausländ. Konten und Depots zufließen, werden daher ohne Einbehalt von deutscher KapErtrSt gutgeschrieben (zu ausländ. thesaurierenden Fonds s. OFD Frankfurt/Main v. 18.11.2011 – S 2400 A - 36 - St 54, juris).

▶ *Veräußerungsgewinne bei GmbH-Anteilen:* Es fehlt an einer auszahlenden Stelle (§ 44 Abs. 1 Sätze 3 und 4), da GmbH-Anteile nicht depotverwahrt werden. Gleiches gilt für nicht depotverwahrte Aktien. Fällt die Beteiligung in den Anwendungsbereich des § 17, findet § 32d Abs. 3 keine Anwendung, da dann uE keine Kapitalerträge vorliegen. Besitzt ein Steuerausländer Anteile an einer KapGes., die in einem inländ. Depot liegen, besteht im Falle der Veräußerung (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e) auch bei Beteiligung von mind. 1 % keine Verpflichtung zum StAbzug.

▶ *Zinseinnahmen aus Privatdarlehen*: Es fehlt an einer auszahlenden Stelle (§ 44 Abs. 1 Sätze 3 und 4). Sollte das Darlehensverhältnis unter einander nahestehenden Personen bestehen, kommt unter den weiteren Voraussetzungen von § 32d Abs. 2 Nr. 1 allerdings bereits § 25 zur Anwendung.

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

Unterlassener oder unzutreffender Abzug: Offen ist die Frage, ob § 32d Abs. 3 auch dann Anwendung findet, wenn zwar eine Verpflichtung zum Einbehalt von KapErtrSt bestanden hätte, der Abzugsverpflichtete den Abzug aber unterlassen oder in unrichtiger Höhe (zu niedrig oder zu hoch) vorgenommen hat.

▶ *Einbehalt nicht oder zu niedrig vorgenommen*: Wurde der Einbehalt nicht oder zu niedrig vorgenommen, ist fraglich, ob, dem Stpfl. die Pflicht zur Veranlagung auferlegt werden soll.

▷ *Keine Anwendung des § 32d Abs. 3*: Gegen eine Anwendung des § 32d Abs. 3 spricht, dass § 44 Abs. 5 Satz 2 detailliert regelt, unter welchen Voraussetzungen der Stpfl. als Gläubiger der Kapitalerträge – und damit als Schuldner der KapErtrSt (§ 44 Abs. 1 Satz 1) – in Anspruch genommen werden kann, wenn der Abzugsverpflichtete den StEinbehalt unterlassen hat. Darüber hinaus entsteht eine Verpflichtung des Stpfl., bei Zufluss von Kapitalerträgen zu überwachen, ob die auszahlende Stelle Steuer einbehalten hat. Fehler der auszahlenden Stelle würden eine Erklärungspflicht des Stpfl. begründen.

▷ *Anwendung des § 32d Abs. 3*: Hat ein StAbzug vom Kapitalertrag überhaupt nicht stattgefunden oder wurde zu wenig KapErtrSt einbehalten, ist der Stpfl. nach Ansicht der FinVerw verpflichtet, die Kapitalerträge in der StErklärung anzugeben (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 183; ANEMÜLLER, ErbStB 2015, 341 [346]). Die Vergangenheitsform („unterlegen haben“) deutet uE darauf hin, dass darauf abzustellen ist, ob de facto ein Einbehalt stattgefunden hat, und nicht, ob de jure eine Pflicht dazu bestand (so auch SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 621 [652]). Zum gleichen Erg. führt ein Vergleich mit § 32d Abs. 4, der ebenfalls den Terminus „unterlegen haben“ verwendet. § 32d Abs. 4 eröffnet ausdrücklich die Möglichkeit einer Überprüfung des StEinbehalts „dem Grunde nach“. Maßgeblich ist also dort allein, ob ein StEinbehalt tatsächlich erfolgt ist. Dies sollte daher auch für die Anwendung des § 32d Abs. 3 gelten. § 32d Abs. 3 sollte uE deshalb keine Anwendung finden, wenn der Abzugsverpflichtete KapErtrSt in zu geringer Höhe einbehalten hat; denn dadurch würde man dem Stpfl. eine unangemessene Prüfungspflicht aufbürden; die Erklärungspflicht sollte auf die Fälle beschränkt sein, in denen kein KapErtrStAbzug vorgenommen wurde.

▶ *Einbehalt zu hoch vorgenommen*: Kein Fall des § 32d Abs. 3 liegt vor, wenn zu viel KapErtrSt einbehalten wurde, denn in diesen Fällen ist der Anwendungsbereich des § 32d Abs. 4 eröffnet (§ 20 Abs. 3a Satz 2). Einschlägig sind zB Fälle, in denen der Stpfl. keinen Freistellungsauftrag iSd. § 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 erteilt hat. Zu Rechtsschutzmöglichkeiten in Fällen des zu hohen Einbehalts s. Anm. 21 „Verhältnis des § 32d Abs. 4 zu materieller Bestandskraft der Kapitalertragsteueranmeldung“.

III. Angabe in der Einkommensteuererklärung

Sind Kapitalerträge nach § 32d Abs. 3 im Veranlagungsverfahren zu besteuern, ist der Stpfl. verpflichtet, diese in der StErklärung anzugeben.

Einbindung in das Veranlagungsverfahren: § 32d Abs. 3 Satz 1 statuiert eine Verpflichtung zur Angabe der Kapitalerträge in der EStErklärung. Damit verweist die Regelung auf § 25 Abs. 3 und die Regelungen der AO zu StErklärungen (§§ 149 ff. AO). Aufgrund des gesonderten, linearen Tarifs wäre es möglich, Kapitalerträge nach § 32d Abs. 3 auch außerhalb des Veranlagungsverfahrens der Besteuerung zu unterwerfen. Dies ist jedoch nicht umgesetzt worden.

Umfang der zu erklärenden Kapitalerträge: Zu erklären sind lediglich die Kapitalerträge, die nicht der KapErtrSt unterlegen haben. Kapitalerträge, auf die mit abgeltender Wirkung Steuer einbehalten worden ist, sind nicht zu erklären. Dies bestätigt der Umkehrschluss aus der Formulierung in § 32d Abs. 6, wonach der Antrag auf Veranlagung zum individuellen StTarif nur für sämtliche Kapitalerträge gestellt werden kann.

▶ *Billigkeitsregelung der Finanzverwaltung:* Die FinVerw. möchte § 32d Abs. 3 aus Billigkeitsgründen nicht anwenden, wenn die Kapitalerträge, die nicht dem StAbzug vom Kapitalertrag unterlegen haben, im VZ nicht mehr als 500 € betragen haben (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 183; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 7 [5/2016]). Diese Billigkeitsregelung zur Vereinfachung ist uE angemessen; eine erhebliche Ungleichbehandlung dürfte aufgrund der Schwellenwerte nicht eintreten (aA jedoch OELLERICH in B/B, § 32d Rn. 110 [8/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 32 [4/2016], die den Verzicht auf den staatlichen StAnspruch als nicht gerechtfertigt sehen).

IV. Steuertarif (Abs. 3 Satz 2)

Gemäß § 32d Abs. 3 Satz 2 erhöht sich die tarifliche ESt nach den allgemeinen Regelungen des EStG um den nach § 32d Abs. 1 ermittelten Betrag.

Erhöhung der tariflichen Einkommensteuer: § 32d Abs. 3 Satz 2 ordnet als Rechtsfolge die Erhöhung der tariflichen ESt an. Dazu ist zunächst die tarifliche ESt für alle Einkünfte mit Ausnahme der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu ermitteln. Sodann wird die Steuer nach § 32d Abs. 1 auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen ermittelt, die bisher nicht der KapErtrSt unterlegen haben, und die tarifliche ESt dann um diesen Betrag erhöht. Hierbei kommt der gesonderte Tarif nach § 32d Abs. 1 zur Anwendung.

▶ *Anwendung des Abgeltungsteuersatzes:* Bei Einbeziehung der Kapitalerträge in das Veranlagungsverfahren gelten die besonderen Besteuerungsgrundsätze für die Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20); der Abgeltungsteuersatz des § 32 Abs. 1 findet damit auch im Rahmen der Veranlagung Anwendung.

▶ *Ermittlung der tariflichen Einkommensteuer:* Nach § 32a Abs. 1 Satz 2 werden bei der Ermittlung der tariflichen ESt die Kapitalerträge ohne KapErtrStAbzug nicht berücksichtigt (s. § 2 Abs. 5b Satz 1); deshalb ist nach § 2 Abs. 6 die tarifliche ESt um die nach § 32d Abs. 1 ermittelte ESt zu erhöhen.

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Wahlveranlagung**

Schrifttum: BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 1025; SPIEKER, Aktualisierte Anwendungsschreiben zur Abgeltungssteuer und zur Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge, DB 2015, 207; ANEMÜLLER, Korrektur der Anschaffungskosten (Kapitalmaßnahmen von China Petroleum und Air Liquide S.A.), ErbStB 2016, 369; SIKORSKI, Korrektur von Steuerbescheiden bei einbehaltener Abgeltungssteuer, NWB 2016, 621.

Verwaltungsanordnung: BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Einzelfragen zur Abgeltungssteuer (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527); BMF v. 5.9.2016 – IV C 1 - S 2252/09/10004:009, FMNR41a000016, juris, Kapitalmaßnahmen von China Petroleum & Chemical Corporation und Sinopec Shanghai Petrochemical Company Limited (China) im Juni 2013 sowie Air Liquide S.A. (Frankreich) im Mai 2014 – im Verhältnis 1:10; LfSt. Sachsen v. 28.9.2015 – S 2252 - 115/6 - 211, juris, Aktiensplit der Firma Google Inc.; OFD Frankfurt/Main v. 17.6.2016 – S 2252 A - 104 - St 219, juris, Einzelfragen zur Abgeltungssteuer; FinMin. NRW v. 11.8.2016 – S 0351, juris, Änderung von Steuerbescheiden nach § 173 AO bei nachträglicher Erklärung von Einkünften aus Kapitalvermögen.

I. Anwendung auf Kapitalerträge

72

Gemäß § 32d Abs. 4 kann der Stpfl. für Kapitalerträge, die der KapErtrSt unterlegen haben, eine StFestsetzung entsprechend § 32d Abs. 3 Satz 2 beantragen. Durch § 32d Abs. 4 wird dem Stpfl. die Möglichkeit eröffnet, steuermindernde Umstände, die beim StAbzug vom Kapitalertrag nicht berücksichtigt werden konnten, unter Durchbrechung der Abgeltungswirkung iSd. § 43 Abs. 5 im Rahmen des Veranlagungsverfahrens geltend zu machen; dabei findet der Tarif des § 32d Abs. 1 aber weiterhin Anwendung.

Kapitalerträge: § 32d Abs. 4 findet auf alle Kapitalerträge (zum Begriff der Kapitalerträge s. Anm. 24, 66) Anwendung, die der KapErtrSt unterlegen haben. Wie in § 32d Abs. 3 kommt es nur darauf an, ob tatsächlich KapErtrSt erhoben worden ist; nicht, ob dies zu Recht erfolgt ist (s. Anm. 67).

II. Antrag

73

Die Durchbrechung der abgeltenden Wirkung des KapErtrStEinhalts erfolgt nur auf Antrag des Stpfl.

Angabe der Kapitalerträge in der Einkommensteuererklärung/Antragsfrist: Auf Basis des Wortlauts ist der Antrag mit der StErklärung zu stellen; dies erfolgt grds. dadurch, dass der Stpfl. die betroffenen Kapitalerträge in der StErklärung angibt; ergänzend sind die entsprechenden StBescheinigungen einzureichen bzw. vorzuhalten. Durch das VerfModG v. 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1679) wurde die Belegvorlagepflicht der StBescheinigung in § 36 Abs. 2 Nr. 2 ab VZ 2017 punktuell in eine Belegvorhaltepflicht geändert. Danach ist die Vorlage der StBescheinigung nach § 45a Abs. 2, 3 als materielle Voraussetzung für die Anrechnung der durch StAbzug vom Kapitalertrag erhobenen ESt für die Fälle entfallen, in denen der Stpfl. einen Antrag nach § 32d Abs. 4 oder 6 stellt. Ob eine spätere Antragstellung – etwa im Rahmen eines Rechtsbehelfsverfahrens –

möglich ist, ist strittig. MORITZ/STROHM lehnen aufgrund des Wortlauts „mit der Einkommensteuererklärung“ eine spätere Antragstellung ab (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 72 [4/2016]; so auch Vorauf.).

► *Auffassung der Finanzverwaltung/keine Antragsfrist:* Nach Auffassung der Fin-Verw. kann der Antrag bis zur Unanfechtbarkeit des StBescheids gestellt werden; nach diesem Zeitpunkt soll er noch so lange gestellt werden können, wie eine Änderung des StBescheids möglich ist (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 145; FinMin. NRW v. 11.8.2016 – S 0351, juris; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 22 [5/2016]).

► *Auffassung FG Berlin-Brandenburg:* Nach gut begründeter Auffassung des FG Berlin-Brandenb. v. 14.5.2014 (7 K 7337/11, EFG 2014, 1680, nrkr., Az. BFH VIII R 27/14) kann der Antrag trotz des Wortlauts bis zur Unanfechtbarkeit des StBescheids gestellt werden, denn aus dem Wortlaut lässt sich eine Antragsfrist nicht mit der nötigen Bestimmtheit ableiten; für einen vernünftigen und besonnen handelnden Stpfl. (s. FG Berlin-Brandenb. v. 14.5.2014 – 7 K 7337/11, EFG 2014, 1680, nrkr., Az. BFH VIII R 27/14; SIKORSKI, NWB 2016, 621 [623]) ist nicht klar genug, dass er den Antrag nach § 32d Abs. 4 Satz 1 nur „mit der Einkommensteuererklärung“ stellen „kann“. Es ist auch möglich, den Wortlaut im Sinne eines erstmaligen „Dürfens“ zu verstehen; das Verständnis einer „letzten“ („spätestens“) Möglichkeit der Geltendmachung wird nicht angesprochen. Eine mit den Worten „mit der Einkommensteuererklärung“ einhergehende Fristenregelung ist auch den Gesetzgebungsmaterialien zu § 32d Abs. 4 Satz 1 nicht zu entnehmen (BTDrucks. 16/4841).

Keine Begründungspflicht: Der Antrag ist an keinen bestimmten Grund gebunden; es besteht auch keine Begründungs- oder Erläuterungspflicht; ergänzend sind jedoch die entsprechenden StBescheinigungen einzureichen bzw. vorzuhalten (zur Belegvorhaltepflicht ab 2017 s. § 36 Abs. 2 Nr. 2 und „Angabe der Kapitalerträge in der Einkommensteuererklärung/Antragsfrist“).

Beschränkung auf einzelne Kapitalerträge: Wie der Umkehrschluss aus § 32d Abs. 6 Satz 3 zeigt, kann der Antrag auf Veranlagung auf einzelne Kapitalerträge beschränkt werden (so auch BEHRENS, BB 2007, 1025 [1028]; WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 134 [10/2014]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 72 [4/2016]; BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 22 [5/2016]).

► *Beschränkung im Belieben des Steuerpflichtigen:* Auswahl und Umfang der zu veranlagenden Kapitalerträge stehen im Belieben des Stpfl. Er kann daher etwa gezielt eine Veranlagung der Kapitalerträge beantragen, bei denen die Ersatzbemessungsgrundlage angewendet wurde. Ebenso kann der Stpfl. zur Berücksichtigung eines noch nicht ausgeschöpften Sparer-Pauschbetrags Kapitalerträge nur in dem Umfang erklären, der erforderlich ist, um den Sparer-Pauschbetrag auszuschöpfen.

Reichweite des Antrags auf einen Veranlagungszeitraum: Der Antrag hat nur für einen VZ Gültigkeit. Sollen im folgenden VZ wieder Kapitalerträge in die Veranlagung einbezogen werden, muss ein neuer Antrag gestellt werden.

Verhältnis § 32d Abs. 4 zur Drittanfechtung gegen die Kapitalertragsteueranmeldung: Siehe Anm. 21 „Verhältnis des § 32d Abs. 4 zu materieller Bestandskraft der Kapitalertragsteueranmeldung“.

III. Steuerfestsetzung gem. § 32d Abs. 3 Satz 2 (Abs. 4 Satz 1) 74

Auf Antrag des Stpfl. hin wird die ESt auf die Kapitalerträge, auf die sich der Antrag bezieht, entsprechend § 32d Abs. 3 Satz 2 und damit nach dem gesonderten StTarif des § 32d Abs. 1 festgesetzt (§ 32d Abs. 4 Satz 1).

§ 32d Abs. 3 Satz 2 entsprechende Festsetzung: Bei der Veranlagung nach § 32d Abs. 4 iVm. § 32d Abs. 3 Satz 2 bleiben die besonderen Besteuerungsgrundsätze für die Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 unberührt und weiter anwendbar; insbes. gelten der Abgeltungsteuersatz (§ 32d Abs. 1), das Abzugsverbot für WK (§ 20 Abs. 9) und das Verlustverrechnungsverbot (§ 20 Abs. 6); die Anrechnung ausländ. Quellensteuern richtet sich weiter nach der Sonderregel gem. § 32d Abs. 5. Zum Ausschluss des WK-Abzugs und den Beschränkungen des Verlustausgleichs s. Anm. 24 „Ausschluss des Werbungskostenabzugs“ und „Beschränkungen des Verlustausgleichs“.

Keine Günstigerprüfung: Eine Günstigerprüfung findet nicht statt. Der Stpfl. ist zwar nicht verpflichtet, einen Antrag nach § 32d Abs. 4 für solche Kapitalerträge zu stellen, bei denen die einbehaltene KapErtrSt geringer ist als die nach § 32d Abs. 1 auf den jeweiligen Kapitalertrag festzusetzende (so auch SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 621 [655]). Wird ein Antrag gestellt, ist die festzusetzende Steuer in der Höhe aber nicht durch die einbehaltene KapErtrSt begrenzt.

Anrechnung auf Einkommensteuer: Die bereits einbehaltene KapErtrSt wird unter den Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 auf die festgesetzte ESt angerechnet. Die einbehaltene KapErtrSt kann in bestimmten Fällen höher sein als der bei der StFestsetzung im Veranlagungsverfahren zugrunde gelegte Betrag (s. im Detail Anm. 75); im Rahmen der Anrechnung der KapErtrSt auf die ESt nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 resultiert dies dann in StErstattungen (BOOCHS in LADEMANN, § 32d Rn. 22 [5/2016]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 73 [4/2016]).

► *Grenzen des § 20 Abs. 3a Satz 2:* Nach § 20 Abs. 3a Satz 2 kann eine Korrektur des KapErtrStEinhalts im Veranlagungsverfahren nur erfolgen, wenn der Stpfl. nachweist, dass das Kreditinstitut keine Korrektur vorgenommen hat und auch nicht vornehmen wird. Dadurch wird verhindert, dass Korrekturen doppelt (im StAbzugsverfahren und im Veranlagungsverfahren) berücksichtigt werden (BTDrucks. 17/2249, 53; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 73 [4/2016]).

IV. Anwendungskatalog

75

§ 32d Abs. 4 listet beispielhaft eine Reihe von Umständen auf, bei denen der Betrag der einbehaltenen KapErtrSt von der materiellen StPflcht abweicht:

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

Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage nach § 43a Abs. 2 Satz 7: Die Ersatzbemessungsgrundlage kommt in Veräußerungsfällen zur Anwendung, wenn die Anschaffungsdaten nicht nachgewiesen sind. Hinzuweisen ist darauf, dass die Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage für den Stpfl. günstig sein kann, wenn der Veräußerungsgewinn 30 % der Einnahmen aus der Veräußerung

übersteigt. In diesem Fall bleibt es bei der abgeltenden Wirkung des StEinbehalts, wenn kein Antrag nach § 32d Abs. 4 gestellt wird. Hierdurch eröffnen sich dem Stpfl. Gestaltungsmöglichkeiten durch grenzüberschreitende Depotüberträge.

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

Verlustvortrag nach § 20 Abs. 6: Im Rahmen der Wahlveranlagung ist eine Verrechnung von Verlustvorträgen nach § 20 Abs. 6 und – zeitlich befristet bis einschließlich VZ 2013 – auch die Verrechnung von Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Sätze 9, 10 aF möglich.

▶ *Zur Verlustverrechnung im Veranlagungsverfahren* s. OFD Frankfurt/Main v. 17.6.2016 – S 2252 A - 104 - St 219, juris.

Noch nicht berücksichtigte ausländische Steuern: Besteht bei Zufluss eines ausländ. Kapitalertrags ein Guthaben in den Verlustverrechnungstöpfen, wird keine KapErtrSt einbehalten. In diesem Fall kann die ausländ. Quellensteuer nicht von der auszahlenden Stelle angerechnet werden. Sofern aber insgesamt Steuern auf Kapitalerträge zu zahlen sind, kann die ausländ. Steuer in der Wahlveranlagung berücksichtigt werden. Der Stpfl. kann sich den Anrechnungsüberhang vom Kreditinstitut bescheinigen lassen (vgl. BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 206). Sofern insgesamt keine positiven Einkünfte aus Kapitalvermögen entstanden sind, kann die ausländ. Quellensteuer nicht in entsprechender Anwendung des § 34c Abs. 2 bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 207).

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

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

▶ *Aktiensplit der Firma Google Inc.:* Siehe LfSt. Sachsen v. 28.9.2015 – S 2252 - 115/6 - 211, juris; SPIEKER, DB 2015, 207 [208].

▶ Kapitalmaßnahmen von China Petroleum & Chemical Corporation, Sinopec Shanghai Petrochemical Company Limited (China), Air Liquide S.A. (Frankreich): Siehe BMF v. 5.9.2016 – IV C 1 - S 2252/09/10004:009, FMNR41a000016, juris; ANEMÜLLER, ErbStB 2016, 369.

▶ *Behandlung des Rückkaufangebots von Argentinien-Anleihen;* „Settlement Proposal“ der Republik Argentinien v. 17.2.2016 und v. 15.8.2016: Siehe BMF v. 27.6.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10002, 2016/0876209, BStBl. I 2016, 1018.

Weitere Anwendungsfälle: Die Aufzählung in § 32d Abs. 4 hat lediglich exemplarischen Charakter (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 32d Rn. 16;

MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 72 [4/2016]). Das Wort „insbesondere“ öffnet die Regelung für die Berücksichtigung weiterer Umstände. In Betracht kommen etwa:

► *Berücksichtigung von Anschaffungs- und Veräußerungsnebenkosten, die der auszahlenden Stelle nicht bekannt waren:* Zu den Aufwendungen in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit einem Veräußerungsgeschäft (§ 20 Abs. 4 Satz 1) können etwa Beratungskosten zählen, die der auszahlenden Stelle unbekannt sind und daher im Rahmen der KapErtrSt nicht berücksichtigt werden können (vgl. BRDrucks 16/4841, 61).

► *Korrektur bei unterbliebener Anzeige der Unentgeltlichkeit eines Depotübertrags:* Ein Depotübertrag gilt für KapErtrStZwecke grds. als Veräußerung des WG, wenn der Stpfl. nicht mitteilt, dass es sich um eine unentgeltliche Übertragung handelt (§ 43 Abs. 1 Sätze 4 und 5). Die Unentgeltlichkeit kann dann noch im Rahmen des § 32d Abs. 4 geltend gemacht werden.

Kein Antrag zur Verrechnung mit negativen Einkünften aus anderen Einkunftsarten: Nach Ansicht der FinVerw. muss der Stpfl. einen Antrag gem. § 32d Abs. 6 stellen, um eine Verrechnung von positiven Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 mit negativen Einkünften aus anderen Einkunftsarten zu erreichen; in diesem Fall sei ein Antrag iSd. § 32d Abs. 4 nicht ausreichend (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 146).

Einstweilen frei.

76–77

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Ausländische Quellensteuern

Schrifttum: KUPPE, Einkünfte aus Kapitalvermögen – (K)Ein Beratungsfeld für Steuerberater?, NWB 2016, 1451.

Verwaltungsanordnung: BMF v. 8.9.2011 – IV C 1 - S 2406/10/10001:002, BStBl. I 2011, 854, Anrechnung spanischer Quellensteuer (Zufluss bis 31.12.2014); BMF v. 15.11.2011 – IV C 1 - S 2406/10/10001:002, 2011/0883660, BStBl. I 2011, 1113, Anrechnung norwegischer Quellensteuer; BMF v. 3.12.2014 – IV C 1 - S 2401/08/10001:011, 2014/1062097, Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge, BStBl. I 2014, 1586; BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527); OFD Frankfurt/Main v. 2.6.2016 – S 2293 A – 107 - St 514, juris, Übersicht über die Anrechenbarkeit der Quellensteuer auf Dividenden und Zinsen von Staaten, mit denen Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat.

I. Regelungsinhalt

78

§ 32d Abs. 5 bestimmt, wie ausländ. Quellensteuern bei den Einkünften aus Kapitalvermögen § 20 berücksichtigt werden. Nachdem sich bereits aus § 32d Abs. 1 Satz 2 ergibt, dass sich die Abgeltungsteuer nach § 32d Abs. 1 Satz 1 um die anrechenbaren ausländ. Quellensteuern mindert, regelt § 32d Abs. 5 die Einzelheiten der Anrechnung und differenziert dabei zwischen Nicht-DBA-Fällen und DBA-Fällen (§ 32d Abs. 5 Satz 2).

II. Anrechnung in Nicht-DBA-Fällen

79 1. Verfahrensweise in Nicht-DBA-Fällen

Die Berücksichtigung ausländ. Quellensteuern bei Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 richtet sich nach § 32d Abs. 5 Sätze 1 und 3 für den Fall, dass mit dem Herkunftsstaat der ausländ. Kapitalerträge kein DBA besteht. Nach § 32d Abs. 5 Satz 1 ist in den Fällen des § 32d Abs. 3 und 4 bei unbeschränkt Stpfl., die mit ausländ. Kapitalerträgen in dem Staat, aus dem die Kapitalerträge stammen, zu einer der deutschen ESt entsprechenden Steuer herangezogen werden, die auf die ausländ. Kapitalerträge festgesetzte und gezahlte und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzte ausländ. Steuer, jedoch höchstens 25 % ausländ. Steuer auf den einzelnen Kapitalertrag, auf die deutsche Steuer anzurechnen. Nach § 32d Abs. 5 Satz 3 sind die ausländ. Steuern dabei nur bis zur Höhe der auf die im jeweiligen VZ bezogenen Kapitalerträge entfallenden deutschen Steuer anzurechnen.

80 2. Allgemeine Voraussetzungen der Anrechnung

Fälle des § 32b Abs. 3 und 4: § 32d Abs. 5 ist direkt nur in den Fällen der Pflichtveranlagung (§ 32d Abs. 3) und der Wahlveranlagung (§ 32d Abs. 4) zum Abgeltungsteuersatz anwendbar. In allen anderen Fällen erfolgt die Anrechnung bereits durch die die Kapitalerträge auszahlenden Stellen im Rahmen des KapErtrStEinbehalts (§ 43a Abs. 3 Satz 1 mit Verweis auf § 32d Abs. 5). Auch für die Fälle der Anwendung des allgemeinen Tarifs aufgrund der Günstigerprüfung des § 32d Abs. 6 wird auf § 32d Abs. 5 verwiesen (§ 32d Abs. 6 Satz 2). Damit ist § 32d Abs. 5 die Zentralnorm für die Anrechnung ausländ. Steuern im Rahmen der Abgeltungsteuer.

► *Anrechnung nach § 34c in Fällen des § 32d Abs. 2:* In den Fällen des § 32d Abs. 2, in denen die Einkünfte aus Kapitalvermögen zum progressiven Normaltarif gem. § 32a Abs. 1 veranlagt werden, findet § 32d Abs. 5 keine Anwendung; in diesen Fällen bleibt es bei der Anwendung des § 34c (Koss in Korn, § 32d Rn. 95 [1/2015]).

► *Vorrang der Anrechnung der Quellensteuer gemäß der EU-Zinsrichtlinie/Zinsinformationsverordnung – ZIV:* Kapitalerträge, die unter die EU-Zinsrichtlinie/ZIV fallen, unterliegen gem. § 32d Abs. 3 im Inland der Besteuerung. Dem wirtschaftlichen Eigentümer der Zinserträge wird eine StGutschrift in Höhe der einbehaltenen Steuer gewährt (§ 14 Abs. 2 ZIV); dabei ist die ua. Anwendung von § 32d Abs. 5 ausgeschlossen. Die Anrechnung erfolgt im Festsetzungsverfahren gesondert in der Anrechnungsverfügung; insoweit ist § 14 Abs. 2 ZIV vorrangig. Damit bleibt es bei der Berücksichtigung der EU-Quellensteuer außerhalb der StFestsetzung – ohne Auswirkung auf die Berechnung der KiSt.

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

► *Alle Fälle der unbeschränkten Steuerpflicht sind eingeschlossen,* dh. Stpfl., die der unbeschränkten StPfl. iSd. § 1 Abs. 1, der erweitert unbeschränkten StPfl. iSd. § 1 Abs. 2 oder der fiktiven unbeschränkten StPfl. iSd. § 1 Abs. 3 unterliegen. Auf beschränkt Stpfl. iSd. § 1 Abs. 4 und erweitert beschränkt Stpfl. iSd. § 2 Abs. 1 AStG ist § 32d Abs. 5 Satz 1 nicht anwendbar.

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

Eine der deutschen Einkommensteuer entsprechende ausländische Steuer ist Voraussetzung für ihre Anrechnung.

► *Ausländische Steuer*: § 32d Abs. 5 gilt für die Anrechnung ausländ. Steuern, die vom Schuldner eines Kapitalertrags oder einer auszahlenden Stelle einbehalten werden.

► *Strukturelle Entsprechung*: Die ausländ. Steuer entspricht der deutschen ESt, wenn diese in ihren wesentlichen Grundzügen gleichartig ist und ihrer Struktur nach mehr der deutschen ESt als einer anderen deutschen Abgabe gleichkommt; erforderlich ist, dass die ausländ. Steuer vom Einkommen oder von Teilen davon erhoben wird sowie sich hinsichtlich Tarif und Aufwendungsabzug am Prinzip der Leistungsfähigkeit orientiert (Identität des Besteuerungsgegenstands; BFH v. 27.3.1996 – I R 49/95, BStBl. II 1997, 91; s. im Detail § 34c Anm. 62). Nicht der deutschen ESt entsprechen ausländ. Verkehr- und Verbrauchsteuern, Zölle, Export- und Importabgaben, Gebühren (Nds. FG v. 18.5.2010 – 2 K 116/09, juris, rkr.), Sozialversicherungsbeiträge und Säumniszuschläge, Steuerzinsen und Steuerstrafen, auch soweit sie mit einer der deutschen ESt entsprechenden ausländ. Steuer zusammenhängen.

▷ *Sammlung der Finanzverwaltung*: Die FinVerw. hat in Anlage 6 zu R 34c EStR 2012 eine nicht abschließende Aufzählung ausländ. Steuern veröffentlicht, bei denen diese Voraussetzungen nach Ansicht der Verwaltung erfüllt sind (s. im Detail § 34c Anm. 62).

Tatsächliche Belastung mit ausländischer Steuer: Für eine Anrechnung nach § 32d Abs. 5 Satz 1 ist erforderlich, dass die ausländ. Quellensteuer festgesetzt, gezahlt und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzt wurde. Hierdurch wird wie bei § 34c gewährleistet, dass der Stpfl. durch die ausländ. Quellensteuer auch tatsächlich belastet ist.

3. Anrechnung

81

Einzelbetrachtung: Die Anrechnung erfolgt unter isolierter Betrachtung jedes einzelnen ausländ. Kapitalertrags. Anders als im Rahmen des § 34c wird nicht auf sämtliche Einkünfte aus einem Staat (*per country*), sondern auf einen einzelnen Zufluss aus einer Forderung, einer Beteiligung bzw. einer Veräußerung abgestellt.

► *Regelung bis zum JStG 2009*: Bis zum JStG 2009 ordnete § 32d Abs. 5 eine sinn-gemäße Anwendung des § 34c an. Der Verweis ließ jedoch die Frage offen, ob im Rahmen der Abgeltungsteuer die *per-country-limitation* des § 34c in dem Sinne Anwendung findet, dass Quellensteuern nur dann angerechnet werden können, wenn aus dem Land, das die Quellensteuer erhebt, ausreichend hohe abgeltungstpfl. Kapitalerträge vorliegen.

► *Regelung ab dem JStG 2009*: Um klarzustellen, dass eine Anrechnung bereits dann möglich ist, wenn – ohne Rücksicht auf den Quellenstaat – überhaupt ausreichend hohe stpfl. Kapitalerträge angefallen sind, wurde der Regelungsgehalt in § 32d Abs. 5 eigenständig formuliert (BTDrucks. 16/10189, 53). Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale erfolgt jedoch identisch wie zu § 34c.

Anrechnungshöhe: Eine Anrechnung ist nur bis zur Höhe von 25 % des Kapitalertrags möglich. Damit soll verhindert werden, dass ausländ. Steuern über die

auf diese Kapitalerträge entfallende deutsche Steuer hinaus angerechnet werden und damit eine Erstattung der ausländ. Steuer erfolgt. Dabei wurde vereinfachend außer Acht gelassen, dass im Fall der KiStPflicht der Abgeltungsteuersatz unter 25 % liegt und es zu einer geringfügigen Überanrechnung kommt. Nach § 32d Abs. 5 ist bei Anrechnungsüberhängen ein Ausgleich mit anderen Einkünften aus demselben oder anderen Staaten, die einer geringeren Quellensteuerbelastung unterlegen haben, nicht möglich (*per-item-limitation*).

Beispiel 1: A erzielt einen Zinsertrag auf einem im Staat X unterhaltenen Konto. Im Quellenstaat X wird eine Steuer iHv. 30 % des Kapitalertrags einbehalten. Darüber hinaus hält A eine Staatsanleihe des Staates X in seinem Depot. Hierauf wird keine Quellensteuer einbehalten.

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

Aufgrund der *per-item*-Betrachtung nach § 32d Abs. 5 mindern sonstige, negative Kapitalerträge den Anrechnungshöchstbetrag nicht.

Beispiel 2: A erzielt einen Zinsertrag aus einer ausländ. Anleihe iHv. 1000 €, der mit einer Quellensteuer von 150 € belastet ist. Aus der nachfolgenden Veräußerung dieser Anleihe erleidet er einen Verlust von 500 €.

Die Einkünfte aus Kapitalvermögen belaufen sich auf 500 €. Darauf entfällt insgesamt eine deutsche ESt von 125 €. Die Quellensteuer ist in voller Höhe anrechenbar, da die deutsche ESt auf den Zinsertrag $1000 \text{ €} \times 25 \% = 250 \text{ €}$ beträgt (Anrechnungshöchstbetrag). Die Steuer von 125 € vermindert sich um die anrechenbare Quellensteuer von 150 € (§ 32d Abs. 1 Satz 2). Da die Quellensteuer aber nicht erstattet werden kann, beläuft sich die ESt nach § 32d Abs. 1 auf 0 €. Es kommt zu einem Anrechnungsüberhang von 25 €, der mit weiteren positiven Kapitalerträgen verrechnet werden kann. Dies widerspricht nicht der *per-item-limitation*, da diese sich nur bei der Berechnung des Anrechnungshöchstbetrags auswirkt, nicht aber einer – durch die Verlustverrechnungsmethodik bedingten späteren – Anrechnung der Quellensteuer auf sonstige abgeltungstpflichtige Kapitalerträge entgegensteht.

► *Kein Abzug von Anrechnungsüberhängen bei der Ermittlung der Einkünfte:* Auf die für Anrechnungsüberhänge vorgesehene Regelung des § 34c Abs. 2, wonach die ausländ. Steuer bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden kann, wird nicht verwiesen. Sie findet auch keine entsprechende Anwendung (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 204).

Keine Erstattung bei Überhang: Der durch das JStG 2009 eingefügte § 32d Abs. 5 Satz 3 stellt klar, dass es durch die Anrechnung ausländ. Steuern auf Kapitalerträge zwar zu einer Reduzierung der Steuer auf Kapitalerträge auf null kommen kann, eine Erstattung aber ausgeschlossen ist (BTDrucks. 16/10189, 53).

Steuerbescheinigung: Zur Ausstellung von StBescheinigungen s. BMF v. 3.12.2014 – IV C 1 - S 2401/08/10001:011, 2014/1062097, BStBl. I 2014, 1586.

Eintragungen im Erklärungsformular: Zu den Eintragungen im Erklärungsformular s. FinBeh. Hamburg v. 9.5.2015 – S 2293-2015/001-52, Beck-Datenbank.

Zur Anrechnung ausländischer Quellensteuern bei Treuhandkonten, Nießbrauchs- und Nachlasskonten s. BMF v. 13.6.2008, DStR 2008, 1236, Nr. 11 (s. auch WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 32d Rn. 2).

III. Anrechnung in DBA-Fällen

82

Bei Kapitalerträgen aus DBA-Staaten, für die eine Anrechnung der Quellensteuer im DBA vorgesehen ist, ordnet § 32d Abs. 5 Satz 2 die entsprechende Anwendung von § 32d Satz 1 an. Die in § 32d Abs. 5 Satz 1 enthaltenen Regelungen zur Anrechnung ausländ. Quellensteuern finden damit auch im DBA-Fall Anwendung; anders als im Nicht-DBA-Fall ist jedoch auch eine Anrechnung fiktiver Quellensteuer möglich.

Fiktive Quellensteuer: In einigen DBA ist vorgesehen, dass Deutschland auch die Anrechnung fiktiver Quellensteuer gewährt. Auch eine derartige, tatsächlich nicht erhobene Steuer ist nach § 32d Abs. 5 Satz 2 anzurechnen. Schwierigkeiten ergeben sich für das Abzugsverfahren jedoch daraus, dass eine Reihe von DBA die Anrechnung fiktiver Steuern von weiteren Voraussetzungen abhängig machen, die in einem Massenverfahren bei den auszahlenden Stellen nicht geprüft werden können. Das BMF ist dem Wunsch der Kreditwirtschaft nicht gefolgt, fiktive Quellensteuer ohne weitere Nachprüfung anrechnen zu können. Stattdessen hat es eine Liste derjenigen Länder veröffentlicht, bei denen die Anrechnung fiktiver Steuern nach dem entsprechenden DBA nicht an bestimmte zusätzliche Bedingungen geknüpft ist (abrufbar unter www.steuerliches-info-center.de/de/003_menu_links/001_CC/0075_Anrechenbarkeit.php; s. auch OFD Frankfurt/Main v. 2.6.2016 – S 2293 A - 107 - St 514, juris). Nur bei diesen Ländern können fiktive Quellensteuer von den auszahlenden Stellen beim KapErtrStAbzug berücksichtigt werden. In allen anderen Fällen ist der Stpfl. darauf angewiesen, die Anrechnung über das Wahlveranlagungsverfahren nach § 32d Abs. 4 zu beantragen.

► *Hintergrund fiktiver Quellensteuer:* Bei der Anrechnung fiktiver Quellensteuer handelt es sich in erste Linie um einen Bestandteil der Entwicklungshilfe für bestimmte Staaten; oft haben die Schuldner eine schlechte Bonität (SCHLOTTER in LBP, § 32d Rn. 14 [2/2009]).

► *Steuerbescheinigung:* Zur Ausstellung von StBescheinigungen s. BMF v. 3.12.2014 – IV C 1 - S 2401/08/10001:011, 2014/1062097, BStBl. I 2014, 1586.

► *Quellensteuer Norwegen/Spanien:* BMF v. 15.11.2011 – IV C 1 - S 2406/10/10001:002, 2011/0883660, BStBl. I 2011, 854, Anrechnung norwegischer Quellensteuer; BMF v. 8.9.2011 – IV C 1 - S 2406/10/10001:002, BStBl. I 2011, 854, Anrechnung spanischer Quellensteuer (Zufluss bis 31.12.2014); KUPPE, NWB 2016, 1451 [1457].

Vorrang des DBA bei § 32d Abs. 5 Satz 3: Bei Anwendung des § 32d Abs. 5 Satz 3 gehen die Regelungen des DBA, wer zur Anrechnung befugt ist, was ausländ. Kapitalerträge sind und welche ausländ. Quellensteuer angerechnet werden können, vor (KOSS in KORN, § 32d Rn. 103 [1/2015]). Die FinVerw. hat eine Liste veröffentlicht, aus der sich ergibt, welche ausländ. Quellensteuer im DBA-Fall nach Ansicht der Verwaltung anrechenbar sind (www.bzst.de/DE/Steuern_International/Auslaendische_Quellensteuer/auslaendische_quellensteuer_no.de.html).

Einstweilen frei.

83–84

**G. Erläuterungen zu Abs. 6:
Günstigerprüfung**

Schrifttum: BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 1025; BRUSCH, Unternehmensteuerreformgesetz 2008: Abgeltungsteuer, FR 2007, 999; SCHMITZ-HERSCHEIDT, Günstigerprüfung gemäß § 32d Abs. 6 EStG nach Unanfechtbarkeit des Einkommensteuerbescheids, jurisPR-SteuerR 48/2015 Anm. 4; WERTH, Zeitliche Begrenzung eines Antrags auf Günstigerprüfung, HFR 2015, 1036; KURPE, Einkünfte aus Kapitalvermögen – (K)Ein Beratungsfeld für Steuerberater?, NWB 2016, 1451; SIKORSKI, Korrektur von Steuerbescheiden bei einbehaltener Abgeltungsteuer, NWB 2016, 621; WEISS, Abgeltungsteuer – Übergangsprobleme, Ausnahmetatbestände und Günstigerprüfung, NWB 2016, 334.

Verwaltungsanordnung: BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer (idF v. 20.4.2016, BStBl. I 2016, 475, und idF v. 16.6.2016, BStBl. I 2016, 527); FinMin. Schl.-Holst. v. 5.5.2010 – VI 305 - S 2297 - 109, juris, Festsetzung von Vorauszahlungen im Zusammenhang mit der Anwendung des § 32d Absatz 6 EStG; BayLfSt. v. 20.3.2015 – S 0351.2.1 - 19/7 St42, DSrR 2015, 1506, Nachträgliche Anrechnung von Kapitalertragsteuer auf die Einkommensteuer für die Festsetzungen ab VZ 2009; FinMin. NRW v. 11.8.2016 – S 0351, juris, Änderung von Steuerbescheiden nach § 173 AO bei nachträglicher Erklärung von Einkünften aus Kapitalvermögen.

85

I. Regelungsinhalt

§ 32d Abs. 6 gibt dem Stpfl. das Recht, für Kapitalerträge, die der KapErtrSt unterlegen haben, eine StFestsetzung zum regulären Tarif iSd. § 32a Abs. 1 zu beantragen. Mit dieser Wahlveranlagung zum gesonderten Tarif der Abgeltungsteuer eröffnet § 32d Abs. 6 die Möglichkeit, die abgeltende Wirkung des KapErtrStEinhalts nach § 43 Abs. 5 zu durchbrechen.

86

II. Antrag

Die Günstigerprüfung erfolgt nur auf Antrag des Stpfl. (§ 32d Abs. 6 Satz 1) und kann für den jeweiligen VZ nur einheitlich für sämtliche Kapitalerträge (bei zusammenveranlagten Ehegatten nur für sämtliche Kapitalerträge beider Ehegatten) gestellt werden (§ 32d Abs. 6 Sätze 3 und 4).

Antrag auch außerhalb der Einkommensteuererklärung möglich: Anders als der Antrag auf Wahlveranlagung iSd. § 32d Abs. 4 muss der Antrag auf Günstigerprüfung iSd. § 32d Abs. 6 nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zusammen mit der EStErklärung gestellt werden; regelmäßig wird der Antrag auf Günstigerprüfung jedoch im Rahmen der EStErklärung gestellt, indem der Stpfl. die betroffenen Kapitalerträge in der StErklärung angibt und die Option „Günstigerprüfung“ wählt; ergänzend sind die entsprechenden StBescheinigungen einzureichen bzw. vorzuhalten. Stellt der Stpfl. einen Antrag auf Günstigerprüfung außerhalb der EStErklärung, hat er die Kapitalerträge gesondert gegenüber dem FA zu erklären und sämtliche StBescheinigungen einzureichen bzw. vorzuhalten (so auch MORITZ/STROHM in FROTSCHE/GEURTS, § 32d Rn. 83 [4/2016]). Durch das VerfModG v. 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1679) wurde die Belegvorlagepflicht der StBescheinigung in § 36 Abs. 2 Nr. 2 ab VZ 2017 punktuell in eine Belegvorhaltepflcht geändert. Danach ist die Vorlage der StBescheinigung nach § 45a

Abs. 2, 3 als materielle Voraussetzung für die Anrechnung der durch StAbzug vom Kapitalertrag erhobenen ESt für die Fälle entfallen, in denen der Stpfl. einen Antrag nach § 32d Abs. 4 oder 6 stellt.

Keine Antragsfrist: Eine Frist ist für den Antrag nicht vorgesehen; uE kann der Antrag auf Günstigerprüfung iSd. § 32 Abs. 6 aber nur bis zur Unanfechtbarkeit des StBescheids gestellt werden; danach käme ein Antrag nur im Rahmen der allgemeinen Änderungsvorschriften in Frage (s. auch BFH v. 12.5.2015 – VIII R 14/13, BStBl. II 2015, 806; BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 149; FinMin. NRW v. 11.8.2016 – S 0351, juris; FG Münster v. 22.3.2013 – 4 K 3386/12 E, EFG 2013, 940, rkr.; SCHMITZ-HERSCHEIDT, jurisPR-SteuerR 48/2015 Anm. 4; WERTH, HFR 2015, 1036; SIKORSKI, NWB 2016, 621 [623]; WEISS, NWB 2016, 334 [342]).

► *Rahmen der allgemeinen Änderungsvorschriften:* Führt die Günstigerprüfung insgesamt zu einer niedrigeren ESt, kommt eine Änderung nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO nur dann in Betracht, wenn den Stpfl. am nachträglichen Bekanntwerden der abgegolten besteuerten Kapitaleinkünfte kein grobes Verschulden trifft. Im Detail zu Änderungen im Rahmen der AO s. BayLfSt. v. 20.3.2015, DStR, 2015, 1506; s. auch ANEMÜLLER, ErbStB 2016, 158 (161).

Umfang des Antrags: Der Antrag umfasst notwendig sämtliche Kapitalerträge eines VZ und kann nicht auf einzelne Kapitalerträge beschränkt werden; bei zusammenveranlagten Ehegatten sämtliche Kapitalerträge beider Ehegatten (§ 32d Abs. 6 Sätze 3 und 4; FG Saarl. v. 8.8.2013 – 1 K 1374/12, EFG 2013, 1920, rkr.). Auf diese Weise wird verhindert, dass Stpfl. mit einem Grenz-StSatz unter 25 % den Antrag für Teile ihrer Kapitalerträge stellen, wenn die Grenzbelastung sämtlicher Kapitalerträge über 25 % liegen würde. Hierzu kann es vor allem bei Stpfl. kommen, die fast ausschließlich Kapitalerträge und keine oder nur geringe Einkünfte aus anderen Einkunftsarten erzielen (KOSS in KORN, § 32d Rn. 108 [1/2015]; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 82 [4/2016]).

Reichweite des Antrags auf einen Veranlagungszeitraum: Ein Antrag auf Günstigerprüfung gem. § 32d Abs. 6 hat nur für einen VZ Gültigkeit; für folgende VZ muss zur Durchführung der Günstigerprüfung ein neuer Antrag gestellt werden.

Antrag gilt als nicht gestellt: Aufgrund des Wortlauts des § 32d Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 („wenn dies zu einer niedrigeren Einkommensteuer führt“) prüft das FA im Rahmen der StFestsetzung von Amts wegen, ob die Anwendung der allgemeinen Regelungen (insbes. unter Berücksichtigung des Grundfreibetrags und des Altersentlastungsbetrags) zu einer niedrigeren StFestsetzung führt (Günstigerprüfung). Sollte dies nicht der Fall sein, gilt der Antrag nach Auffassung der FinVerw. als nicht gestellt (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 150).

► *Fortgeltung des Antrags:* Die Aussage der FinVerw. muss hier so gemeint sein, dass ein Antrag auf Günstigerprüfung iSd. § 32d Abs. 6 für den Stpfl. zu keiner Verschlechterung führen kann. Wird der Antrag abgelehnt, obwohl die Voraussetzungen des § 32d Abs. 6 nach Ansicht des Stpfl. vorliegen, müssen hiergegen die üblichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegeben sein (MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 82 [4/2016]; WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 164 [10/2014]).

► *Günstigere Besteuerung als Tatbestandsmerkmal:* Die Frage der günstigeren Besteuerung ist uE nicht Gegenstand des fiktiven Wegfalls des Antrags, sondern eigenständiges Tatbestandsmerkmal; dies ergibt sich aus dem Wortlauts des § 32d

Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 („wenn dies zu einer niedrigeren Einkommensteuer führt“). Liegt diese Voraussetzung nicht vor, ist also die Besteuerung nach § 32d Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 nicht günstiger, finden § 32d Abs. 1, 3 und 4 weiter Anwendung. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Antrag als „nicht gestellt“ fingiert wird (krit. zu einer Fiktion außerhalb des Wortlauts auch WERTH in BLÜMICH, § 32d Rn. 164 [10/2014]).

Antrag für Zwecke der Einkommensteuervorauszahlung: Auf Antrag des Stpfl. kann die Günstigerprüfung im Rahmen der Festsetzung von Vorauszahlungen berücksichtigt werden (FinMin. Schl.-Holst. v. 5.5.2010 – VI 305 - S 2297 - 109, juris).

87

III. Anwendung auf Kapitalerträge

Kapitalerträge: § 32d Abs. 6 findet auf die Kapitaleinkünfte iSd. § 20 Anwendung (zum Begriff der Kapitaleinkünfte s. Anm. 18 „Begrifflichkeit Kapitalertrag/Einkünfte aus Kapitalvermögen“ und Anm. 24, 66).

Zum Umfang der erfassten Kapitalerträge s. Anm. 86 „Umfang des Antrags“.

Zur Anwendung bei Zusammenveranlagung s. Anm. 86 „Umfang des Antrags“.

88 IV. Hinzurechnung zu den Einkünften iSd. § 2 und Anwendung der tariflichen Einkommensteuer

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

Berechnungsschema des § 2 Abs. 2 bis 5 und die Tarifvorschrift des § 32a Abs. 1: Die nach § 20 ermittelten Einkünfte aus Kapitalvermögen werden anstelle der Anwendung von § 32d Abs. 1, 3 und 4 den Einkünften iSd. § 2 hinzuzurechnet und dem progressiven Normaltarif nach § 32a Abs. 1 unterworfen.

► *Anrechnung eventuell einbehaltender Kapitalertragsteuer:* Einbehaltene KapErtrSt wird auf die ESt angerechnet (§ 36 Abs. 2 Nr. 2); dies kann zu StErstattungen führen.

Fortgeltung einzelner Regelungen des Abgeltungsteuersystems: Auch bei Antrag auf Günstigerprüfung gem. § 32d Abs. 6 Satz 1 finden Teile des Systems der Abgeltungsteuer weiter Anwendung (BFH v. 28.1.2015 – VIII R 13/13, BStBl. II 2015, 593; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 82 [4/2016]).

► *Das Abzugsverbot für Werbungskosten (§ 20 Abs. 9)* findet weiter Anwendung (BFH v. 28.1.2015 – VIII R 13/13, BStBl. II 2015, 593; MORITZ/STROHM in FROTSCHER/GEURTS, § 32d Rn. 82 [4/2016]; WERTH, DStR 2015, 1343 [1349]). Damit können auch im Rahmen der Günstigerprüfung keine WK geltend gemacht werden. Zum Ausschluss des WK-Abzugs s. Anm. 24 „Ausschluss des Werbungskostenabzugs“.

► *Das Verlustverrechnungsverbot (§ 20 Abs. 6) findet weiter Anwendung.* Zu den Beschränkungen des Verlustausgleichs s. Anm. 24 „Beschränkungen des Verlustausgleichs“.

► *Die Anrechnung ausländischer Quellensteuer* richtet sich weiter nach der Sonderregel des § 32d Abs. 5. § 32d Abs. 5 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die nach § 32d Abs. 5 ermittelten ausländ. Quellensteuern auf die zusätzliche tarifliche ESt anzurechnen sind, die auf die hinzugerechneten Kapitaleinkünfte entfällt (§ 32d Abs. 6 Satz 2).

▷ § 32d Abs. 6 Satz 2 wurde durch das JStG 2009 nachträglich eingefügt, um eine vermeintliche Lücke zu schließen. Der ursprüngliche Verweis in § 32d Abs. 6 Satz 1 auf § 32d Abs. 1 bis 5 hätte dazu geführt, dass eine ausländ. Steuer auch dann mit bis zu 25 % des Kapitalertrags hätte angerechnet werden können, wenn die Belastung mit deutscher Steuer aufgrund der Günstigerprüfung deutlich unter 25 % gelegen hätte. Nunmehr ist sichergestellt, dass die Anrechnung der ausländ. Steuer der Höhe nach auf die deutsche Steuer begrenzt ist, die unter Anwendung des Abs. 5 auf die Kapitalerträge entfällt.

Antrag zur Verrechnung mit negativen Einkünften aus anderen Einkunftsarten: Der Stpfl. kann einen Antrag gem. § 32d Abs. 6 stellen, um eine Verrechnung von positiven Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 mit negativen Einkünften aus anderen Einkunftsarten zu erreichen (BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Tz. 146; KUPPE, NWB 2016, 1451 [1458]); ein Antrag iSd. § 32d Abs. 4 wäre wohl nicht ausreichend (s. Anm. 75 „Kein Antrag zur Verrechnung mit negativen Einkünften aus anderen Einkunftsarten“).

► *Einbeziehung in die Veranlagung:* Das Verlustverrechnungsverbot (§ 20 Abs. 6) wird durch einen Antrag gem. § 32d Abs. 6 nicht aufgehoben, allerdings steht § 20 Abs. 6 nur einer Verrechnung von Verlusten aus Kapitalvermögen mit Gewinnen aus anderen Einkunftsarten entgegen. Den umgekehrten Fall schließt § 20 Abs. 6 nicht aus. Die Verrechnung mit Verlusten aus anderen Einkunftsarten setzt jedoch voraus, dass diese durch einen Antrag gem. § 32d Abs. 6 in die Veranlagung einbezogen werden. Beantragt der Stpfl. eine Veranlagung nach § 32d Abs. 6, so vermindern die übrigen Verluste die positiven Einkünfte aus Kapitalvermögen (vgl. BEHRENS, BB 2007, 1025 [1028]; BRUSCH, FR 2007, 999 [1002]).

► *Wirtschaftliche Entscheidungsgrundlage für die Antragstellung:* Ob es für den Stpfl. günstig ist, einen Antrag nach § 32d Abs. 6 zu stellen, hängt maßgeblich von seinen in Zukunft zu erwartenden Einkünften ab. Der Einsatz von Verlusten aus anderen Einkunftsarten zur Verrechnung mit Einkünften aus Kapitalvermögen führt durch die teilweise Erstattung der KapErtrSt iHv. 25 % zu einem Liquiditätsvorteil; im Gegenzug verliert der Stpfl. allerdings die Möglichkeit, künftige positive Einkünfte, die mit bis zu 45 % besteuert sein können, mit vorgetragenen Verlusten zu verrechnen (vgl. BAUMGÄRTEL/LANGE in HERZIG ua., Handbuch Unternehmensteuerreform, 2007, Rn. 802).

V. Günstigerprüfung

89

Gemäß § 32d Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 kommt es nur dann zur Anwendung des progressiven StTarifs gem. § 32a, wenn diese Verfahrensweise zu einer niedrigeren ESt (einschließlich Zuschlagsteuer) führt als eine Besteuerung nach dem

proportionalen StTarif gem. § 32d Abs. 1 (positive Günstigerprüfung als Tatbestandsmerkmal s. Anm. 86 „Antrag gilt als nicht gestellt“).

Vergleichsgrundlage: Zu vergleichen ist die (i) tarifliche ESt (einschließlich Zuschlagsteuer) auf das zvE unter Einbeziehung der Einkünfte aus Kapitalvermögen mit (ii) der tariflichen ESt (einschließlich Zuschlagsteuer) auf das zvE ohne diese Einkünfte zuzüglich der ESt auf diese Einkünfte, die sich aus der Anwendung des gesonderten StTarifs ergibt.

▶ *Positive Günstigerprüfung:* Ist der erstgenannte Betrag (i) niedriger, kommt der progressive StTarif gem. § 32a zur Anwendung.

▶ *Negative Günstigerprüfung:* Ist der zweitgenannte Betrag (ii) niedriger, bleibt es bei der Besteuerung nach den § 32d Abs. 1, 3 und 4; es kommt der proportionale StTarif gem. § 32d Abs. 1 zur Anwendung.

▷ *Aufwendige Vergleichsberechnung erforderlich:* Zu beachten ist, dass die Erfolgsaussichten des Antrags ohne diese etwas aufwendigere Vergleichsrechnung nicht verlässlich eingeschätzt werden können. Insbesondere führt der Antrag nicht schon dann zu einem Belastungsvorteil, wenn der Durchschnittsteuersatz eines Stpl. über sein gesamtes zvE unter 25 % liegt. Entscheidend ist vielmehr, welcher Grenzbelastung die Kapitalerträge bei Anwendung des individuellen StSatzes unterliegen.

▷ *Alternativer Antrag gem. § 32d Abs. 4:* Für den Fall einer negativen Günstigerprüfung ist eventuell ein hilfsweise gestellter Antrag nach § 32d Abs. 4 anzudenken; dies kann ratsam sein, um den StEinbehalt bei einzelnen Kapitalerträgen dem Grunde oder der Höhe nach überprüfen zu lassen.

Gesamtbelastung unter Berücksichtigung von Zuschlagsteuern: Im Rahmen der Günstigerprüfung wird ab dem VZ 2011 nicht allein auf die estl. (bzw. kapertstl.) Belastung der Einkünfte aus Kapitalvermögen abgestellt; vielmehr kommt es auf die stl. Gesamtbelastung einschließlich sog. Zuschlagsteuern an.

▶ *Zuschlagsteuern:* Unter Zuschlagsteuern sind Steuern zu verstehen, die nach der ESt bemessen werden (§ 51a); hierzu zählen insbes. SolZ und KiSt (zu Details s. § 51a Anm. 20).

▶ *Berücksichtigung von Zuschlagsteuern zur Vermeidung von Friktionen:* Durch die Berücksichtigung von Zuschlagsteuern sollen Verwerfungen vermieden werden, die sich ansonsten insbes. aufgrund von Freigrenzen im Rahmen der Zuschlagsteuern (vgl. § 3 Abs. 3 SolZG) ergeben können. So kann die Einbeziehung von Einkünften aus Kapitalvermögen in die Berechnung der tariflichen ESt dazu führen, dass überhaupt erst ein SolZ zu erheben ist. In diesem Fall kann aufgrund der hohen Grenzbelastung der Einkünfte aus Kapitalvermögen die Günstigerprüfung zukünftig negativ ausfallen, obwohl der persönliche (Grenz-)StSatz des Stpl. unter 25 % liegt (BTDrucks. 17/3549, 25).

Abgeltungsteuer, Bedeutung: Siehe Anm. 4.

Abgeltungsteuer, Einführung: Siehe Anm. 4 „Einführung der Abgeltungsteuer“.

Abgeltungsteuersatz bei Gesellschafterfremdfinanzierung: Siehe Anm. 9.

Abgeltungsteuersystem, Verfassungsmäßigkeit: Siehe Anm. 6.

Air Liquide S.A. (Frankreich), Kapitalmaßnahmen: Siehe Anm. 75 „Überprüfung der Richtigkeit des Steuereinhalts dem Grunde und der Höhe nach“.

Anrechenbare ausländische Steuern: Siehe Anm. 25, 78.

Anrechnung ausländischer Quellensteuer in DBA-Fällen: Siehe Anm. 82.

Anrechnung ausländischer Quellensteuer in nicht DBA-Fällen: Siehe Anm. 81.

Antrag bei Günstigerprüfung: Siehe Anm. 86.

Antrag bei unternehmerischen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften: Siehe Anm. 58.

Anwendung bei juristischen Personen: Siehe Anm. 1919 „Juristische Personen“.

Anwendungsbereich, zeitlich: Siehe Anm. 20.

Anwendungsfälle des § 32d Abs. 4: Siehe Anm. 75.

Argentinien-Anleihen, Behandlung des Rückkaufangebots: Siehe Anm. 75 „Behandlung des Rückkaufangebots von Argentinien-Anleihen“

Ausländische Quellensteuern: Siehe Anm. 16, 25, 78 ff.

Ausschluss des Abzugs von Werbungskosten bei Günstigerprüfung: Siehe Anm. 17 „Verfassungsmäßigkeit der Günstigerprüfung bei Ausschluss des Abzugs von Werbungskosten“.

Back-to-Back-Finanzierung: Siehe Anm. 10, 41.

Back-to-Back-Finanzierung bei Kapitalüberlassung an eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft: Siehe Anm. 46.

Back-to-Back-Finanzierung bei Verbindung zu Personengesellschaften: Siehe Anm. 45.

Back-to-Back-Finanzierung im Drei- und Mehrpersonenverhältnis: Siehe Anm. 43.

Back-to-Back-Finanzierung im Zweipersonenverhältnis: Siehe Anm. 42.

Back-to-Back-Finanzierung, Kapitalüberlassung: Siehe Anm. 42 „Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers“, 48.

Back-to-Back-Finanzierung, Rückgriff: Siehe Anm. 47.

Belastungsvorteil, fehlender: Siehe Anm. 50 „Fehlender Belastungsvorteil bei Anwendung des gesonderten Steuertarifs“.

Benachteiligung von Familienangehörigen: Siehe Anm. 8 „Verfassungswidrigkeit bei Benachteiligung von Familienangehörigen“.

Berechnungsformel zur Kirchensteuer: Siehe Anm. 7.

Berechnungsformel zur Kirchensteuer, Verfassungsmäßigkeit: Siehe Anm. 7 „Verfassungsmäßigkeit der Berechnungsformel“.

Berufliche Tätigkeit (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b): Siehe Anm. 61 „Berufliche Tätigkeit“.

Beteiligung, qualifizierte (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1): Siehe Anm. 61.

Beteiligungen, unternehmerische: Siehe Anm. 12.

China Petroleum & Chemical Corporation, Kapitalmaßnahmen: Siehe Anm. 75 „Überprüfung der Richtigkeit des Steuereinhalts dem Grunde und der Höhe nach“.

Darlehensverträge unter nahen Angehörigen: Siehe Anm. 8 „Verfassungswidrigkeit bei Benachteiligung von Familienangehörigen“.

Deutscher Einkommensteuer entsprechende ausländische Steuer: Siehe Anm. 80 „Eine der deutschen Einkommensteuer entsprechende ausländische Steuer“.

Drittanfechtung bei Kapitalertragsteuer: Siehe Anm. 21 „Verhältnis des § 32d Abs. 4 zu materieller Bestandskraft der Kapitalertragsteueranmeldung“.

Dritter iSd. Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Satz 2 Halbs. 2: Siehe Anm. 47.

Duales Steuersystem mit zwei Tarifen: Siehe Anm. 1.

Einheitlicher Plan (Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c Sätze 3 und 4): Siehe Anm. 49 „Einheitlicher Plan“.

Einheitlicher, proportionaler Steuertarif: Siehe Anm. 1, 4 „Einheitlicher, nicht progressiver Tarif des § 32d“.

Einkünfte aus Kapitalvermögen, Definition: Siehe Anm. 24.

Einkünfte, die nicht unter § 20 Abs. 8 fallen: Siehe Anm. 24 „Einkünfte, die nicht unter § 20 Abs. 8 fallen“.

Enger zeitlicher Zusammenhang: Siehe Anm. 49 „Regelbeispiel – Enger zeitlicher Zusammenhang“.

Ermäßigung bei Kirchensteuerpflicht: Siehe Anm. 26.

Familienangehörige, Benachteiligung: Siehe Anm. 8 „Verfassungswidrigkeit bei Benachteiligung von Familienangehörigen“.

Fehlender Belastungsvorteil: Siehe Anm. 50 „Fehlender Belastungsvorteil bei Anwendung des gesonderten Steuertarifs“.

Formel Kirchensteuer: Siehe Anm. 7.

Fremdvergleich: Siehe Anm. 33 „Grundsätze des Fremdvergleichs stets anwendbar“.

Geltungsbereich, persönlicher: Siehe Anm. 19.

Geltungsbereich, sachlicher: Siehe Anm. 18.

Genossenschaft: Siehe Anm. 36.

Gesellschafterfremdfinanzierung: Siehe Anm. 9.

Google Inc., Kapitalmaßnahmen, Aktiensplit: Siehe Anm. 75 „Überprüfung der Richtigkeit des Steuereinhalts dem Grunde und der Höhe nach“.

Grundsätze des Fremdvergleichs: Siehe Anm. 33 „Grundsätze des Fremdvergleichs stets anwendbar“.

Günstigerprüfung: Siehe Anm. 17, 85 ff., 89.

Günstigerprüfung, Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Abzugs von Werbungskosten: Siehe Anm. 17 „Verfassungsmäßigkeit der Günstigerprüfung bei Ausschluss des Abzugs von Werbungskosten“.

Juristische Personen: Siehe Anm. 1919 „Juristische Personen“.

Kapitalerträge: Siehe Anm. 31.

Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Satz 2: Siehe Anm. 55.

Kapitalertragsteuer: Siehe Anm. 21.

Kapitalertragsteueranmeldung: Siehe Anm. 21 „Verhältnis des § 32d Abs. 4 zu materieller Bestandskraft der Kapitalertragsteueranmeldung“.

Kapitalgesellschaft: Siehe Anm. 36, 60.

Kapitalmaßnahmen von China Petroleum & Chemical Corporation, Sinopec Shanghai Petrochemical Company Limited (China), Air Liquide S.A. (Frankreich), Aktiensplit der Firma Google Inc.; Behandlung des Rückkaufangebots Argentinien-Anleihen: Siehe Anm. 75 „Überprüfung der Richtigkeit des Steuereinhalts dem Grunde und der Höhe nach“.

Kirchensteuer, Berechnungsformel: Siehe Anm. 7.

Kirchensteuerpflicht, Ermäßigung: Siehe Anm. 26.

Kompensation für Körperschaftsteuerliche Vorbelastung: Siehe Anm. 1 „Keine Kompensation für Körperschaftsteuerliche Vorbelastung“.

Korrespondenz der Kapitalerträge mit steuerpflichtigen Einkünften beim Schuldner: Siehe Anm. 34.

Korrespondenzprinzip: Siehe Anm. 13, 63 ff.

Lebensversicherungen: Siehe Anm. 11, 55.

Marktüblichkeit der Zinsvereinbarungen: Siehe Anm. 50 „Marktüblichkeit der Zinsvereinbarungen“.

Mindestbeteiligungsquote von 10 %: Siehe Anm. 38.

Nahestehende Person: Siehe Anm. 33 „Nahestehende Personen“.

Norwegen, Quellensteuer: Siehe Anm. 82.

Persönlicher Geltungsbereich: Siehe Anm. 1919.

Pflichtveranlagung: Siehe Anm. 14, 66 ff.

Progressiver Steuertarif: Siehe Anm. 1.

Proportionaler, einheitlicher Steuertarif: Siehe Anm. 1.

Qualifizierte Beteiligung (Abs. 2 Nr. 3 Satz 1): Siehe Anm. 61.

Quellensteuer, ausländische: Siehe Anm. 16, 78 ff.

Quellensteuer, ausländische und Kirchensteuer: Siehe Anm. 7 „Berechnungsformel zur Kirchensteuer bei ausländischer Quellensteuer“.

Quellensteuer, Norwegen: Siehe Anm. 82.

Quellensteuer, Spanien: Siehe Anm. 82.

Rechtsentwicklung: Siehe Anm. 2.

Regelbeispiele (enger zeitlicher Zusammenhang und Verknüpfung der Zinsvereinbarungen): Siehe Anm. 49 „Regelbeispiel – Enger zeitlicher Zusammenhang“, 49 „Regelbeispiel – Verknüpfung der Zinsvereinbarungen“.

Rückgriff: Siehe Anm. 47.

Rückkaufangebot bezüglich Argentinien-Anleihen: Siehe Anm. 75 „Behandlung des Rückkaufangebots von Argentinien-Anleihen“.

Sachlicher Geltungsbereich: Siehe Anm. 18.

Schedulen: Siehe Anm. 1.

Sinopec Shanghai Petrochemical Company Limited (China), Kapitalmaßnahmen: Siehe Anm. 75 „Überprüfung der Richtigkeit des Steuereinhalts dem Grunde und der Höhe nach“.

Spanien, Quellensteuer: Siehe Anm. 82.

Steuertarif: Siehe Anm. 24 „Steuertarif“.

Tatsächliche Belastung mit ausländischer Steuer: Siehe Anm. 80 „Tatsächliche Belastung mit ausländischer Steuer“.

Unternehmerische Beteiligungen: Siehe Anm. 12, 58 ff.

Veranlagungsverfahren, Ausschluss: Siehe Anm. 4 „Ausschluss des Veranlagungsverfahrens“.

Verhältnis zu den Regelungen zur Kapitalertragsteuer in den §§ 43 ff.: Siehe Anm. 21.

Verknüpfung der Zinsvereinbarungen: Siehe Anm. 49 „Regelbeispiel – Verknüpfung der Zinsvereinbarungen“.

Wahlveranlagung: Siehe Anm. 15, 72 ff.

Wahlveranlagung, Antrag und Antragsfrist: Siehe Anm. 73 „Angabe der Kapitalerträge in der Einkommensteuererklärung/Antragsfrist“.

Widerruf des Antrags bei unternehmerischen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften: Siehe Anm. 59.

Zeitlicher Anwendungsbereich: Siehe Anm. 20.

Zuschlagsteuern: Siehe Anm. 24 „Zuschlagsteuern“.