

e) Kapitalvermögen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5)

§ 20

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346),
zuletzt geändert durch Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 26.6.2013
(BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802)

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

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

- a) in einem Kapitallebensversicherungsvertrag mit vereinbarter laufender Beitragszahlung in mindestens gleichbleibender Höhe bis zum Zeitpunkt des Erlebensfalls die vereinbarte Leistung bei Eintritt des versicherten Risikos weniger als 50 Prozent der Summe der für die gesamte Vertragsdauer zu zahlenden Beiträge beträgt und
 - b) bei einem Kapitallebensversicherungsvertrag die vereinbarte Leistung bei Eintritt des versicherten Risikos das Deckungskapital oder den Zeitwert der Versicherung spätestens fünf Jahre nach Vertragsabschluss nicht um mindestens 10 Prozent des Deckungskapitals, des Zeitwerts oder der Summe der gezahlten Beiträge übersteigt.² Dieser Prozentsatz darf bis zum Ende der Vertragslaufzeit in jährlich gleichen Schritten auf Null sinken;
7. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder geleistet worden ist, auch wenn die Höhe der Rückzahlung oder des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt.² Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage.³ Erstattungszinsen im Sinne des § 233a der Abgabenordnung sind Erträge im Sinne des Satzes 1;
 8. Diskontbeträge von Wechseln und Anweisungen einschließlich der Schatzwechsel;
 9. Einnahmen aus Leistungen einer nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 3 bis 5 des Körperschaftsteuergesetzes, die Gewinnausschüttungen im Sinne der Nummer 1 wirtschaftlich vergleichbar sind, soweit sie nicht bereits zu den Einnahmen im Sinne der Nummer 1 gehören; Nummer 1 Satz 2, 3 und Nummer 2 gelten entsprechend.² Satz 1 ist auf Leistungen von ver-

gleichbaren Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben; entsprechend anzuwenden;

10. a) Leistungen eines nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betriebs gewerblicher Art im Sinne des § 4 des Körperschaftsteuergesetzes mit eigener Rechtspersönlichkeit, die zu mit Gewinnausschüttungen im Sinne der Nummer 1 Satz 1 wirtschaftlich vergleichbaren Einnahmen führen; Nummer 1 Satz 2, 3 und Nummer 2 gelten entsprechend;
 - b) der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn und verdeckte Gewinnausschüttungen eines nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betriebs gewerblicher Art im Sinne des § 4 des Körperschaftsteuergesetzes ohne eigene Rechtspersönlichkeit, der den Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt oder Umsätze einschließlich der steuerfreien Umsätze, ausgenommen die Umsätze nach § 4 Nummer 8 bis 10 des Umsatzsteuergesetzes, von mehr als 350 000 Euro im Kalenderjahr oder einen Gewinn von mehr als 30 000 Euro im Wirtschaftsjahr hat, sowie der Gewinn im Sinne des § 22 Absatz 4 des Umwandlungssteuergesetzes. ²Die Auflösung der Rücklagen zu Zwecken außerhalb des Betriebs gewerblicher Art führt zu einem Gewinn im Sinne des Satzes 1; in Fällen der Einbringung nach dem Sechsten und des Formwechsels nach dem Achten Teil des Umwandlungssteuergesetzes gelten die Rücklagen als aufgelöst. ³Bei dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen der inländischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gelten drei Viertel des Einkommens im Sinne des § 8 Absatz 1 Satz 3 des Körperschaftsteuergesetzes als Gewinn im Sinne des Satzes 1. ⁴Die Sätze 1 und 2 sind bei wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben der von der Körperschaftsteuer befreiten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen entsprechend anzuwenden. ⁵Nummer 1 Satz 3 gilt entsprechend;
 11. Stillhalterprämien, die für die Einräumung von Optionen vereinbart werden; schließt der Stillhalter ein Glattstellungsgeschäft ab, mindern sich die Einnahmen aus den Stillhalterprämien um die im Glattstellungsgeschäft gezahlten Prämien.
- (2) ¹Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch
1. der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1. ²Anteile an einer Körperschaft sind auch Genussrechte im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1, den Anteilen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf Anteile im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1;
 2. der Gewinn aus der Veräußerung
 - a) von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen durch den Inhaber des Stammrechts, wenn die dazugehörigen Aktien oder sonstigen Anteile nicht mitveräußert werden. ²Diese Besteuerung tritt an die Stelle der Besteuerung nach Absatz 1;
 - b) von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den Inhaber oder ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung, wenn die dazugehörigen Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden. ²Ent-

sprechendes gilt für die Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung.

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

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

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

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

(3a) ¹Korrekturen im Sinne des § 43a Absatz 3 Satz 7 sind erst zu dem dort genannten Zeitpunkt zu berücksichtigen. ²Weist der Steuerpflichtige durch eine Bescheinigung der auszahlenden Stelle nach, dass sie die Korrektur nicht vorgenommen hat und auch nicht vornehmen wird, kann der Steuerpflichtige die Korrektur nach § 32d Absatz 4 und 6 geltend machen.

(4) ¹Gewinn im Sinne des Absatzes 2 ist der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den Anschaffungskosten; bei nicht in Euro getätig-

ten Geschäften sind die Einnahmen im Zeitpunkt der Veräußerung und die Anschaffungskosten im Zeitpunkt der Anschaffung in Euro umzurechnen.²In den Fällen der verdeckten Einlage tritt an die Stelle der Einnahmen aus der Veräußerung der Wirtschaftsgüter ihr gemeiner Wert; der Gewinn ist für das Kalenderjahr der verdeckten Einlage anzusetzen.³Ist ein Wirtschaftsgut im Sinne des Absatzes 2 in das Privatvermögen durch Entnahme oder Betriebsaufgabe überführt worden, tritt an die Stelle der Anschaffungskosten der nach § 6 Absatz 1 Nummer 4 oder § 16 Absatz 3 angesetzte Wert.⁴In den Fällen des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 6 gelten die entrichteten Beiträge im Sinne des Absatzes 1 Nummer 6 Satz 1 als Anschaffungskosten; ist ein entgeltlicher Erwerb vorausgegangen, gelten auch die nach dem Erwerb entrichteten Beiträge als Anschaffungskosten.⁵Gewinn bei einem Termingeschäft ist der Differenzausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzüglich der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehen.⁶Bei unentgeltlichem Erwerb sind dem Einzelrechtsnachfolger für Zwecke dieser Vorschrift die Anschaffung, die Überführung des Wirtschaftsguts in das Privatvermögen, der Erwerb eines Rechts aus Termingeschäften oder die Beiträge im Sinne des Absatzes 1 Nummer 6 Satz 1 durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen.⁷Bei vertretbaren Wertpapieren, die einem Verwahrer zur Sammelverwahrung im Sinne des § 5 des Depotgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Januar 1995 (BGBl. I S. 34), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 5. April 2004 (BGBl. I S. 502) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung anvertraut worden sind, ist zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Wertpapiere zuerst veräußert wurden.

(4a) ¹Werden Anteile an einer Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung gegen Anteile an einer anderen Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung getauscht und wird der Tausch auf Grund gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen vollzogen, die von den beteiligten Unternehmen ausgehen, treten abweichend von Absatz 2 Satz 1 und den §§ 13 und 21 des Umwandlungssteuergesetzes die übernommenen Anteile steuerlich an die Stelle der bisherigen Anteile, wenn das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der erhaltenen Anteile nicht ausgeschlossen oder beschränkt ist oder die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei einer Verschmelzung Artikel 8 der Richtlinie 90/434/EWG anzuwenden haben; in diesem Fall ist der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der erworbenen Anteile ungeachtet der Bestimmungen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in der gleichen Art und Weise zu besteuern, wie die Veräußerung der Anteile an der übertragenden Körperschaft zu besteuern wäre, und § 15 Absatz 1a Satz 2 entsprechend anzuwenden.²Erhält der Steuerpflichtige in den Fällen des Satzes 1 zusätzlich zu den Anteilen eine Gegenleistung, gilt diese als Ertrag im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1.³Besitzt bei sonstigen Kapitalforderungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 7 der Inhaber das Recht, bei Fälligkeit anstelle der Zahlung eines Geldbetrags vom Emittenten die Lieferung von Wertpapieren zu verlangen oder besitzt der Emittent das Recht, bei Fälligkeit dem Inhaber anstelle der Zahlung eines Geldbetrags Wertpapiere anzudienen und macht der Inhaber der For-

derung oder der Emittent von diesem Recht Gebrauch, ist abweichend von Absatz 4 Satz 1 das Entgelt für den Erwerb der Forderung als Veräußerungspreis der Forderung und als Anschaffungskosten der erhaltenen Wertpapiere anzusetzen; Satz 2 gilt entsprechend. ⁴Werden Bezugsrechte veräußert oder ausgeübt, die nach § 186 des Aktiengesetzes, § 55 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder eines vergleichbaren ausländischen Rechts einen Anspruch auf Abschluss eines Zeichnungsvertrags begründen, wird der Teil der Anschaffungskosten der Altanteile, der auf das Bezugsrecht entfällt, bei der Ermittlung des Gewinns nach Absatz 4 Satz 1 mit 0 Euro angesetzt. ⁵Werden einem Steuerpflichtigen Anteile im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 1 zugeteilt, ohne dass dieser eine gesonderte Gegenleistung zu entrichten hat, werden der Ertrag und die Anschaffungskosten dieser Anteile mit 0 Euro angesetzt, wenn die Voraussetzungen der Sätze 3 und 4 nicht vorliegen und die Ermittlung der Höhe des Kapitalertrags nicht möglich ist. ⁶Soweit es auf die steuerliche Wirksamkeit einer Kapitalmaßnahme im Sinne der vorstehenden Sätze 1 bis 5 ankommt, ist auf den Zeitpunkt der Einbuchung in das Depot des Steuerpflichtigen abzustellen. ⁷Geht Vermögen einer Körperschaft durch Abspaltung auf andere Körperschaften über, gelten abweichend von Satz 5 und § 15 des Umwandlungssteuergesetzes die Sätze 1 und 2 entsprechend.

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

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

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

(8) ¹Soweit Einkünfte der in den Absätzen 1, 2 und 3 bezeichneten Art zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus Vermietung und Verpachtung gehören,

sind sie diesen Einkünften zuzurechnen. ²Absatz 4a findet insoweit keine Anwendung.

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

Autoren: Ronald **Buge**, Rechtsanwalt, Pöllath und Partner, Berlin
(Allgemeine Erläuterungen Anm. 1–7, 9–39; Abs. 1 Einleitungssatz, Abs. 1 Nr. 5–8, Nr. 11; Abs. 2, 3, 3a, 4, 4a, 5, 6, 8 und 9)

Jens **Intemann**, Dipl.-Finanzwirt, Richter am FG, Hannover
(Allgemeine Erläuterungen Anm. 8; Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 4, 9 und 10; Abs. 7)
Mitherausgeber: Prof. Dr. Andreas **Musil**, Potsdam

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 20

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 20	1	V. Geltungsbereich des § 20	
II. Rechtsentwicklung des § 20	2	1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich	9
III. Bedeutung des § 20		2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	10
1. Rechtssystematische Bedeutung	4	VI. Verhältnis des § 20 zu anderen Vorschriften	
2. Wirtschaftliche Bedeutung	5	1. Verhältnis zu anderen Einkunftsarten	11
3. Bedeutung der Geldentwertung	6	2. Verhältnis zum AStG, InvStG und REITG	12
IV. Verfassungsmäßigkeit des § 20		3. Verhältnis zu Steuerermäßigungen und Steuerbefreiungen	13
1. Strukturelles Erhebungsdefizit bis Veranlagungszeitraum 2008	7	4. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer	14
2. Verfassungsmäßigkeit der abgeltenden Kapitalertragsteuer (Abgeltungsteuer)	8	5. Verhältnis zu § 32d	15
		6. Verhältnis zu § 8b KStG	16
		7. Verhältnis zum KapErhStG	17

	Anm.
VII. Zurechnung der Einkünfte aus § 20	
1. Allgemeine Zurechnungsgrundsätze	19
2. Bedeutung der allgemeinen Zurechnungsgrundsätze für § 20	20
3. Verhältnis zu anderen Zurechnungsvorschriften	
a) Verhältnis zu § 39 AO	21
b) Verhältnis zu § 101 BGB	22
4. Einkünfteerzielung über Personengesellschaften	23
5. Sonderfall: Nießbrauch am Kapitalvermögen	
a) Grundsätze	24
b) Nießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer	25
c) Unentgeltlicher Nießbrauch	
aa) Zuwendungsnießbrauch	26

	Anm.
bb) Vorbehaltsnießbrauch	27
cc) Vermächtnisnießbrauch	28
d) Entgeltlicher Nießbrauch	29
VIII. Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen	
1. Von der Überschussermittlung zur Bruttobesteuerung	31
2. Zufluss von Einnahmen aus Kapitalvermögen	
a) Allgemeine Zuflussregeln	32
b) Einzelfälle des Zuflusses	33
c) Zufluss bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners	34
3. Werbungskosten	35
4. Verfahrensfragen	37

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Einkünfte aus Kapitalvermögen**

	Anm.
I. „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören ...“ (Einleitungssatz)	
1. Begriff der Einkünfte aus Kapitalvermögen	
a) Gegenstand der Besteuerung	40
b) Kapitalvermögen	41
c) Wertänderungen des Kapitalvermögens	42
2. Zugehörigkeit zu den Einkünften aus Kapitalvermögen: Veranlassungsprinzip	45
3. Nicht abschließende Aufzählung des Abs. 1	
a) Bedeutung der Aufzählung in Abs. 1	46
b) Verhältnis zu Abs. 2 und Abs. 3	47
c) Verhältnis der einzelnen Tatbestände des Abs. 1	48

	Anm.
II. Einnahmen aus der Beteiligung an Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften (Abs. 1 Nr. 1 bis 3)	
1. Anteile und Genussrechte iSd. Abs. 1 Nr. 1	
a) Anteile an Kapitalgesellschaften und anderen Körperschaften	50
b) Anteile an vergleichbaren Körperschaften oder Personenvereinigungen	
aa) Anteile an vergleichbaren inländischen Körperschaften oder Personenvereinigungen	52
bb) Anteile an nach ausländischem Recht gegründeten Körperschaften oder Personenvereinigungen	54

	Anm.		Anm.
c) Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist	56	a) Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung	
d) Erweiterung des Anwendungsbereichs des Abs. 1 Nr. 1 durch Verweisungen in anderen Gesetzen	58	aa) Unterschiedliche Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung bei der Körperschaft und dem Anteilseigner	80
2. Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1		bb) Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung auf der Ebene des Anteilseigners	81
a) Begriff Bezüge	60	b) Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung im Einzelnen	
b) Arten der Bezüge		aa) Gewährung eines Vermögensvorteils (Bezüge)	
aa) Gewinnanteile (Dividenden)		(1) Vorteilsgewährung an einen Anteilseigner	85
(1) Begriff	61	(2) Leistung an eine dem Gesellschafter nahestehende Person	86
(2) Gewinnanteile der Aktionäre	62	(3) Bewertung der verdeckten Gewinnausschüttung	87
(3) Gewinnanteile der GmbH-Gesellschafter . .	63	bb) Gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Zuwendung	
(4) Gewinnanteile aus Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften	64	(1) Ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter	90
bb) Ausbeuten aus Anteilen an bergrechtlichen Gewerkschaften	66	(2) Vorteilsgewährung an beherrschenden Gesellschafter	91
cc) Sonstige Bezüge aus Anteilen iSd. Abs. 1 Nr. 1 . .	67	c) Zufluss des Vorteils	92
c) Abgrenzung der Bezüge		d) Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung	93
aa) Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus Veräußerung von Anteilen . .	70	e) Wichtige Anwendungsfälle	94
bb) Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus veräußerungsähnlichen Vorgängen	71		
cc) Abgrenzung der Bezüge gegen nichtsteuerbare Kapitalrückzahlungen . .	72	4. Keine Einnahmen bei Verwendung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG (Abs. 1 Nr. 1 Satz 3)	
dd) Abgrenzung der Bezüge gegen Wertänderungen von Anteilen iSd. Abs. 1 Nr. 1		a) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3	
(1) Wertänderung durch Ausgabe von Bezugsrechten	75	aa) Grundlagen	100
(2) Wertänderung durch Freianteile	76	bb) Bezüge	101
(3) Wertänderung durch Erwerb eigener Anteile oder durch Einziehung von Anteilen	77	cc) Körperschaft oder Personenvereinigung	102
d) Rechtsfolgen	78	dd) Als verwendet geltende Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG	103
3. Verdeckte Gewinnausschüttungen (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2)		b) Rechtsfolgen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3	104
		5. Einnahmen aus Dividendenkompensationszahlungen (Abs. 1 Nr. 1 Satz 4)	

	Anm.
a) Vorbemerkung	110
b) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4	
aa) Einnahmen an Stelle der Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 von einem anderen als dem Anteilseigner	111
bb) Aktienerwerb mit Dividendenberechtigung erworben, jedoch ohne Dividendenanspruch geliefert	112
c) Rechtsfolge des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4	113
6. Bezüge nach Auflösung und aufgrund einer Kapitalherabsetzung (Abs. 1 Nr. 2)	
a) Vorüberlegungen	120
b) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1	
aa) Bezüge	121
bb) Körperschaft oder Personenvereinigung	122
cc) Bezüge, die nach der Auflösung anfallen	123
dd) Keine Rückzahlung von Nennkapital	124
ee) Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3	125
c) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 2	
aa) „Gleiches gilt für Bezüge aufgrund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung“	
(1) Bezüge aufgrund einer Kapitalherabsetzung	126
(2) Bezüge, die nach Auflösung anfallen	127
bb) Unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft oder Personenvereinigung	128
cc) Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 und 4 KStG	129
7. Anzurechnende oder zu vergütende Körperschaftsteuer nach altem Recht (Abs. 1 Nr. 3 aF)	135

III. Einnahmen aus stiller Gesellschaft und partiarischen Darlehen (Abs. 1 Nr. 4)

	Anm.
1. Einnahmen aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter (Satz 1 Halbs. 1 Alt. 1)	
a) Einnahmen	
aa) Begriff der Einnahmen	140
bb) Gewinnbeteiligung	141
cc) Verlustbeteiligung	142
dd) Einnahmen aus der Übertragung und der Auflösung einer stillen Gesellschaft	
(1) Vorbemerkung	145
(2) Veräußerung einer stillen Beteiligung nach altem Recht	146
(3) Auflösung der stillen Gesellschaft nach altem Recht	147
(4) Veräußerung und Auflösung nach neuem Recht	148
b) Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter	
aa) Voraussetzungen einer stillen Gesellschaft	149
bb) Beteiligung an einem Handelsgewerbe	
(1) Handelsgewerbe	151
(2) Person des Geschäftsinhabers	152
cc) Beteiligung als stiller Gesellschafter	
(1) Person und Stellung des stillen Gesellschafters	153
(2) Einlage des stillen Gesellschafters	154
(3) Gewinnbeteiligung als Voraussetzung der Gesellschaftsstellung	155
(4) Unterbeteiligung	156
dd) Abgrenzung von anderen partiarischen Rechtsverhältnissen	
(1) Grundsatz	157
(2) Abgrenzung von partiarischen Dienstverhältnissen iSd. § 19	158
(3) Abgrenzung von partiarischen Rechtsverhältnissen und anderen partiarischen Verträgen	159
c) Rechtsfolgen	161

	Anm.		Anm.
d) Stille Gesellschaft zwischen nahen Angehörigen		a) Einnahmen	190
aa) Grundsatz	165	b) Partiarisches Darlehen und Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	191
bb) Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung		c) Vereinbarung eines partiarischen Darlehens zwischen nahen Angehörigen	
(1) Zivilrechtliche Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags	167	aa) Steuerliche Anerkennung dem Grunde nach	195
(2) Zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen	168	bb) Unangemessene Gewinnbeteiligung	196
(3) Fremdvergleich	169	d) Partiarisches Darlehen eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft an diese Kapitalgesellschaft	198
(4) Tatsächliche Durchführung der Vereinbarungen	170		
(5) Stille Gesellschaft mit einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft als Geschäftsinhaberin	172	3. Stiller Gesellschafter und Darlehensgeber keine Mitunternehmer (Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2)	
cc) Gewinnbeteiligung in unangemessener Höhe		a) Grundsatz	199
(1) Ermittlung der Angemessenheit	173	b) Stiller Gesellschafter als Mitunternehmer	200
(2) Folgen einer unangemessenen Gewinnbeteiligung	175	c) Darlehensgeber als Mitunternehmer	202
dd) Schenkweise Überlassung der stillen Beteiligung		4. Sinngemäße Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und § 15a (Abs. 1 Nr. 4 Satz 2)	
(1) Begriff der Schenkung	177	a) Sinngemäße Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 auf Verlustanteile des stillen Gesellschafters	
(2) Formerfordernisse bei Schenkung durch den Geschäftsinhaber	178	aa) Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 auf stille Gesellschaften	205
(3) Schenkweise Überlassung der Geldmittel zur Erfüllung der Einlageverpflichtung	180	bb) Voraussetzungen und Rechtsfolge	206
(4) Ermittlung der Angemessenheit und Folgen der Unangemessenheit	181	b) Sinngemäße Anwendung des § 15a auf Verlustanteile des stillen Gesellschafters	
(5) Schenkung von einem Dritten	182	aa) Ausgleichs- und Abzugsverbot für den zuzurechnenden Verlustanteil bei Entstehung oder Erhöhung eines negativen Kapitalkontos (§ 15a Abs. 1 Satz 1)	
e) Stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft		(1) Beschränkung der Verlustverrechnung	207
aa) Zulässigkeit einer stillen Beteiligung	185	(2) Verlustausgleich und Einlage	208
bb) Gesellschafter der Kapitalgesellschaft als stiller Gesellschafter			
(1) Voraussetzung der stillen Gesellschaft	186		
(2) Angemessenheit der Gewinnverteilung	187		
2. Einnahmen aus partiarischen Darlehen (Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 Alt. 2)			

	Anm.
bb) Keine sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3: Verlustausgleich bei Haftungserweiterung	209
cc) Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 2: Verlustverrechnung mit Gewinnen späterer Wirtschaftsjahre	
(1) Nach Abs. 1 nicht ausgleichs- oder abziehbare Verluste	210
(2) Durchführung der Verlustverrechnung	211
dd) Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 3: Einkünftezurechnung bei Einlageminderung	
(1) Zurechnung von Einkünften aufgrund einer Einlageminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 1)	213
(2) Begrenzung der Einkünftezurechnung durch vorangegangene Verluste (§ 15a Abs. 3 Satz 2 und Satz 4)	214
(3) Zurechnung von Einnahmen aufgrund einer Haftungsminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 3)	215
(4) Gesonderte Feststellung eines verrechenbaren Verlusts (§ 15a Abs. 4)	216
IV. Zinsen (Abs. 1 Nr. 5 bis 8)	
1. Vorbemerkungen zu Abs. 1 Nr. 5 bis 8	
a) Sachlicher Umfang der betroffenen Kapitalerträge	230
b) Verhältnis der Tatbestände zueinander	231
2. Zinsen aus Hypotheken usw. (Abs. 1 Nr. 5)	
a) Einnahmen aus Hypotheken und Grundschulden sowie Renten aus Rentenschulden (Abs. 1 Nr. 5 Satz 1)	
aa) Zinsen aus Hypotheken und Grundschulden	
(1) Legaldefinition des Zinsbegriffs	232
(2) Zinsen aus Hypotheken	233

	Anm.
(3) Zinsen aus Grundschulden	234
bb) Renten aus Rentenschulden	235
b) Zinsen aus Tilgungshypotheken und -grundschulden (Abs. 1 Nr. 5 Satz 2)	
aa) Trennung von Rückzahlung und Zinsen	240
bb) Tilgungshypothek und Tilgungsgrundschulden	241
3. Kapitalerträge aus Versicherungen (Abs. 1 Nr. 6)	
a) Vorbemerkungen zu Abs. 1 Nr. 6	260
b) Zurechnung der Versicherungserträge	261
c) Umfang der steuerbaren Versicherungsleistung (Nr. 6 Sätze 1 und 2)	262
d) Steuersätze	263
e) Versicherungsverträge iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 1	265
f) Berechnung der steuerpflichtigen Erträge bei entgeltlichem Erwerb des Versicherungsvertrags (Nr. 6 Satz 3)	266
g) Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 bis 3 (Nr. 6 Satz 4)	267
h) Abgrenzung Alt- und Neuverträge	268
i) Abweichende Zurechnung der Erträge aus vermögensverwaltenden Versicherungsverträgen (Nr. 6 Satz 5)	269
j) Keine Anwendung der Steuervergünstigung aus Nr. 6 Satz 2 (Nr. 6 Satz 6)	270
k) Steuerabzug bei Versicherungserträgen	275
4. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen (Abs. 1 Nr. 7)	
a) Vorbemerkungen zu Abs. 1 Nr. 7	290
b) Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 7	
aa) Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art (Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 erster Satzteil)	

	Anm.
(1) Erträge	292
(2) Persönlicher Geltungsbereich	293
(3) Sonstige Kapitalforderungen jeder Art	294
(4) Wichtige Einzelfälle von sonstigen Kapitalforderungen	295
bb) Bedeutung von Kapitalrückzahlung und Entgelt in Nr. 7 (Satz 1 zweiter Satzteil)	
(1) Rechtsentwicklung	296
(2) Zusage der Kapitalrückzahlung ohne Zusage oder Gewährung des Entgelts für die Kapitalnutzung	297
(3) Zusage oder Leistung des Entgelts für die Kapitalnutzung ohne Zusage der Kapitalrückzahlung	298
(4) Keine Zusage oder Leistung der Kapitalrückzahlung und des Entgelts	299
(5) Erträge aus Risiko-Zertifikaten mit nur teilweiser Kapitalrückzahlungsgarantie (alte Rechtslage)	300
(6) Neue Rechtslage für Teil-Garantie-Zertifikate ab 2009	301
c) Bezeichnung und zivilrechtliche Ausgestaltung der Kapitalanlage ohne Bedeutung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2)	
aa) Bezeichnung der Kapitalanlage	305
bb) Ausgestaltung der Kapitalanlage	306
d) Steuerpflicht von Erstattungszinsen gem. § 233a AO (Abs. 1 Nr. 7 Satz 3)	
aa) Rechtsentwicklung	307
bb) Steuerbarkeit von Erstattungszinsen	308
e) Sonderfälle der Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen	
aa) Darlehen zwischen nahen Angehörigen	310
bb) Schenkweise Überlassung der Darlehensmittel durch den Darlehensempfänger	311

	Anm.
f) Steuerabzug bei Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 7	312
5. Diskontbeträge aus Wechseln, Anweisungen und Schatzwechseln (Abs. 1 Nr. 8)	
a) Sachlicher Umfang der Vorschrift	330
b) Diskontbeträge aus Wechseln und Anweisungen	331
c) Diskontbeträge aus Schatzwechseln	332
d) Nicht unter Abs. 1 Nr. 8 fallende Einnahmen	333

V. Einnahmen aus nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Steuersubjekten, Betrieben gewerblicher Art und wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben (Abs. 1 Nr. 9 und 10)

1. Einführung neuer Einnahmetatbestände	340
2. Einnahmen aus Leistungen einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG (Nr. 9)	
a) Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 9	
aa) Einnahmen aus Leistungen	341
bb) Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1	342
cc) Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG	343
dd) Keine Einnahmen iSv. Abs. 1 Nr. 1	344
b) Rechtsfolge der Nr. 9	347
c) Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2	348
d) Leistungen einer ausländischen Körperschaft (Satz 2)	349
3. Einnahmen aus Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. a)	

	Anm.
a) Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 1	
aa) Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art . . .	350
bb) Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1	351
cc) Betrieb gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit	352
b) Rechtsfolge der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 1	353
c) Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2	355
4. Nicht den Rücklagen zugeführte Gewinne und verdeckte Gewinnausschüttungen eines Betriebs gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. b)	
a) Einkünfte aus Kapitalvermögen (Satz 1)	
aa) Nicht den Rücklagen zugeführter Gewinn als Einnahmen	360
bb) Verdeckte Gewinnausschüttungen als Kapitalertrag iSd. Nr. 10 Buchst. b	361
cc) Betrieb gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit	362
dd) Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensver-	

	Anm.
gleich oder Überschreiten von Umsatz- oder Gewinngrenze	363
ce) Gewinn nach § 22 Abs. 4 UmwStG	364
ff) Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nach § 21 Abs. 3 UmwStG aF	365
gg) Rechtsfolge	366
b) Auflösung von Rücklagen (Satz 2)	
aa) Auflösung von Rücklagen zu betriebsfremden Zwecken	370
bb) Einbringung nach dem UmwStG	371
c) Werbesendungen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (Satz 3)	375
d) Behandlung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben (Satz 4)	380
e) Einlagenrückgewähr aus dem steuerlichen Einlagekonto nach § 27 KStG (Satz 5)	385

VI. Einnahmen aus Stillhaltungsgeschäften (Abs. 1 Nr. 11)

1. Sachlicher Umfang der Kapitalerträge	400
2. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 11	401

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungstatbestände

	Anm.
I. „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch ...“ (Einleitungssatz)	
1. Bedeutung des Einleitungssatzes	420
2. Verhältnis zu Abs. 1	421
3. Begriff des Veräußerungsgeschäfts	422
4. Veräußerungsvorgänge des Abs. 2	423

	Anm.
II. Die Veräußerungstatbestände im Einzelnen (Abs. 2 Satz 1)	
1. Veräußerung von Kapitalbeteiligungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)	
a) Sachlicher Anwendungsbereich	430
b) Begriff der Veräußerung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1	431

	Anm.		Anm.
c) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer	432		
2. Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)			
a) Umfang der betroffenen Veräußerungsgeschäfte	450		
b) Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendscheinen und sonstigen Ansprüchen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a)			
aa) Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1			
(1) Umfang der Einnahmen	451		
(2) Dividendscheine und sonstige Ansprüche	452		
(3) Veräußerung durch den Inhaber des Stammrechts	453		
(4) Veräußerung durch einen Zweiterwerber	454		
(5) Keine Veräußerung des Stammrechts	455		
bb) Besteuerung des Veräußerungsentgelts anstelle der Kapitalerträge aus Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 2)	456		
cc) Besteuerung des Erwerbers des Dividendscheins und der sonstigen Ansprüche	457		
c) Einnahmen aus der Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1)			
aa) Umfang der Einnahmen	458		
bb) Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1			
(1) Einnahmen aus der Veräußerung	459		
(2) Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den Inhaber von Schuldverschreibungen	460		
		(3) Verbleib der Schuldverschreibung beim Veräußerer	461
		cc) Entsprechende Anwendung des Satzes 1 bei Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 2)	
		(1) Besteuerung des ehemaligen Stammrechtsinhabers	462
		(2) Umfang der steuerpflichtigen Einnahmen	463
		dd) Sinngemäße Anwendung von Nr. 2 Satz 1 und 2 bei nicht verbrieften Anteilsrechten, Schuldverschreibungen und Schuldbuchforderungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Sätze 2 und 3)	464
		ee) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer	465
		3. Einnahmen aus Termin- geschäften und Veräußerung von Finanzinstrumenten (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3)	
		a) Einnahmen aus Termin- geschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a)	
		aa) Rechtsentwicklung	470
		bb) Sachlicher Geltungs- bereich des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a	471
		cc) Begriff des Termin- geschäfts	472
		dd) Beendigung von Finanz- termin- geschäften durch Glattstellung	475
		ee) Optionsgeschäfte als Termin- geschäfte	476
		ff) Zinsbegrenzungsverein- barungen	480
		gg) Swapgeschäfte	481
		hh) Zeitpunkt der Verwirk- lichung eines Termin- geschäfts	482
		b) Einnahmen aus der Ver- äußerung von als Termin- geschäft ausgestal- teten Finanzinstrumenten (Nr. 3 Buchst. b)	

	Anm.
aa) Gegenstand der Veräußerung	483
bb) Glattstellung einer Option	485
c) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer	486
4. Einnahmen aus der Veräußerung von stillen Beteiligungen und partiarischen Darlehen iSv. Abs. 1 Nr. 4 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4)	
a) Erfasste Vorgänge und Umfang der Einnahmen	490
b) Steuererhebung im Wege der Veranlagung	491
c) Zeitliche Anwendung	492
5. Einnahmen aus der Veräußerung von Hypotheken, Grundschulden und Renten iSv. Abs. 1 Nr. 5 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 5)	
a) Umfang der Einnahmen	500
b) Steuererhebung im Wege der Veranlagung	501
6. Einnahmen aus der Veräußerung von Versicherungsverträgen iSv. Abs. 1 Nr. 6 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 6)	
a) Umfang der Einnahmen und zeitliche Anwendung	505
b) Besondere Kontrollmitteilung über die Veräußerung	506
c) Steuererhebung im Wege der Veranlagung	507
7. Einnahmen aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen iSv. Abs. 1 Nr. 7 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 7)	
a) Umfang der Einnahmen	510

	Anm.
b) Einzelfälle	511
c) Erstmalige Anwendung und Übergangsregeln	
aa) Bestandsschutzregel für Alt-Schuldverschreibungen	512
bb) Besonderheiten bei Stückzinsen	513
d) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer	514
8. Gewinn aus der Übertragung oder Aufgabe von Rechtspositionen iSd. Abs. 1 Nr. 9 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 8)	
a) Umfang der Einnahmen	520
b) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer	521

III. Gewinn aus einer Veräußerung gleichgestellter Vorgängen (Abs. 2 Satz 2)

1. Überblick	530
2. Einzelfälle	531

IV. Anschaffung oder Veräußerung der Beteiligung an einer Personengesellschaft (Abs. 2 Satz 3)

1. Transparenz der Personengesellschaft	535
2. Unmittelbare und mittelbare Beteiligung an einer Personengesellschaft	536
3. Anschaffung und Veräußerung	
a) Gesellschaftsrechtliche Vorgänge	537
b) Bedeutung für die Übergangsregelungen	538

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

	Anm.
I. Vorbemerkungen zu Abs. 3	550
II. Besondere Entgelte oder Vorteile	551

	Anm.
III. Rechtsfolgen	552

**E. Erläuterungen zu Abs. 3a:
Berücksichtigung von Korrekturen des Steuerabzugs**

	Anm.
I. Bedeutung und Rechtsentwicklung 554	III. Möglichkeit der Veranlagung (Abs. 3a Satz 2) . . . 556
II. Korrekturen im Abzugsverfahren (Abs. 3a Satz 1) . 555	IV. Zeitliche Anwendung 557

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

	Anm.
I. Überblick 560	9. Gemeiner Wert bei verdeckter Einlage (Abs. 4 Satz 2) . . . 570
II. Gewinn als steuerliche Bemessungsgrundlage	10. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte bei Entnahme oder Betriebsaufgabe (Abs. 4 Satz 3) 571
1. Differenzbetrag 561	11. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte bei Übertragung von Ansprüchen auf eine Versicherungsleistung (Abs. 4 Satz 4) 572
2. Einnahmen aus der Veräußerung 562	12. Gewinn/Verlust aus Termingeschäften (Abs. 4 Satz 5) . . . 573
3. Zuflusszeitpunkt des Veräußerungserlöses 563	13. Zurechnung der Anschaffungskosten durch den Rechtsvorgänger bei Einzelrechtsnachfolge bei unentgeltlichem Erwerb (Abs. 4 Satz 6) 574
4. Anschaffungszeitpunkt bei Wertpapieren 564	14. FiFo-Verfahren (Abs. 4 Satz 7) 575
5. Anschaffungskosten in Einzelfällen 565	
6. Aufwendungen in unmittelbar sachlichem Zusammenhang mit der Veräußerung . . 567	
7. Saldierung von Veräußerungserlös und Anschaffungskosten 568	
8. Fremdwährungsbeträge (Satz 1 Halbs. 2) 569	

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

	Anm.
I. Überblick zu Abs. 4a 580	1. Vorbemerkung 581
II. Austausch von Anteilen bei bestimmten Kapitalmaßnahmen (Abs. 4a Satz 1)	2. Tatbestandsvoraussetzungen von Abs. 4a Satz 1 582

	Anm.
3. Rechtsfolgen von Abs. 4a Satz 1	583
III. Besteuerung der Barkomponente (Abs. 4a Satz 2) ..	585
IV. Anlieferung von Wertpapieren bei Ausübung von Rückzahlungsoptionen (Abs. 4a Satz 3)	586
V. Besteuerung von Veräußerung oder Ausübung von Bezugsrecht (Abs. 4a Satz 4)	588

	Anm.
VI. Sonderregelung zur Gewinnermittlung bei Einbuchung ausländischer Kapitalanteile (Abs. 4a Satz 5)	590
VII. Steuerlich relevanter Zeitpunkt einer Kapitalmaßnahme (Abs. 4a Satz 6) ...	591
VIII. Anwendung der Sätze 1 und 2 auf Abspaltungen (Abs. 4a Satz 7)	592

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

	Anm.
I. Erzielen von Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1 bis 2	
1. Anteilseigner erzielt Einkünfte (Abs. 5 Satz 1)	600
2. Begriff des Anteilseigners (Abs. 5 Satz 2)	601

	Anm.
3. Nießbraucher und Pfandgläubiger als Anteilseigner (Abs. 5 Satz 3)	602
II. Bedeutung für die übrigen Tatbestände des Abs. 1 Nr. 4 bis 8.	603

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

	Anm.
I. Vorbemerkungen zu Abs. 6	610
II. Vorrangige Verrechnung mit Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften (Abs. 6 Satz 1)	
1. Überblick	611
2. Verrechnung mit verbleibenden positiven Einkünfte ...	612
3. Verrechenbare Verluste	613
4. Verluste nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Sätze 9 und 10 verrechnen	614
5. Verrechnungsreihenfolge ...	615

	Anm.
6. Verrechnung von Altverlusten nur im Veranlagungsverfahren	616
III. Kein vertikaler Verlustausgleich (Abs. 6 Satz 2)	617
IV. Nur Verlustvortrag möglich (Abs. 6 Satz 3)	618
V. Sinngemäße Anwendung des § 10d Abs. 4 (Abs. 6 Satz 4)	619
VI. Gesonderte Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Aktiengeschäften (Abs. 6 Satz 5)	620

Anm.

Anm.

VII. Verlustverrechnung von einer Verlustbescheinigung

der Kreditinstitute abhängig (Abs. 6 Satz 6) 621

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

Anm.

Anm.

I. Sinngemäße Anwendung des § 15b auf Kapitaleinkünfte (Abs. 7 Satz 1)

- 1. **Bedeutung der Regelung**
 - a) Umfang der Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b 630
 - b) Rechtsfolge 631
 - c) Zeitliche Anwendung 632
- 2. **Voraussetzungen der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b**
 - a) Verluste 633
 - b) Steuerstundungsmodell iSd. § 15b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 634

- c) Anwendung auf einzelne Kapitalanlageformen 635
- d) Nichtaufgriffsgrenze des § 15b Abs. 3 636
- 3. **Rechtsfolge der Verlustverrechnungsbeschränkung 640**
- 4. **Gesonderte Feststellung des nicht ausgleichfähigen Verlusts (§ 15b Abs. 4) 641**

II. Ausnutzung eines Steuerfalles (Abs. 7 Satz 2) 645

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

Anm.

Anm.

I. Vorbemerkung zu Abs. 8 650

II. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu anderen Einkunftsarten (Abs. 8 Satz 1)

- 1. **Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Gewinneinkünften 651**
- 2. **Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft 652**
- 3. **Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb**
 - a) Betriebsveräußerung gegen Kaufpreisraten 653
 - b) Abgrenzung gewerblicher Kapitalanlage von

- privater Vermögensverwaltung 654
- 4. **Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit 658**
- 5. **Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung 659**
- 6. **Rechtsfolgen 660**
- 7. **Subsidiarität gegenüber den Einkünften aus nicht-selbständiger Tätigkeit? 670**
- 8. **Subsidiarität gegenüber den sonstigen Einkünften 671**
- 9. **Besonderheiten bei beschränkter Steuerpflicht 673**

III. Keine Anwendung des Abs. 4a (Abs. 8 Satz 2) 674

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

	Anm.		Anm.
I. Vorbemerkung zu Abs. 9		III. Gemeinsamer Sparer-Freibetrag für Ehegatten (Abs. 9 Satz 2)	
1. Überblick	680	(Abs. 9 Satz 2)	685
2. Entwicklung des Freibetrags .	681	IV. Aufteilung des Freibetrags bei Ehegatten (Abs. 9 Satz 3)	
3. Keine Folgerichtigkeit bei der Umsetzung der Bruttobesteuerung	682	bei Ehegatten (Abs. 9 Satz 3)	686
4. Zeitlicher Anwendungsbereich	683	V. Sparer-Freibetrag nicht höher als die verrechneten Kapitaleinkünfte (Abs. 9 Satz 4)	
II. Abzug des Pauschbetrags bei der Ermittlung der Einkünfte (Abs. 9 Satz 1)	684	höher als die verrechneten Kapitaleinkünfte (Abs. 9 Satz 4)	687

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 20

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

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

Schrifttum ab 2008 (Abgeltungsteuer): AXER, Abgeltungs- und Veräußerungsgewinnbesteuerung ab 2009, Stbg 2007, 201; BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 1025; BRUSCH, Unternehmenssteuerreformgesetz 2008: Abgeltungsteuer, FR 2007, 999; ECKHOFF, Abgeltungsteuer – Steuersystematische und verfassungsrechtliche Aspekte, FR 2007, 989; ENGLISCH, Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungssteuer, StuW 2007, 221; C. FISCHER, Problemfelder bei der Abgeltungsteuer – ein Appell für Korrekturen noch vor 2009, DStR 2007, 1898; GEURTS, Die neue Abgeltungssteuer – das Ende einer steuerinduzierten Kapitalanlage?, DStZ 2007, 341; GEMMEL/HOFFMANN-FÖLKERSAMB, Ein neues System der Besteuerung von Kapitaleinkünften und Veräußerungsgewinnen, NWB 2007 Fach 3, 14695; HOMBURG, Die Abgeltungsteuer als Instrument der Unternehmensfinanzie-

nung, DStR 2007, 1229; Loos, Benachteiligung der Aktionäre/Gesellschafter mit Anteilen im Privatvermögen in der Unternehmensteuerreform, DB 2007, 704; OHO/LENZ, Zur geplanten Einführung einer Abgeltungsteuer im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008, DB 2007, 1322; DELP, Die Anlegerseite der Abgeltungsteuer, DB 2008, 2381; HAISCH/DANZ, JStG 2009 – Beabsichtigte Änderungen bei der Vermögensanlage, DStZ 2008, 392; HARENBERG, Lexikon zur Abgeltungsteuer, NWB Beilage 4/2008; HARENBERG, Veräußerung von Indexzertifikaten, FR 2008, 552; HELIOS/LINK, Zweifelsfragen der Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge aus Finanzinnovationen und offenen Fonds, DStR 2008, 386; KLATT, Besteuerung von Zertifikaten ohne Kapitalschutzgarantie im Wandel, BB 2008, 976; KRACHT, Auslandsanlagen – Schwierigkeiten unter der Abgeltungsteuer, PiStB 2008, 103; KRACHT, Abgeltungsteuer: Neue Zeitrechnung für die Rendite bei der Geldanlage, NWB 2008 Fach 2, 9883; KRACHT, Renditeschub durch Anleihen mit fiktiver Quellensteuer, PFB 2008, 314; MERKER, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009, StuB 2008, 513; NUSSER, Abgeltungsteuer und Einkommensteuererklärung, NWB, Beratung Aktuell, 2008, 2207; o.V., Jahressteuergesetz 2009: Geplante Änderungen, StWK Gr. 10, 271; SCHUKA, Jahressteuergesetz 2009: Überblick zum Regierungsentwurf, sj. 2008, Nr. 14, 17; WEBER-GRELLET, Die Abgeltungsteuer: Irritiertes Rechtsempfinden oder Zukunftschance?, NJW 2008, 545; EBNER, Änderungen für Investmentfonds, NWB 2009, 2003; HAISCH, Umwandlung, Abgeltungsteuer und Teileinkünfteverfahren, Ubg 2009, 96; HALBERSTADT/SURETH/VOSS, Der Einfluss der Abgeltungsteuer auf die Vorteilhaftigkeit von Anlagen in Genussscheine und Aktien, WPg 2009, 373; HECHTNER/HUNDSDOERFER, Schemenbesteuerung von Kapitaleinkünften mit der Abgeltungsteuer: Belastungswirkungen und neue Problemfelder, StuW 2009, 23; KLEINSMANN, Negative Einkünfte aus Kapitalvermögen und Abgeltungsteuer, DStR 2009, 2359; MEILICKE, Die Neuregelung der Besteuerung des Bezugsrechts, DB 2009, 476; ROSE/SCHOLZ/ZÖLLER, Das „Qualifizierte Bankkonto“ (QBK) zur steuerlichen Gleichbelastung von Kapitaleinkünften, StuW 2009, 232; SCHARL, Sonderprobleme der Abgeltungsteuer bei Veräußerung oder Einlösung von Forderungen, DB 2009, 532; SCHMITT, Die neue Besteuerung der Kapitalerträge – Systemwechsel hin zur Abgeltungsteuer, Stbg 2009, 55 und 101; STEINLEIN, Abgeltungsteuer und Kapitalmaßnahmen: Änderung durch das Jahressteuergesetz 2009, DStR 2009, 510; WERNSMANN, Einkommensteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009, Beihefter zu Nr. 34, 101; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009, Herne/Berlin, 2. Aufl. 2010; KORN, Ausgaben und Verluste bei Anteilen an Kapitalgesellschaften in Teileinkünfteverfahren und Abgeltungsteuer, DStR 2010, 2509; Loos, Ist die Einschränkung der Verrechnungsfähigkeit von Verlusten aus der Veräußerung von Aktien im Privatvermögen (§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG) verfassungskonform?, DStZ 2010, 78; MUSIL, Abzugsbeschränkungen bei der Abgeltungsteuer als steuersystematisches und verfassungsrechtliches Problem, FR 2010, 149; SCHMITT-HOMANN, Abgeltungsteuer: Verlustanteil, Forderungsausfall, Bezugsrecht und Wertpapierleihe, BB 2010, 351; STRAUCH, Strategien zur Nutzung von Altverlusten im Rahmen der Abgeltungsteuer, DStR 2010, 254.

1

I. Grundinformation zu § 20

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

einer der Ausnahmefälle des § 32d Abs. 2 Nr. 1 oder 3 gegeben ist. Die Einkunftsart „Kapitalvermögen“ scheidet damit seit Einführung der abgeltenden KapErtrSt (Abgeltungsteuer) zum 1.1.2009 aus dem System der synthetischen ESt aus und bildet hinsichtlich der Bemessungsgrundlage, der Art der Besteuerung und des StSatzes eine eigenständige Schedule.

II. Rechtsentwicklung des § 20

2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Einfügung der Nr. 6, die die StPflcht der außerrechnungsmäßigen und rechnungsmäßigen Zinsen aus Kapitallebensversicherungen regelt.
- Aufnahme des Sparer-Freibetrags von 600 DM bzw. 1 200 DM in Abs. 4 ab VZ 1975; zur Begründung des EStRG s. BTDrucks. 7/1470, 273 und BTDrucks. 7/2180, 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

- ▶ *Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 4:* Die durch das StReformG 1990 eingeführten Änderungen wurden wieder aufgehoben.
- ▶ *Abs. 1 Nr. 2 Satz 2:* Richtigstellung der Verweisung auf Abs. 1 Nr. 1 Satz 3.
- ▶ *Abs. 2 Satz 1 Nr. 4:* Einfügung der Wörter „und ähnliche Kapitalforderungen“.
- ▶ *Abs. 4:* Der Sparer-Freibetrag wurde mW ab VZ 1989 auf 600 DM für Alleinstehende und 1200 DM für zusammenveranlagte Ehegatten erhöht.

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

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

ZinsabschlagG 1992 v. 9.11.1992 (BGBl. I 1992, 1853; BStBl. I 1992, 682): Der Sparer-Freibetrag in Abs. 4 Satz 1 wird verzehnfacht. Er liegt nunmehr bei 6000 DM und 12000 DM für zusammenveranlagte Ehegatten.

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

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

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

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

StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): In Abs. 4 wird der Sparer-Freibetrag von 6000 DM auf 3000 DM, bei zusammenveranlagten Ehegatten von 12000 DM auf 6000 DM halbiert.

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

stimmter wirtschaftlicher Vereine, juristische Personen und Zweckvermögen des privaten Rechts geschaffen.

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

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

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

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

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

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

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

AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554): Das Steuerprivileg für rechnungsmäßige und außerrechnungsmäßige Zinsen aus langlaufenden Kapitallebensversicherungsverträgen wird aufgehoben. Besteuert wird nunmehr der Unterschiedsbetrag zwischen der Versicherungsleistung und den geleisteten (entrichteten) Beiträgen. Bei Auszahlung der Erträge nach Vollendung des

60. Lebensjahres des Stpfl. und nach Ablauf von zwölf Jahren seit Vertragsschluss ist als Bemessungsgrundlage nur die Hälfte der Erträge anzusetzen.

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

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

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

► *Zeitlicher Anwendungsbereich:*

Norm	Erstmalige Anwendung	Anwendungsnorm
§ 20 Abs. 1 Nr. 6	ab 1.1.2009 für Neuverträge und steuerschädlich verwendete Altverträge (Abschluss vor dem 1.1.2005)	§ 52a Abs. 10 Satz 5
§ 20 Abs. 1 Nr. 7	Kapitalerträge, die nach dem 31.12.2009 zugeflossen sind;	§ 52a Abs. 10 Sätze 6–8
§ 20 Abs. 1 Nr. 11	Stillhalterprämien, die nach dem 31.12.2009 zugeflossen sind	§ 52a Abs. 9
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1	Anschaffung der Beteiligung nach dem 31.12.2008	§ 52a Abs. 10 Satz 1
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2	Veräußerungserlöse, die erstmals nach dem 31.12.2009 zugeflossen sind	§ 52a Abs. 10 Satz 2
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3	nach dem 31.12.2008 abgeschlossene Termingeschäfte	§ 52a Abs. 10 Satz 3
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4	Abschluss der Beteiligung/Darlehen nach dem 31.12.2008	§ 52a Abs. 10 Satz 4
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5	nach dem 31.12.2008 begründete Rechte	§ 52a Abs. 10 Satz 4
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6	nach dem 31.12.2004 begründete Verträge und Altverträge (Abschluss vor dem 1.1.2005) bei steuerschädlicher Verwendung	§ 52a Abs. 10 Satz 5

Norm	Erstmalige Anwendung	Anwendungsnorm
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7	nach dem 31.12.2008 zufließende Veräußerungsgewinne und Anschaffung der Wertpapiere nach dem 31.12.2008: ausgenommen: Finanzinnovationen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF, bei denen das Anschaffungsdatum irrelevant ist, und Index-Zertifikate, die nach dem 14.7.2007 angeschafft wurden; zu Stückzinsen s. Anm. 513	§ 52a Abs. 10 Sätze 6–8
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8	bei Rechtserwerb nach dem 31.12.2008	§ 52a Abs. 10 Satz 4
§ 20 Abs. 2 Sätze 2 und 3	Einlage, Einlösung, Rückgabe, Abtretung und Rückzahlung nach dem 31.12.2008	§ 52a Abs. 10 Satz 9
§ 20 Abs. 3–9	Kapitalerträge, die nach dem 31.12.2008 zugeflossen sind	§ 52a Abs. 10 Satz 10

JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): Zur Vereinfachung des KapErtrStAbzugs durch die Kreditinstitute wird für bestimmte Kapitalmaßnahmen, Bezugsrechte und bestimmte Schuldverschreibungen ein neuer Abs. 4a eingefügt. In Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 wird eine Regelung für Spezial-Kapitallebensversicherung (vermögensverwaltende Versicherungsverträge) aufgenommen, die eine nachgelagerte Versteuerung der Versicherungsleistung bei Auszahlung nach Vollendung des 60. Lebensjahres verhindert. In einem neuen Satz 6 wird eine Mindesttodesfallsumme für die steuerbegünstigte Auszahlung der Versicherungssumme nach Satz 2 eingeführt. Abs. 9 wird redaktionell bereinigt, weil ausländ. Steuern auf Kapitalerträge ausschließlich auf die deutsche Steuer angerechnet, nicht jedoch abgezogen werden dürfen (vgl. § 32d Abs. 5).

JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394): In Abs. 1 Nr. 7 Satz 3 wird die StPflcht von Erstattungszinsen geregelt (gegen BFH v. 15.6.2010 – VIII R 33/07, BStBl. II 2011, 503). In Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 werden Einkünfte aus ausländ. Körperschaften, die inländ. Körperschaften iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG vergleichbar sind, den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet. Es wird ein neuer Abs. 3a eingefügt, mit dem die Regelung des § 43a Abs. 3 Satz 7 (nachträgliche Korrekturen der Bemessungsgrundlage nur für die Zukunft) materiell-rechtl. abgesichert wird und eine mehrfache Verlustberücksichtigung vermieden werden soll. Abs. 4a Satz 1 wird geändert, so dass die Steuerneutralität bei Kapitalmaßnahmen auf Inlandsbeteiligungen ausgedehnt wird. Der Anwendungsbereich von Abs. 4a Satz 3 wird auf weitere Schuldinstrumente, insbes. Vollrisikozertifikate mit Andienungsrechten ausgedehnt.

AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802): Durch die Anfügung von Abs. 4a Satz 7 wird der Anwendungsbereich von Abs. 4a auf Abspaltungen erweitert.

3 Einstweilen frei.

III. Bedeutung des § 20

1. Rechtssystematische Bedeutung

4

Da sich „das Kapitaleinkommen ... wegen der Beweglichkeit des Kapitalvermögens am leichtesten der Besteuerung entziehen kann“ (Begründung zum EStG 1925, RTDrucks. 1924/25 III. Wahlperiode 1925 Bd. 400, Nr. 795, 19 ff.), wird die ESt von nahezu allen inländ. und unter gewissen Voraussetzungen auch ausländ. Kapitaleinkünften (§ 43 Abs. 1 Satz 1) seit 2009 grds. nicht mehr im Veranlagungsweg, sondern durch StAbzug an der Quelle bzw. durch die auszahlenden Stellen erhoben. Die ESt ist mit dem StAbzug nach § 43 Abs. 5 abgegolten (Abgeltungsteuer). Dadurch wollte der Gesetzgeber neben einer Entbürokratisierung auch der seit der Entscheidung des BVerfG v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654) und trotz Einführung des Zinsabschlags zum 1.1.1993 anhaltenden Diskussion um ein fortwährendes Vollzugsdefizit bei der StErhebung ein Ende setzen. Trotz des nahezu alle Kapitalerträge erfassenden unterjährigen StAbzugs durch die Kreditinstitute und der damit verbundenen Beseitigung des Vollzugsdefizits, wird sich in Zukunft die verfassungsrechtl. Diskussion mit veränderten Schwerpunkten fortsetzen. Stichworte dazu sind: die Versagung des WK-Abzugs, die Aufgabe des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40), die mangelnde Folgerichtigkeit bei der Behandlung laufender Erträge wie Zinsen und Dividenden (Abs. 1 Nr. 1 bis 10) sowie die Behandlung der Veräußerungserlöse und Stillhalterprämien (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 11), die nicht dem zum 1.1.2009 eingeführten Bruttoprinzip unterworfen wurden, sondern weiterhin nach den Grundsätzen des objektiven Nettoprinzips ermittelt werden. Die verfassungsrechtl. Diskussion wird sich zukünftig auch mit der gleichheitsrechtl. problematischen Situation auseinandersetzen müssen, dass nur für eine Einkunftsart eine pauschale Definitivbesteuerung mit 25 % gesetzlich vorgeschrieben ist, während alle übrigen Einkunftsarten mit einem Höchststeuersatz von 42 bzw. 45 % belegt sind (zu verfassungsrechtl. Fragen s. Anm. 7f.).

2. Wirtschaftliche Bedeutung

5

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

Darüber hinaus verzichten die öffentlichen Haushalte auf die StEinnahmen, die sich im Rahmen der endgültigen Belastung durch die persönliche Einkommensbesteuerung ergeben. Bei einem durchschnittlichen StSatz von 40 % (35 %) auf das zu versteuernde Gesamteinkommen kommen Einnahmeverluste von 3 Mrd. (1,5 Mrd. €) hinzu. Diese Verluste verteilen sich auf den Bund mit 42,5 %, die Länder mit 42,5 % und die Gemeinden mit 15 %. Der gesamte Ausfall an StEinnahmen beträgt mithin 4,5 Mrd. € (3 Mrd. €). Kapitalrückflüsse aus dem Aus-

land sind hierbei nicht berücksichtigt. Ob die nunmehr definitive Besteuerung der privaten Kapitalerträge mit 25 % überhaupt ein Anlass zur Rückkehr des Kapitals ist, erscheint fraglich. Große wirtschaftliche Bedeutung hat zudem das stetige Wachstum des privaten Kapitalvermögens. So ist das Geldvermögen der privaten Haushalte im Jahr 2007 um rund 5 % Prozent oder 230 Mrd. € auf 4,76 Billionen € gestiegen. Statistisch gesehen hat damit jeder Einwohner in Deutschland rund 57900 € Sparvermögen. Die Sparquote stieg 2007 von 10,5 % auf schätzungsweise 10,8 %. Der größte Teil der Geldvermögen – 33 % – liegt als Sicht-, Termin- oder Spareinlage sowie als Sparbrief bei den Kreditinstituten. Etwa 12 % sind in Investmentfonds und knapp 10 % in festverzinslichen Wertpapieren angelegt. Angesichts dieser Zahlen wird jede strechtl. Änderung beim Umfang der stpfl. Kapitalerträge, bei der Höhe des StSatzes oder beim Besteuerungsverfahren erhebliche rechtl. und politische Diskussionen auslösen.

6 3. Bedeutung der Geldentwertung

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

Zu grundsätzlichen Erläuterung der Geldentwertung in der ESt s. Einf. ESt. Anm. 39.

Die Geldentwertung verringert den Wert von Geldforderungen, bezogen auf die Kaufkraft des Geldes. Die Wertminderung kann im Einzelfall höher sein als der nach Abzug der ESt (zzgl. SolZ und KiSt) verbleibende Ertrag der Kapitalforderung. Die Rspr. hat – best. vom BVerfG v. 21.1.1969 (1 BvR 346, 598/68, HFR 1969, 347; BVerfG v. 19.12.1978 – 1 BvR 335/76, BStBl. II 1979, 308, Besprechungen: VOGEL, NJW 1979, 1158; BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654; VON AHNEN, ZRP 1980, 201; WENDT, NJW 1980, 2111) – gleichwohl zu Recht eine Berücksichtigung des Wertverlusts bei der Ermittlung oder Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen abgelehnt (BFH v. 14.5.1974 – VIII R 162/75, BStBl. II 1974, 572; v. 1.6.1976 – VIII R 64/75, BStBl. II 1976, 599). Kritisch dazu: LOOS, BB 1973, 301; KRÖGER, NJW 1974, 2305; JZ 1979, 631; MÖLLHOFF, DB 1974, 2219; SPANNER, DStR 1975, 472; BEISSE, FR 1975, 474; FRIAUF, StuW 1975, 260; FRIAUF, StuW 1977, 59; RITTER, DStZ/A 1976, 331.

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

Billigkeitsmaßnahmen: Inflationsbedingte Wertverluste des Kapitalvermögens oder der Kapitalerträge sind grds. kein Grund für einen StErläss aus Billigkeitsgründen (§§ 163, 227 AO). Ist aber das Kapitalvermögen in Jahren aktiver Erwerbstätigkeit zur Altersvorsorge angesammelt worden, so widerspräche es dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, wenn die Zinsen trotz Inflation in voller Höhe der Besteuerung unterworfen würden (BVerfG v. 19.12.1978 – 1 BvR 335/76, BStBl. II 1979, 308). Unter diesen Voraussetzungen wird ein Erl. aus sachlichen Billigkeitsgründen von der Rspr. befürwortet (FG Berlin v. 8.2.1984 – II 478/81, EFG 1984, 481, rkr.).

Das Gesetz zum Abbau der kalten Progression v. 20.2.2013 (BGBl. I 2013, 283; BStBl. I 2013, 186) hat hieran im Prinzip nichts geändert. Durch dieses Gesetz wurde lediglich der StTarif (§ 32a) für die VZ 2013 und 2014 angepasst. Es wurden jedoch keine strukturellen Maßnahmen zur Bereinigung der stl. Bemessungsgrundlage oder einer automatischen Anpassung des StTarifs an die Geldentwertung eingeführt.

IV. Verfassungsmäßigkeit des § 20

1. Strukturelles Erhebungsdefizit bis Veranlagungszeitraum 2008

7

Schrifttum: GILOY, Zur Besteuerung von Kapitalerträgen nach dem Zinsabschlaggesetz, FR 1992, 605; HACKMANN, Meldepflicht für Kapitalerträge als Alternative zur „Abgeltungssteuer“ verbunden mit einer Erhöhung des Sparer-Freibetrags, BB 1992, Beilage 11; JACOB, Gedanken zur Verfassungsmäßigkeit der neuen Zinsbesteuerung, DStR 1992, 893; LINDBERG, Die Besteuerung der Zinseinkünfte ab 1.1.1993, DStR 1992, 1493; LINDBERG, Das Zinsabschlaggesetz, München 1992; ZEITLER, Neuregelung der Zinsbesteuerung ab 1993, DStR 1992, 513; MARQUARDT/HAGENBUCHER, Die Zinsabschlagsteuer – eine Aufgabe und Belastung der Kreditwirtschaft, DB 1992, 2265; PAUS, Die neue Zinsbesteuerung, Herne/Berlin 1992; REISS, Verteilung des Sparer-Freibetrags nach dem neuen Zinsabschlaggesetz im Fall des Vorliegens verschiedener „Quellen“ bei einem Schuldner oder Kreditinstitut, DB 1992, 2213; RIEGLER, Entlastung von Abzugssteuern auf Dividenden und Zinsen durch die Doppelbesteuerungsabkommen und das Steueränderungsgesetz 1992, DB 1992, 1595; RIEGLER/SALOMON, Entlastung von Abzugssteuern auf Dividenden und Zinsen durch die Doppelbesteuerungsabkommen, DB 1992, 1595; STUHRMANN, Über das Zinsabschlaggesetz, NJW 1992, 2466; BUNDESSTEUERBERATERKAMMER, Stellungnahme zum Entwurf eines Zinsabschlaggesetzes, DStR 1992, 696; CARL/KLOS, Bankgeheimnis und Quellensteuer im Vergleich internationaler Finanzmärkte, Herne/Berlin 1993; HARENBERG/IRMER, Die Neuregelung der Zinsbesteuerung, NWB 1994 Fach 3, 8411; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin 1993; BULLINGER/RADKE,

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

Veranlagungszeiträume bis 1992: Das BVerfG hat mit der Entscheidung v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654) festgestellt, dass im VZ 1981 eine erhebliche ungleiche Belastung derjenigen Stpfl. bestanden habe, die ihre Zinseinkünfte ordnungsgemäß erklärt hätten, gegenüber denjenigen, die diese Einkünfte verschwiegen hätten oder infolge mangelhafter Ausgestaltung des Erhebungsverfahrens nicht zur ESt herangezogen worden seien. Eine das Grundrecht aus Art. 3 GG verletzende Ungleichheit sah das Gericht gleichwohl als – noch – nicht gegeben an. Als wesentliche Ursache für diesen mangelhaften Rechtszustand stellte das BVerfG den sog. Bankenerlass („Richtlinie für die finanzbehördlichen Ermittlungen bei Kreditinstituten“) v. 31.8.1979 (BStBl. I 1997, 590) heraus, der mit StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224) als § 30a mW ab 3.8.1988 in die AO übernommen worden war. Danach sei immer noch eine wirksame Ermittlung und Kontrolle der Einkünfte aus Kapitalvermögen schwierig. Nach § 30a Abs. 3 AO ist die Ausfertigung von Kontrollmitteilungen nicht erlaubt, soweit bei der Errichtung der Guthabenkonten oder Depots eine Legitimationsprüfung nach § 154 Abs. 2 AO vorgenommen worden ist; allerdings dürfen nach näherer Maßgabe des § 30a Abs. 5 AO Auskunftersuchen an die Kreditinstitute gerichtet werden, s. BFH v. 9.12.2008 (VII R 47/07, BStBl. II 2009, 509). Das BVerfG gab dem Gesetzgeber mit dem Urt. v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654) auf, spätestens mW zum 1.1.1993 durch hinreichende gesetzliche Vorkehrungen für die Zukunft die Belastungsgleichheit aller Stpfl. im Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu gewährleisten. Dabei sollte von folgenden Grundsätzen ausgegangen werden:

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

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

Veranlagungszeiträume 1993 bis 2008: Der Gesetzgeber ist der Aufforderung des BVerfG durch das Gesetz zur Neuregelung der Zinsbesteuerung, das sog. ZinsabschlagG v. 9.11.1992 (BGBl. I 1992, 1285; BStBl. I 1992, 682) gefolgt und hat die Besteuerung der Kapitalerträge aus Abs. 1 Nr. 7 (Erträge aus sons-

tigen Kapitalforderungen) neu geregelt. Wesentliche Änderungen waren die Ausweitung der KapErtrSt (30 %, bei Tafelgeschäften 35 %) auf Zinserträge iSv. Abs. 1 Nr. 7 und die Erhöhung des Sparerfreibetrags (Abs. 4 aF) auf 6000 DM bzw. 12000 DM für zusammenveranlagte Ehegatten (Einzelheiten dazu HARENBERG/IRMER, NWB 1994 Fach 3, 8411). Bereits im Gesetzgebungsverfahren (s. BULLINGER/RADKE, Kommentar zum Zinsabschlag, 1994, 3 ff., Rn. 9 ff.) sind massiv verfassungsrechtl. Bedenken gegen den von der BReg. vorgelegten Gesetzentwurf geäußert worden. Die SPD-Fraktion und der BRat wandten sich insbes. gegen die Beibehaltung des § 30a Abs. 3 AO (Anl. 2 zum Protokoll der BTDrucks 12/2736; BRDrucks. 12/2690). Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Zinsbesteuerung hat das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde in einer Strafsache wegen Steuerhinterziehung bei Spekulationseinkünften für nicht zulässig erklärt (BVerfG. v. 8.11.2006 – 2 BvR 620/03, HFR 2007, 276). Der Vorlagebeschluss des FG Köln v. 22.9.2005 – 10 K 1880/05, EFG 2005, 1878, ist durch Kammerbeschluss des BVerfG v. 25.2.2008 (2 BvL 14/05, HFR 2008, 756) ebenfalls für unzulässig erklärt worden.

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

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

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

8 2. Verfassungsmäßigkeit der abgeltenden Kapitalertragsteuer (Abgeltungsteuer)

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

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

► *Systemwechsel gerechtfertigt:* Der mit der Einführung der Abgeltungsteuer verbundene Verstoß gegen das gleichheitsrechtl. verankerte Gebot der Gleichbehandlung aller Einkunftsarten ist uE verfassungsrechtl. gerechtfertigt (glA ECKHOFF, FR 2007, 989; WEBER-GRELLET, NJW 2008, 545; MUSIL, FR 2010, 149; TREIBER in BLÜMICH, § 20 Rn. 46; aA ENGLISCH, StuW 2007, 221; zweifelnd TIPKE, StuW 207, 201; FG Nürnberg v. 3.7.2013 – 3 K 448/13 nv., juris, rkr.). Zunächst einmal ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG selbst in seinem Zins-Urteil v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239) eine Quellensteuer mit abgeltender Wirkung zur Beseitigung des bei den Kapitaleinkünften bestehenden strukturellen Vollzugsdefizits vorgeschlagen hat. Des Weiteren hat das BVerfG ausdrücl. anerkannt, dass eine Ungleichbehandlung verschiedener Einkunftsarten bei Vorliegen ausreichender Rechtfertigungsgründe zulässig ist, also nicht per se einen

Verfassungsverstoß darstellt (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766). Auch ein Systemwechsel, wie er mit der Einführung einer Schenksteuer verbunden ist, ist dem Gesetzgeber nach der Rspr. des BVerfG nicht grds. verwehrt (BVerfG v. 9.12.2008 – 1 BvL 1/07, DStR 2008, 2460; dazu DRÜEN, Ubg 2009, 23; HEY, DStR 2009, 2561). Als Rechtfertigungsgründe sind die Vermeidung struktureller Vollzugsdefizite, die Vereinfachung des Steuerverfahrens und die Verbesserung des Steuerstandorts verfassungsrechtl. anzuerkennen. Mögen die einzelnen Gründe je für sich einen so tiefgreifenden Systemwechsel nicht rechtfertigen, sind sie uE jedoch in der Summe geeignet, die verfassungsrechtl. Zulässigkeit der Abgeltungsteuer zu begründen. Zwar muss eingeräumt werden, dass die Ausgestaltung der Abgeltungsteuer höchst komplex geraten ist, wodurch die angestrebte Vereinfachung des Gesetzesvollzugs und die Vollzugseffizienz teilweise konterkariert werden. Trotz der im Einzelnen ausgesprochen kompliziert geratenen Einzelregelungen kommt es jedoch in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich zu einer Vereinfachung des Gesetzesvollzugs, so dass dieser Mangel nicht so gravierend ist, die Einführung der Abgeltungsteuer in toto als verfassungswidrig erscheinen zu lassen.

Einführung einer Bruttobesteuerung: Das System der Abgeltungsteuer stellt für laufende Erträge eine Bruttobesteuerung dar, weil ein Abzug der tatsächlich angefallenen WK nach Abs. 9 ausgeschlossen ist und lediglich ein Sparer-Pauschbetrag von 801/1 602 € gewährt wird. Eine Bruttobesteuerung verstößt gegen das objektive Nettoprinzip, welches als tragendes Prinzip der Einkommensbesteuerung zumindest bei einer Prüfung der folgerichtigen Ausgestaltung einer einmal vom Gesetzgeber getroffenen Belastungsentscheidung zum verfassungsrechtl. Prüfungsmaßstab wird (BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1-2/07, 1-2/08, BStBl. II 2009). Der Gesetzgeber darf das objektive Nettoprinzip beim Vorliegen gewichtiger Gründe durchbrechen und sich dabei generalisierender, typisierender oder pauschalierender Regelungen bedienen (BVerfG v. 7.12.1999 – 2 BvR 301/98, BStBl. II 2000, 162). Dabei darf Vereinfachung aber nicht unverhältnismäßig sein. Das ausnahmslos geltende Abzugsverbot der tatsächlichen WK ist jedoch uE nicht verhältnismäßig (aA WERNSMANN, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 101: die mit dem WK Abzugsverbot verbundenen Nachteile werden durch den Vorteil eines niedrigeren StSatzes ausreichend kompensiert; JACHMANN, DStJG 34 [2011], 252 [258]; MUSIL, FR 2010, 149 [152]; WEBER-GRELLET, NJW 2008, 545 [548]; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 28). Das Abzugsverbot kann insbes. bei fremdfinanzierten Kapitalanlagen eine Substanzsteuerwirkung entfalten, wenn der Nettoertrag unter dem Abgeltungsteuersatz liegt (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. A 164; KÄMMERER, DStR 2010, 27 [29]). Um einen solchen schwerwiegenden Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip zu vermeiden, hätte der Gesetzgeber dem Stpfl. eine voraussetzungslose Optionsmöglichkeit zur Besteuerung nach den allgemeinen Grundsätzen einräumen müssen (glA WENZEL, DStR 2009, 1182; aA MUSIL, FR 2010, 149). Dies würde auch den mit der Einführung der Abgeltungsteuer (zulässigerweise) beabsichtigten Vereinfachungszweck nicht in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen, wie man an den bereits bestehenden Veranlagungswahlrechten und Optionsmöglichkeiten des § 32d erkennen kann.

► *Günstigerprüfung:* Das FG Ba.-Württ. hält das WK-Abzugsverbot für verfassungswidrig, wenn die Kapitaleinkünfte im Rahmen der Günstigerprüfung nach § 32d Abs. 6 in die reguläre Veranlagung einbezogen und mit dem niedrigeren individuellen StSatz belegt werden. In diesem Fall sei die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips nicht verfassungsrechtl. ausreichend gerechtfertigt.

Das Gericht vertritt die Auffassung, dass sich die Verfassungswidrigkeit durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 32d Abs. 6 vermeiden ließe (FG Ba.-Württ. v. 17.12.2012 – 9 K 1637/10, EFG 2013, 1041, nrkr., Az. BFH VIII R 13/13). Einer verfassungskonformen Auslegung steht uE der erkennbare eindeutige gesetzgeberische Wille zur Anwendung des WK-Abzugsverbots auch in Fällen des § 32d Abs. 6 entgegen. Das Gericht hätte die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit dem BVerfG zur Entscheidung vorlegen müssen.

Beschränkung der Verlustverrechnung: Verluste können nach Abs. 6 nur mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen, Verluste aus Aktiengeschäften können sogar nur mit Gewinnen aus ebensolchen Geschäften verrechnet werden (Abs. 6 Satz 5). Jede Verlustverrechnungsbeschränkung wirft die Frage nach ihrer verfassungsrechtl. Zulässigkeit auf, weil die Einschränkung der Verlustverrechnung eine Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzip darstellen kann, die verfassungsrechtl. nur zulässig ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (STAPPERFEND, DStJG 24 [2001], 331; LANG/ENGLISCH, StuW 2005, 3).

► *Die allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung* des Abs. 6 ist uE verfassungsgemäß. Der Gesetzgeber sieht die Beschränkung der Verlustverrechnung nach Abs. 6 im Rahmen einer Schedulenbesteuerung zu Recht als systemimmanent an. Der niedrige Sondertarif von 25 % berechtigt dazu, von den allgemeinen steuerrechtl. Regelungen über den einkünfteübergreifenden Verlustausgleich abzuweichen (BTDrucks. 16/4841, 100; JACHMANN, DStJG 34 [2011], 252 [263]; ECKHOFF, FR 2007, 989 [990]; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 28; aA ENGLISCH, StuW 2007, 221; krit. auch JOCHUM in KSM, § 20 Rn. A 168).

► *Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktienverluste:* Dagegen ist die spezielle Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 Satz 5 für Veräußerungsverluste aus Aktiengeschäften, die ausschließlich fiskalisch motiviert ist (BTDrucks. 16/5491, 37), verfassungswidrig (ENGLISCH, StuW 2007, 221; JACHMANN, DStJG 34 [2011], 252 [263]; JOCHUM, DStZ 2010, 309 [313]; SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 640; OHO/LENZ, DB 2007, 1322; VON BECKERATH in KIRCHHOFF XII, § 20 Rn. 11). Auch wenn die Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 als systembedingte Folge einer Schedulenbesteuerung zulässig ist, bedarf es aus verfassungsrechtl. Sicht einer besonderen Rechtfertigung, Aktiengeschäfte wiederum anders als die übrigen Einkünfte aus Kapitalvermögen zu behandeln. Im Kern begründet der Gesetzgeber die Sonderregelung für Verluste aus Aktiengeschäften mit einem rein fiskalischen Argument, indem er auf die „abstrakt drohenden Haushaltsrisiken“ abstellt. Allein das Fiskalinteresse des Staats stellt aber keinen verfassungsrechtl. Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung dar (BVerfG v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60; v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766; v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BFH/NV 2009, 338; glA ENGLISCH, StuW 2007, 221; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. A 169). Auch die Rechtfertigung, die der BFH für die Verfassungsmäßigkeit der eingeschränkten Verrechenbarkeit von Verlusten gem. § 23 Abs. 3 Satz 8 aF angeführt hat, kann auf die Neuregelung uE nicht übertragen werden. Der BFH sah in der Möglichkeit, Verluste innerhalb der Haltefrist des § 23 aF zu realisieren, Gewinne dagegen erst nach Ablauf der Frist und somit stfrei vereinnahmen zu können, eine Missbrauchsmöglichkeit, der der Gesetzgeber mit einer Verlustverrechnungsbeschränkung begegnen durfte (BFH v. 18.10.2006 – IX R 28/05, BStBl. II 2007, 259). Da für nach 2008 angeschaffte Aktien die Veräußerung unabhängig von einer Haltefrist stpf. ist, kann die Verrechnungsbeschränkung nicht mehr als Norm zur Missbrauchsbekämpfung ge-

rechtfertigt werden. Somit sind verfassungsrechtl. Zweifel an der restriktiven Verrechnungsbeschränkung des Abs. 6 Satz 5 durchaus gerechtfertigt. Darüber hinaus ist es sachlich nicht gerechtfertigt, Aktien schlechter als Aktienzertifikate und Aktienfonds-Anteile zu behandeln (JOCHUM, DStZ 2010, 309 [313]; DINKELBACH, DB 2009, 870 [873]; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 11).

► *Einbeziehung von Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1*: Die Einbeziehung von Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 in die Abgeltungsteuer ist uE verfassungswidrig (HEY in TIPKE/LANG, 21. Aufl. 2013, § 11 Rn. 20; ENGLISCH, StuW 2007, 221; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. A 161; JACHMANN, DSjG 34 [2011], 252 [261]; INTEMANN, DB 2007, 1658; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 26; aA ECKHOFF, FR 2007, 989; KOSS in KORN, § 32d Rn. 16). Private Gewinnausschüttungen, die der Abgeltungsteuer unterliegen, werden im Verhältnis zu betrieblichen Gewinnausschüttungen, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, schlechter gestellt (LOOS, DB 2007, 704; RÄDLER, DB 2007, 988). Bei einer Zusammenschau beider Besteuerungsebenen werden Dividendenzahlungen unter dem Regime der Abgeltungsteuer und dem Regime des Teileinkünfteverfahrens mit einem annähernd gleichen StSatz belegt (BTDruks. 14/2683, 96). Dennoch können Aufwendung im Rahmen der Teileinkünfteverfahrens zu 60 % abgezogen werden, während für abgeltungsbesteuerte Gewinnausschüttungen ein WK-Abzug nach Abs. 9 ausgeschlossen ist. Teileinkünfteverfahren und Abgeltungsteuer folgen unterschiedlichen Besteuerungskonzepten, weil im Teileinkünfteverfahren die Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns mit KSt berücksichtigt wird, während die Vorbelastung bei der Abgeltungsteuer unberücksichtigt bleibt. Auch wenn man mit dem BVerfG annimmt, dass die Berücksichtigung einer Vorbelastung verfassungsrechtl. nicht geboten ist (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766), ist ein Nebeneinander zweier unterschiedlicher Besteuerungssysteme für wirtschaftlich identische Einnahmen nicht verfassungsgemäß (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. A 161). Eine Differenzierung allein aufgrund der Zuordnung zu verschiedenen Einkunftsarten ist verfassungsrechtl. nicht zulässig (BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88). Ein besonderer sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich (glA HEY in TIPKE/LANG, 21. Aufl. 2013, § 11 Rn. 20; OHO/LENZ, DB 2007, 1322). Ein sachlicher Grund kann auch nicht in der Einführung einer Schedulingbesteuerung gesehen werden, weil die Sonderbehandlung privater Kapitaleinkünfte deren Besserstellung durch niedrige Besteuerung erreichen will, Dividendenzahlungen durch die Integration in das System der Abgeltungsteuer aber gerade schlechter gestellt werden (INTEMANN, DB 2007, 1658). Auch die (nicht belegte) Annahme, private Kapitalanleger würden eine Investition seltener fremdfinanzieren als dies im betrieblichen Bereich erfolgen würde (so ECKHOFF, FR 2007, 989), stellt keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund dar.

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

V. Geltungsbereich des § 20

9 1. Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich

Die Vorschrift gilt sowohl für die ESt als auch für die KSt (§ 8 Abs. 1 KStG). Im Rahmen der KSt hat § 20 wegen § 8 Abs. 2 KStG unmittelbar nur für KStpfl. iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 KStG, die nicht stbefreit sind, Bedeutung. Mittelbare Bedeutung erlangt § 20 im Rahmen von § 8b KStG (s. Anm. 16) sowie wegen § 5 Abs. 2 Nr. 1 KStG auch bei stbefreiten Körperschaften. Steuersubjekt ist grds. der Inhaber der Kapitalbeteiligung oder derjenige, der Inhaber eines Kapitalvermögens ist, das einem Dritten zur Nutzung gegen Entgelt überlassen wird. Seit VZ 2009 werden nicht mehr allein die Früchte einer Kapitalbeteiligung (Gewinnausschüttungen) oder eine Kapitalüberlassung auf Zeit (Zinsen), sondern neben den Einnahmen aus Stillhaltergeschäften auch die realisierten Erlöse aus einer Veräußerung der Kapitalbeteiligung, sonstiger, verbriefter oder unverbriefteter Kapitalforderungen und die Erlöse aus Termingeschäften erfasst. Mit Einführung der abgeltenden KapErtrSt gibt es im Bereich des § 20 keine nicht stbaren laufenden oder einmaligen Kapitalerträge oder Veräußerungseinnahmen mehr.

10 2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

Schrifttum: MITTELBACH, Freianteile ausländischer Kapitalgesellschaften, FR 1960, 267; Koss, Die Besteuerung der ausländischen Wertpapiererträge, StWa. 1960, 133; VESELY/KUMPF, Stille Beteiligung ausländischer Gesellschafter an der „eigenen“ GmbH, RIW/AWD 1977, 309; KESSLER, Beschränkte Einkommensteuerpflicht bei Einkünften aus Kapitalvermögen, das durch Grundschuldvormerkung auf ausländischen Grundstücken gesichert ist?, FR 1979, 57; LOTZ/WREDE, Die Grenzen der Fremdfinanzierung der Kapitalgesellschaften unter Beteiligung von Ausländern, JbFStR 1979/80, 434 und 451; STURM, Die Besteuerung von Dividenden und Zinsen aus ausländischen Wertpapieren, WM 1979, 457; STRECK, Immobilieninvestitionen von Ausländern im Inland durch Einschaltung einer ausländischen Kapitalgesellschaft, BB 1984, 1999.

Im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht werden nur bestimmte Einkünfte iSv. § 20 erfasst. Insbesondere Einkünfte aus festverzinslichen, nicht besicherten Forderungen (zB Gesellschafterdarlehen, Einlagen bei Kreditinstituten) unterliegen nicht der beschränkten StPfl.

► *Einkünfte aus Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, aktienähnlichen Schuldverschreibungen, partiarischen Darlehen, stillen Beteiligungen und Versicherungsverträgen:* Hiervon werden Einkünfte iSv. Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 6 und 9 (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Halbs. 1) sowie Erträge aus Wandelanleihen und Gewinnobligationen (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Halbs. 2) sowie Genussrechten, die nicht unter Abs. 1 Nr. 1 fallen (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. bb), erfasst. Letzteres entspricht im Wesentlichen den Kapitalerträgen iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Der erforderliche Inlandsbezug wird in diesen Fällen dadurch hergestellt, dass der Schuldner Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland haben muss (zu § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa vgl. § 49 Anm. 850) oder dass ein sog. Tafelgeschäft (§ 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb) vorliegt. Der Hinzurechnungsbetrag (§§ 7 ff. AStG) gehört zwar zu den Einkünften aus Abs. 1 Nr. 1 (vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 1 AStG), ist aber bereits nach § 7 Abs. 1 AStG nur bei unbeschr. Stpfl. anzusetzen.

- ▶ *Bestimmte Einkünfte aus Anteilen an Investmentfonds*: Der Inlandsbezug wird in vergleichbarer Weise wie bei Einkünften aus Anteilen bestimmt. Der beschränkten StPflcht unterliegt der sog. inländ. Dividendenanteil (§ 7 Abs. 3 InvStG; vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa) sowie im Übrigen Fälle des Tafelgeschäfts (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. bb).
- ▶ *Zinsen aus grundpfandrechtlich besicherten Forderungen*: Der Inlandsbezug bestimmt sich in diesen Fällen ohne Rücksicht auf die Ansässigkeit des Schuldners durch die Besicherung mit inländ. Grundbesitz, durch inländ. grundstücksgleiche Rechte oder durch Schiffe, die in ein inländ. Register eingetragen sind (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. aa).
- ▶ *Bestimmte Kapitalerträge aus Tafelgeschäften*: Schließlich unterliegen Erträge aus bestimmten girosammelverwahrten Papieren im Fall des Tafelgeschäfts bei inländ. Zahlstellen (s. im Einzelnen § 49 Anm. 856) der beschränkten StPflcht (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d). Dies gilt sowohl für laufende Erträge (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d mit Verweis auf § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. a) als auch für Veräußerungs- bzw. Einlösungsfälle (Verweis auf § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 = indirekter Verweis auf Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und 2 sowie auf § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 = indirekter Verweis auf Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b und Nr. 7).
- ▶ *Doppelbesteuerungsabkommen können Einschränkungen des Besteuerungsrechts enthalten*:
 - ▷ *Dividenden*: Für Einkünfte aus Gesellschaftsanteilen sieht Art. 10 OECD-MA ein Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaats sowie ein Quellenbesteuerungsrecht des Quellenstaats vor. Der zulässige Quellensteuersatz beträgt üblicherweise 15 %, bei sog. Schachtelbeteiligungen idR 5 %. Es gilt insoweit allerdings der abkommensrechtl. Dividendenbegriff (Art. 10 Abs. 3 OECD-MA). Die meisten deutschen DBA sehen vor, dass Einkünfte aus (typisch) stiller Gesellschaft und Investmentanteilen sowie zT auch Einkünfte aus partiarischen Darlehen, Wandelanleihen und Gewinnobligationen zu den Dividenden gehören. Dies dient der Absicherung der beschränkten StPflcht dieser Einkünfte.
 - ▷ *Zinsen*: Im Hinblick auf Zinsen enthalten die deutschen DBA uneinheitliche Regelungen. Teilweise besteht ein Quellenbesteuerungsrecht, teilweise auch ein ausschließliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaats.
 - ▷ *Quellensteuerentlastung*: KapErtrSt ist zunächst unbeschadet eines etwa bestehenden DBA zu erheben (§ 50d Abs. 1 Satz 1). Das Verfahren zur Quellensteuerentlastung (Erstattung oder Freistellung) ist in § 50d geregelt.

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

VI. Verhältnis des § 20 zu anderen Vorschriften

11 1. Verhältnis zu anderen Einkunftsarten

Mit der Einführung der sog. Abgeltungsteuer im Jahr 2008 wurden die Einkünfte aus Kapitalvermögen aus dem synthetischen Einkünftebegriff des EStG herausgelöst und bilden nunmehr eine eigene Schedule (s. auch § 2 Anm. 531 ff.). Für diese gelten besondere Einkünfteermittlungsvorschriften (insbesondere § 2 Abs. 2 Satz 2), ein besonderer Steuersatz (§ 32d) sowie besondere Vorschriften über die StErhebung (KapErtrStAbzug, §§ 43 ff.). Damit wurde faktisch eine duale ESt eingeführt.

Einkünfte iSd. § 2 stammen grds. aus der privaten Beteiligung an Körperschaften oder aus der Nutzungsüberlassung von Kapitalvermögen gegen Entgelt sowie der Veräußerung von Kapitalanlagen und der Veräußerung gleichgestellte Vorgänge, zB Einlösung, Rückzahlung, Abtretung und verdeckter Einlage in PersGes. Bei Zugehörigkeit zu den betrieblichen Einkunftsarten und zu den Einkünften aus VuV gehen diese Einkunftsarten entsprechend der Subsidiaritätsregel in Abs. 8 vor; s. Anm. 659.

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

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

► *Veräußerungsgewinne* werden seit Einführung der Abgeltungsteuer von Abs. 2 erfasst; zur Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen s. Anm. 510 ff., zur Veräußerung einer stillen Beteiligung Anm. 490 ff. Der Veräußerungsgewinn einer Beteiligung an einer KapGes. von mindestens 1 % wird über § 17 als Einkünfte aus Gewerbebetrieb erfasst. Diese Vorschrift gilt im Fall der Auflösung und Kapitalherabsetzung entsprechend (§ 17 Abs. 4); nach § 17 Abs. 4 iVm. Abs. 1 Nr. 2 allerdings nur, soweit im Fall der Liquidation oder Kapitalherabsetzung die Bezüge als Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 KStG gelten. Zur Behandlung derartiger Liquidationsgewinne bei Beteiligung von weniger als 1 % s. Anm. 531.

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

Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit: Das Verhältnis von § 20 zu § 19 wird in Abs. 8 nicht geregelt. Die Zuordnung der Einnahmen wird wesentlich davon bestimmt, wodurch sie veranlasst sind. Bei Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis führen die Einnahmen zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19). Sind die Einnahmen dagegen durch eine Kapitalüberlassung veranlasst, so gehören sie zu Abs. 1 oder 2. Zinsen, die auf ein im Betrieb des ArbG aus Arbeitslohn gebildetes Darlehen entfallen, sind Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7 (FG Nürnberg, v. 27.6.1978 – II 165/74, EFG 1979, 23, rkr.); zu Einnahmen bei Doppelstellung des stillen Gesellschafters s. Anm. 670; zu Zinsen aus Arbeitnehmerdarlehen s. Anm. 670. Überhöhte Tätigkeitsvergütungen eines

GesGf. einer KapGes. sind in angemessenes Arbeitsentgelt (Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit iSd. § 19) und vGA (Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Satz 2) aufzuteilen; s. Anm. 85 ff.

Sonstige Einkünfte (§§ 22, 23) sind gegenüber § 20 ihrerseits subsidiär (§ 22 Nr. 1 Satz 1, Nr. 3 Satz 1 und § 23 Abs. 2). Bei Leibrenten gehören die Einnahmen aus dem Rentenrecht (Unterschiedsbetrag) nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, sondern fallen unter § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa (s. Anm. 235 und § 22 Anm. 301 ff.). Dies gilt ebenso für den Ertragsanteil (Zinsanteil) iSd. § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb. Dagegen gehören Renten aus Rentenschulden iSd. § 1199 BGB zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 5); s. Anm. 235.

2. Verhältnis zum AStG, InvStG und REITG

12

§ 20 ist nicht nur die materiell-rechtl. Grundnorm für die Besteuerung der in Abs. 1 und 2 aufgeführten Einnahmearten, sondern auch Rechtsgrundlage für die Besteuerung des Hinzurechnungsbetrags (§ 10 Abs. 2 Satz 1 AStG) und die in den beiden Spezialgesetzen InvStG v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2676) und REITG v. 28.5.2007 (BGBl. I 2007, 914) normierten StPflcht von Einkünften aus Anteilen an Investmentfonds (§ 2 Abs. 1 InvStG) und Kapital-Investitionsgesellschaften (§ 19 InvStG) sowie Erträgen aus der Beteiligung an einer REIT-AG, anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen (§ 19 REITG). § 10 AStG, §§ 2 Abs. 1, 19 InvStG und § 19 Abs. 1 und 2 REITG stellen Sonderregeln für die Besteuerung der unbeschr. stpfl. Gesellschafter einer Zwischengesellschaft bzw. für Inhaber von Anteilen an Investmentfonds und Kapital-Investitionsgesellschaften oder einer REIT-AG bzw. einer anderen REIT-Körperschaft, -Personenvereinigung oder -Vermögensmasse dar. Der Hinzurechnungsbetrag, die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge, die Einkünfte aus einer Kapital-Investitionsgesellschaft sowie die Gewinnausschüttungen einer REIT-AG bzw. einer anderen REIT-Körperschaft, -Personenvereinigung oder -Vermögensmasse gehören zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 soweit die entsprechenden Anteile im PV gehalten werden. Der Gewinn aus der Veräußerung oder Rückgabe von Anteilen an Investmentfonds und Kapital-Investitionsgesellschaften im PV und aus der Veräußerung von im PV gehaltenen Anteilen an einer REIT-AG bzw. einer anderen REIT-Körperschaft, -Personenvereinigung oder -Vermögensmasse gehört zu den Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (vgl. § 8 Abs. 5 Satz 1, § 19 Abs. 3 Sätze 1 und 2 InvStG sowie § 19 Abs. 2 REITG).

3. Verhältnis zu Steuerermäßigungen und Steuerbefreiungen

13

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

Verhältnis zu § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d: Das in § 3 Nr. 40 geregelte Halbeinkünfteverfahren betraf bis 2008 lediglich die Ermittlung der Höhe der stpfl. Einnahmen im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen, nicht aber die Steuerbarkeit der Gewinnausschüttungen an sich. Der Begriff „Halbeinkünfte-

verfahren“ war deshalb irreführend. Nicht die Hälfte der Einkünfte, sondern die Hälfte der stbaren Einnahmen war der Ermittlung der stpfl. Einkünfte zugrunde zu legen. Dividendeneinnahmen und Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 waren bei natürlichen Pers. und PersGes. somit zur Hälfte stfrei. Das galt unabhängig davon, ob die ausschüttende KapGes. die auf die ausgeschütteten Gewinne entfallende KSt ihrerseits bezahlt hat oder nicht, und unabhängig davon, ob die Anteile im PV oder BV gehalten werden (§ 3 Nr. 40 Satz 2 aF: „auch“). Mit Einführung der abgeltenden KapErtrSt auf Kapitaleinkünfte zum 1.1.2009 mit einem einheitlichen StSatz von 25 % ist das Halbeinkünfteverfahren für Gewinnausschüttungen und Einnahmen aus der Veräußerung von Kapitalbeteiligungen iSd. Abs. 1 entfallen, soweit die Kapitalanlage im PV gehalten wird. Für betriebliche Einnahmen gilt ab 2009 das sog. Teileinkünfteverfahren (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 2 nF: „nur“). Allerdings kann in den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 3 für Einnahmen iSv. Abs. 1 Nr. 1 und 2 bei unternehmerischen Beteiligungen zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens optiert werden (s. § 32d Anm. 46).

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

14 4. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer

Kapitalerträge mit Steuerabzug: Kapitalerträge unterliegen, soweit sie im Katalog des § 43 Abs. 1 enthalten sind, dem KapErtrStAbzug. Die Aufzählung in § 43 Abs. 1 ist enger als die der zu Einkünften aus Kapitalvermögen führenden Einnahmen in § 20. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer wurde die begriffliche Unterscheidung zwischen KapErtrSt und Zinsabschlag aufgegeben. Das Gesetz verwendet durchgängig den Begriff „Kapitalertragsteuer“. Gleichwohl lassen sich die Tatbestände der KapErtrSt nach wie vor aufgrund des jeweiligen Abzugsverpflichteten in Emittentenfälle (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 bis 4 sowie 7a und 7b) und Zahlstellenfälle (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, 7 Buchst. a und Nr. 8 bis 12 sowie Satz 2) unterscheiden, wobei die Zahlstellenfälle weitgehend dem bisherigen Zinsabschlag entsprechen. Die Unterscheidung hat vor allem Bedeutung für eine evtl. Abstandnahme vom StAbzug (§ 44a). In den Zahlstellenfällen wird zudem seit 1.1.2009 auch von ausländ. Kapitalerträgen KapErtrSt einbehalten.

Abgeltende Wirkung: Die KapErtrSt ist seit 1.1.2009 grds. nicht mehr VorausZ auf die ESt. Sie hat nunmehr nach § 43 Abs. 5 Satz 1 abgeltende Wirkung. Mit dem StAbzug durch den Schuldner oder die die Kapitalerträge auszahlenden Stellen (regelmäßig die Kreditinstitute), ist die auf die Kapitaleinkünfte entfallende ESt abgegolten. Für beschr. Stpfl. ergibt sich dies aus § 50 Abs. 5 Satz 1. Kapitalerträge gehen damit grds. nicht mehr in die Veranlagung ein. Für unbeschr. Stpfl. ist diese Abgeltungswirkung aber stark relativiert. Zum einen fällt die Abgeltungswirkung bereits in den in § 43 Abs. 5 Satz 2 normierten Ausnahmefällen weg:

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

Zum anderen kann nach § 43 Abs. 5 Satz 3 iVm. § 32d Abs. 4 praktisch stets eine Veranlagung herbeigeführt werden und sei es nur zur Überprüfung des StEinbehalts.

Kapitalerträge ohne Steuerabzug: Von allen nicht in § 43 erwähnten Einnahmen iSv. § 20 oder sonst zu den Kapitalerträgen rechnenden Einnahmen wird keine KapErtrSt einbehalten. Der Abzug unterbleibt ferner, wenn Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge oder die die Erträge auszahlende Stelle im Zeitpunkt des Zufließens dieselbe Person sind (§ 43 Abs. 2 Satz 1), wenn bei bestimmten Kapitalerträgen (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, 7 und 8 bis 12) der Gläubiger der Erträge ein inländ. Kreditinstitut oder ein inländ. Finanzdienstleistungsinstitut ist (§ 43 Abs. 2 Satz 2). Kapitalerträge, die nicht dem StAbzug unterlegen haben, sind nach § 32d Abs. 3 weiterhin zu erklären und werden in einer besonderen, neben der allgemeinen Veranlagung stehenden Veranlagung zum Abgeltungsteuersatz von 25 % besteuert. Dazu gehören ua. Erträge, die über ein Konto/Depot bei einem ausländ. Kreditinstitut bezogen werden, Zinseinnahmen aus Darlehensverträgen unter Privatpersonen oder StErstattungszinsen des FA iSd. § 233a AO.

5. Verhältnis zu § 32d

15

Zum 1.1.2009 wurde die abgeltende KapErtrSt (Abgeltungsteuer) auf Einkünfte aus Kapitalvermögen eingeführt. Durch die abgeltende Wirkung des KapErtrStAbzugs soll das Veranlagungsverfahren entlastet werden und eine StVereinfachung bei der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte erreicht werden. Kernstück der Abgeltungsteuer ist die Einführung eines gesonderten, linearen StTarifs für Einkünfte aus Kapitalvermögen in § 32d Abs. 1, während es für die übrigen sechs Einkunftsarten bei dem allgemeinen, progressiven StTarif bleibt. Damit wird das System der synthetischen ESt – das allerdings auch zuvor nicht durchbrechungsfrei galt – aufgegeben und eine duale ESt eingeführt. Was materiell-rechtl. in die Schedule der Einkünfte aus Kapitalvermögen gehört, bestimmen nach wie vor § 20 und die Sondervorschriften des InvStG und REITG. Der Hinzurechnungsbetrag (§ 10 AStG) gehört zwar auch zu den Einkünften iSv. Abs. 1 Nr. 1, die Anwendung von § 32d ist jedoch ausdrückl. ausgeschlossen (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 3 AStG). § 20 wurde mit der Unternehmensteuerreform 2008 neu gefasst und nimmt in Abs. 2 nunmehr die Veräußerungstatbestände der § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 4 aF auf, zumindest soweit es die Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen betrifft. Die Einnahmen aus der Veräußerung sonstiger WG des PV, die keine Kapitalforderungen sind, ggf. aber auch als Kapitalanlage genutzt werden, zB Edelmetalle, Münzen, Kunstwerke oder Schmuck, werden weiterhin von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erfasst.

6. Verhältnis zu § 8b KStG

16

Bezüge iSv. Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a eines anderen KStSubjekts als Ausschüttungsempfänger (Gläubiger) sind als Folge der Aufgabe des Anrechnungsverfahrens im Jahr 2001 in voller Höhe kstfrei (§ 8b Abs. 1 KStG). Die

StBefreiung gilt auch für Körperschaften, die einen Gewerbebetrieb unterhalten, insbes. solche iSv. § 8 Abs. 2 KStG. Durch das EuGHDivUmsG wird die StBefreiung nur noch bei Beteiligungen von mindestens 10 % gewährt (vgl. § 8b Abs. 4 KStG nF). Aufgrund des AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809, BStBl. I 2013, 802) gilt die StBefreiung ferner nicht mehr bei sog. hybriden Finanzierungen (vgl. § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG nF). Die KStBefreiung für Veräußerungsgewinne in § 8b Abs. 2 KStG gilt uE auch für Fälle des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bei solchen KStpfl., die keinen Gewerbebetrieb unterhalten. Die StFreistellung für Dividenden und Veräußerungsgewinne gilt auch, wenn die betreffenden Einkünfte mittelbar über eine PersGes. erzielt werden (§ 8b Abs. 6 Satz 1 KStG). Es werden allerdings in beiden Fällen jeweils 5 % der Dividenden bzw. des Veräußerungsgewinns als nicht abziehbare BA angesetzt (§ 8b Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 KStG), so dass im Ergebnis nur 95 % der Dividenden bzw. Veräußerungsgewinne kstfrei sind.

17 7. Verhältnis zum KapErhStG

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

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

18 Einstweilen frei.

VII. Zurechnung der Einkünfte aus § 20

Schrifttum: RUPPE, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung, in TIPKE (Hrsg.), Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht, DStJG 1 (2. Aufl. 1979), 7; MEINCKE, Zivilrechtliche Vorfragen bei der einkommensteuerrechtlichen Übertragung von Einkunftsquellen aus der Sicht des Zivilrechtlers, DStJG 1 (1979), 69; L. SCHMIDT, Subjektive Zurechnung von Einkünften, StJb. 1980/81, 115; BIERGANS/STOCKINGER, Der Einkommensbegriff und zur persönlichen Zurechnung von Einkünften im Einkommensteuerrecht, FR 1982, 1 und 25; STADIE, Die persönliche Zurechnung von Einkünften, Berlin 1983; GROH, Gewinnerzielungsabsicht und Mitunternehmerschaft, DB 1984, 2424; WASSERMAYER, Zum Besteuerungsgegenstand der Einkünfte aus Kapitalvermögen, StuW 1988, 283; HEIDNER, Die rechtsgeschäftliche Treu-

hand im Steuerrecht, DStR 1989, 305; SCHOLTZ, Zurechnung von Einkünften aus Kapitalvermögen insbesondere bei Veräußerung von Kapitalanlagen, DStZ/A 1990, 523; SEIBOLD, Der Tatbestand der Einnahmeerzielung unter besonderer Berücksichtigung der Einkünfte aus Kapitalvermögen, StW 1990, 165; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin 1993, Rn. 45–69; BINNINGER, Der Vorbehaltsfolgenrechtsanspruch an Kapitalvermögen, DStR 1995, 1049; RAUPACH, Die Frage der Zurechnung im Steuerrecht als Problem der Tatbestandsverwirklichung, in BUDDE/MOXTER/OFFERHAUS (Hrsg.), Handelsbilanzen und Steuerbilanzen, Festschrift für Heinrich Beisse, Düsseldorf 1997, 403; ENGEL, Vermögensverwaltende Personengesellschaft und ertragsteuerliche Selbstständigkeit, Diss. Bamberg 2002; ROBERTZ, Die persönliche Zurechnung von Vermögenseinkünften, Münster 2004; WEIBRODT/MICHALKE, Die sonstige Kapitalforderung i.S. von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, DStR 2012, 1533.

1. Allgemeine Zurechnungsgrundsätze

19

Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der sie iSd. § 2 Abs. 1 „erzielt“; s. allg. § 2 Anm. 100–340. Das ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der durch Nutzung von Kapitalvermögen bis zur Veräußerung als letztem Akt dieser Nutzung als Inhaber einer verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderung oder als Anteilseigner am Marktgeschehen teilnimmt. In der Rspr. war lange Zeit umstritten, ob diese Zurechnung nach den allgemeinen Grundsätzen alle in § 20 aufgezählten Tatbestände erfasst; nach Auffassung des I. Senats wird bei Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2 der Tatbestand allein dadurch verwirklicht, dass der Anteilsinhaber im Rahmen seiner Mitgliedschaftsrechte Bezugsberechtigter an den von der Gesellschaft ausgeschütteten Gewinnanteile und sonstigen Bezüge ist (s. Anm. 60 ff.). Mit der Einfügung des früheren Abs. 2a (jetzt Abs. 5) in § 20 durch das StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I 1993, 1853; BStBl. I 1993, 774) ist der Gesetzgeber dieser Auffassung gefolgt.

Danach erzielt derjenige Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2, dem die Anteile am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses nach § 39 AO zuzurechnen sind (s. Anm. 21, s. Kritik in Anm. 20). Damit erhält der Zurechnungstatbestand des § 39 AO, der sich seinem Wortlaut nach lediglich auf WG erstreckt und für die Einkunftserzielung allenfalls indizielle Bedeutung hat, unmittelbare Anwendbarkeit auf Einkünfte aus Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2 (s. Anm. 60 ff.). Bis zu dieser gesetzlichen Regelung war in Schrifttum und Rspr. streitig, nach welchen Grundsätzen die persönliche Zurechnung von Beteiligungserträgen zu erfolgen habe (zum Streitstand s. ua. BFH v. 30.4.1991 – VIII R 38/87, BStBl. II 1991, 574; v. 14.12.1999 – VIII R 24/99, BFH/NV 2000, 707; FG Ba.-Württ., Außen-senate Freiburg, v. 15.9.1993 – 2 K 99/89, EFG 1994, 353, rkr.).

Unterschiedlich beurteilt wurde vor allem, ob eine von der Regel des § 101 BGB abweichende Vereinbarung der Berechtigten auch für die estrechtl. Zurechnung von Einkünften zu beachten ist. Darüber hinaus wurde – vor allem für die Beteiligungserträge iSv. Abs. 1 Nr. 1 und 2 – aber auch die Regel des § 101 Nr. 2 Halbs. 2 BGB selbst – als unbeachtlich angesehen; die Erträge bestimmten sich nach dem zwischen der KapGes. und dem jeweiligen Gesellschafter bestehenden Rechtsverhältnis und seien deshalb demjenigen zuzurechnen, der bei Entstehung einer Dividendenforderung bezugsberechtigter Gesellschafter sei (so ua. die Rspr. des I. Senats des BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399; v. 17.12.1997 – I R 30/97, BFH/NV 1998, 1093).

20 **2. Bedeutung der allgemeinen Zurechnungsgrundsätze für § 20**

Nach allgemeinen Grundsätzen (s. § 2 Anm. 100–340) sind Einkünfte dem StSubjekt zuzurechnen, das den objektiven StTatbestand verwirklicht, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (§ 3 Abs. 1, § 38 AO), dh. dem Stpfl., der die Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 „erzielt“. Betriebliche Einkünfte und Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit werden durch Tätigkeiten, Einkünfte aus Vermögensverwaltung dagegen aufgrund von Rechtsverhältnissen erzielt, wie die Formulierung in § 24 Nr. 2 zeigt. Gemeinsamer Oberbegriff ist der der Leistung (vgl. § 22 Nr. 3). Das EStG knüpft für die Besteuerung regelmäßig an die durch Leistungen des Stpfl. eingetretene Erhöhung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit an (Leistungsfähigkeitsprinzip, vgl. § 2 Anm. 125). Im Anschluss an RUPPE (DStJG 1 [1979], 7 [18]) sind die Einkünfte demjenigen zuzurechnen, der „über die Leistungserstellung disponieren kann, dh. die Möglichkeit hat, Marktchancen zu nutzen, Leistungen zu variieren, im Extremfall auch zu verweigern, indem er seine Tätigkeit einstellt, Kapital zurückzieht, Mietverhältnisse kündigt etc.“ Soweit RUPPE den Vermögenszuwachs und die Verfügungsmacht darüber als „einkommensteuerlich irrelevant“ erklärt hat, (DStJG 1 [1979], 7 [16]) gilt dies seit der Erweiterung des Abs. 2 um die Veräußerungstatbestände ab 2009 nicht mehr.

Teilnahme am Marktgeschehen: Folgerichtig knüpfen WASSERMEYER (StuW 1988, 283) und SEIBOLD (StuW 1990, 165) in Anlehnung an RUPPE (DStJG 1 [1979], 7) für die Zurechnung von Einkünften aus Kapitalvermögen daran an, wer durch Nutzung von Kapitalvermögen am Marktgeschehen teilnimmt (krit. SCHOLTZ, DStZ/A 1990, 523 [547]). Das sei derjenige, für dessen Rechnung das Kapital zur Erzielung von Erträgen ursprünglich hingegeben worden sei. Solange dieser die Rechtsstellung des Gläubigers aus dem betreffenden Rechtsverhältnis (zB Darlehen) bekleide, seien ihm die Erträge zuzurechnen, unabhängig davon, wann die Erträge gezahlt und wem sie tatsächlich zugeflossen sind (WASSERMEYER, StuW 1988, 283 [288 f.]). Erst mit Übertragung aller Gläubigerrechte, nicht bereits mit Übertragung (Abtretung) des Anspruchs auf die Kapitalerträge, nehme der Rechtsnachfolger am Marktgeschehen teil, mit der Folge, dass nun ihm die Erträge zuzurechnen seien. Im Hapimag-Urteil (BFH v. 21.5.1986 – I R 190/81, BStBl. II 1986, 815) hatte der I. Senat des BFH betont, der Gesellschafter einer KapGes., der eine Bar- oder Sacheinlage leiste, übertrage bei der Erfüllung seiner Einlageverpflichtung auf die KapGes. Kapital weder „zur Nutzung“ noch „gegen ein Nutzungsentgelt“. Entsprechend bemerkt JOCHUM (in KSM, § 20 Rn. B 81), es sei mit der Struktur einer KapGes. unvereinbar, den Gewinnanteil des Gesellschafters als Entgelt für eine Kapitalüberlassung auf Zeit zu verstehen. Das Beispiel einer vom Gesellschafter zu erbringenden Sacheinlage macht nach Auffassung von JOCHUM deutlich, dass dieselbe endgültig als gebundenes Kapital in das Vermögen der KapGes. übergeht und während der Dauer der Mitgliedschaft kein Rückgewähranspruch besteht. Diese Besonderheit zwingt dazu, eine Dividende iSd. Abs. 1 Nr. 1 dem Gesellschafter zuzurechnen, der im Zeitpunkt der Entstehung des konkreten Dividendenanspruchs Gesellschafter sei; so auch Abs. 5 (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. B 82 f.; s. auch Anm. 600 ff.).

Stellungnahme: Richtig ist uE, dass sich die Gesellschafterstellung nicht auf eine entgeltliche Nutzungsüberlassung von Kapital auf Zeit reduzieren lässt. Richtig ist zudem, dass der Gesellschafter im Rahmen seiner umfassenden Gesellschafterstellung verpflichtet ist, eine Einlage zu leisten, die die KapGes. zur

Bildung von Eigenkapital verwendet und dass § 20 diesen Vorgang der entgeltlichen Kapitalüberlassung auf Zeit den Fällen der Abs. 1 Nr. 4–8 gleichstellt. Diese Gleichstellung kommt im Übrigen auch in der Formulierung des Abs. 3 zum Ausdruck, wonach „besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den in Absätzen 1 und 2 bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden“ unterschiedslos zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören. § 20 betrachtet also einheitlich die in den Tatbeständen der Nr. 1 und 2 sowie 4 bis 8 aufgezählten Einnahmen als Erträge eines Kapitalvermögens ohne Rücksicht auf die ihnen zugrundeliegenden unterschiedlichen Rechtsverhältnisse und den dementsprechend unterschiedlichen Nexus, der zwischen Kapitalanlage des Stpfl. einerseits und Kapitalverstärkung beim Empfänger andererseits besteht. Dagegen wird verstoßen, wenn Einnahmen aus Kapitalvermögen nur deswegen dem Stpfl. zugerechnet werden, weil er im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses Gesellschafter ist, denn damit wird der von § 20 zwar rechtl. unterschiedlich gestaltete aber wirtschaftlich gleichbehandelte Nexus zwischen Kapitalanlage und Kapitalzuführung völlig verlassen. Die Auffassung des I. Senats des BFH verkennt uE auch, dass bei allen Tatbeständen des Abs. 1 die AK der Kapitalanlage und der Betrag der Kapitalverstärkung keineswegs identisch sein müssen, auch nicht in den Fällen einer Darlehensgewährung, denn je nach wirtschaftlicher Lage des Gläubigers und nach Höhe der Verzinslichkeit im Verhältnis zum Durchschnittszinssatz mag auch der Erwerber einer Darlehensforderung einen höheren oder niedrigeren Betrag aufwenden als der ursprüngliche Darlehensgeber. Damit erklärt sich zugleich auch, dass in Wahrheit die Sacheinlage in die Kapitalrücklage keine Besonderheit darstellt. Der Gesellschafter macht nachträgliche AK auf seine Beteiligung, erwirbt aber keine neue (zusätzliche) Kapitalanlage.

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

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

3. Verhältnis zu anderen Zurechnungsvorschriften

a) Verhältnis zu § 39 AO

21

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

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

► *Halten der Beteiligung im Auftrag und für Rechnung eines anderen* führt dazu, dass die Einnahmen dem Auftraggeber zuzurechnen sind, entscheidend ist die Dispositionsbefugnis.

► *Treuhandverhältnis:* Die Kapitalanteile und die daraus fließenden Erträge sind dem Treugeber als dem wirtschaftlichen Eigentümer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO) zuzurechnen (Hess. FG v. 8.2.1993 – 4 K 6216/91, EFG 1994, 397, rkr., zur Gründung einer GmbH bei Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses).

► *Sicherungsseigentum:* Zurechnung beim Sicherungsnehmer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, § 159 Abs. 1 AO; BFH v. 13.11.1985 – VIII R 263/80, BFH/NV 1987, 238; v. 25.11.1986 – IX R 51/82, BFH/NV 1987, 158; v. 15.12.1987 – VIII R 281/83, BStBl. II 1989, 16).

► *Eigentumsvorbehalt:* Zurechnung beim Vorbehaltseigentümer, solange er die Rechte und Pflichten der Beteiligung trägt.

► *Zurechnung beim Pfandgläubiger:* Der Pfandgläubiger wird weder durch ein Pfandrecht nach §§ 1212, 1273 Abs. 2 BGB noch nach § 804 ZPO Anteilseigner oder Inhaber einer sonstigen Kapitalforderung. Es bleibt deshalb bei den allgemeinen Grundsätzen der Zurechnung, denn nach Abs. 5 Satz 3 gilt der Nießbraucher oder Pfandgläubiger, dem Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 zuzurechnen sind, als Anteilseigner.

Tatbestände des Abs. 1 Nr. 4 bis 11: Soweit es bei dem Grundsatz bleibt, dass die Einkünfte demjenigen zuzurechnen sind, der über die Kapitalüberlassung am Markt disponieren kann, kommt § 39 AO lediglich indizielle Bedeutung zu (vgl. LANG/SEER, FR 1992, 640; vgl. aber WEIßBRODT/MICHALKE, DStR 2012, 1533 [1534]: „wirtschaftlicher Gläubigerbegriff“). Liegt keine abweichende Dispositionsbefugnis vor und weicht auch das wirtschaftliche Eigentum nicht vom rechtl. ab, kommt es für die zivilrechtl. Rechtsstellung auf das einzelne der Kapitalüberlassung zugrunde liegende Rechtsverhältnis an. Ist das Rechtsverhältnis in einem Wertpapier verkörpert, ist – wenn keine abweichende Dispositionsbefugnis und kein abweichendes wirtschaftliches Eigentum bestehen – die materiell-rechtl. Inhaberschaft am Wertpapier maßgebend (vgl. auch BFH v. 7.7.2011 – IX R 11/10, BFH/NV 2011, 2023 – Tz. 16; v. 26.1.2011 – VIII R 14/10, BFH/NV 2011, 1512, 18).

► *Materiell berechtigter Inhaber eines Wertpapiers,* das ein bestimmtes Forderungsrecht in einer Urkunde verbrieft, ist nach § 793 BGB der zivilrechtl. Eigentümer der Wertpapierurkunde. Er ist Inhaber (Träger) des in der Urkunde verbrieften Rechts (THOMAS in PALANDT, 72. Aufl. 2013, § 793 BGB Rn. 9) und über das Wertpapier zivilrechtl. verfügungsberechtigt. Das Eigentum an der Urkunde geht durch Begebungsvertrag zwischen dem Aussteller der Urkunde (Emittent) zunächst auf den Ersterwerber und auf jeden folgenden Inhaber über, der das Eigentum vom Vorinhaber erwirbt. Ihnen sind strechtl. die Erträge (Zinsen), die vom Aussteller auf die verbrieft Forderung geleistet werden, für die Dauer der Eigentümerstellung zuzurechnen. Zur Berücksichtigung von Stückzinsen s. Anm. 292, 512.

► *Die Maßgeblichkeit der zivilrechtlichen Eigentümerstellung* gilt auch, wenn das Wertpapier für einen bestimmten Zeitraum auf einen Pensionsnehmer entgeltlich übertragen wird (BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272, für echte

Wertpapierpension). Als zivilrechtl. Inhaber des in Pension gegebenen Wertpapiers gebühren dem Pensionsnehmer die Erträge des Wertpapiers (aA wohl WEIßBRODT/MICHALKE, DStR 2012, 1533 [1534]).

b) Verhältnis zu § 101 BGB

22

Die frühere Rspr. des BFH bis zur Einführung des Abs. 2a (heute Abs. 5) durch das StandOG v. 13.9.1993, insbes. die Rspr. des VIII. Senats, sah die Tatbestandsverwirklichung in allen Fällen des Abs. 1 in der entgeltlichen zeitlich begrenzten Kapitalüberlassung und rechnete die Einnahmen demjenigen zu, dem sie nach § 101 Nr. 2 Halbs. 2 BGB zivilrechtl. gebührten (BFH v. 13.5.1980 – VIII R 63/79, BStBl. II 1981, 295; v. 13.5.1980 – VIII R 128/78, BStBl. II 1981, 299; v. 13.5.1980 – VIII R 75/79, BStBl. II 1981, 297; v. 9.3.1982 – VIII R 160/81, BStBl. II 1982, 540; v. 14.12.1999 – VIII R 24/99, BFH/NV 2000, 707). Danach waren die Einnahmen im Falle der Rechtsnachfolge zwischen Veräußerer und Erwerber entsprechend der Dauer der Berechtigung aufzuteilen. Da § 101 BGB abweichende Regelungen zulässt, folgte die Rspr. auch mit stl. Wirkung abweichenden Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Erwerber, sofern kein Missbrauch iSd. § 42 AO nachweisbar ist. Von § 101 Nr. 2 Halbs. 2 BGB abweichende vertragliche Regelungen haben den Sinn, Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Vorschrift – insbes. bei Nichtvorliegen von Zwischenabschlüssen, bei nichtkontinuierlicher Gewinnentstehung – Rechnung zu tragen, dass der laufende Gewinn bei Gesellschafterwechsel während des Wj. – je nach den Verhältnissen des Einzelfalls – noch ausschließlich vom Veräußerer oder umgekehrt schon weitgehend vom Erwerber und dessen Einflussnahme bestimmt ist. Gerade insoweit ermöglicht es § 101 BGB durch die Maßgeblichkeit abweichender Regelungen, dass sich die Gesellschafterstellung nicht auf eine reine Kapitalüberlassung reduziert, sondern auch gesellschaftsrechtl. Einflüsse berücksichtigt werden können.

4. Einkünfteerzielung über Personengesellschaften

23

Ebene der Personengesellschaft maßgeblich: Ob die Gesellschafter einer PersGes. in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen, bestimmt sich nach der von der PersGes. ausgeübten Tätigkeit bzw. nach den von der PersGes. eingegangenen Rechtsverhältnissen (vgl. grundlegend BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 [761 f.]). Dies gilt auch für die Veräußerungstatbestände des Abs. 2, insbes. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Die zu § 17 entwickelten Grundsätze (s. § 17 Anm. 88) sind im Rahmen von § 20 ohne Bedeutung. Ob die PersGes. den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet und einen Gewerbebetrieb begründet, bestimmt sich dabei nach allgemeinen Grundsätzen (s. Anm. 650 ff., § 15 Anm. 1100 ff.). Einkünfte aus Kapitalvermögen können nur angenommen werden, wenn die PersGes. nicht die Voraussetzungen von § 15 Abs. 3 erfüllt. Zur Veräußerung des Anteils an der PersGes. sowie zum Ein- und Austritt von Gesellschaftern s. Anm. 535 ff.

Umqualifikation auf Gesellschafterebene:

► *Anteil im Betriebsvermögen (sog. Zebragesellschaft):* Sofern der Anteil an der vermögensverwaltenden PersGes. in einem BV gehalten wird, erfolgt eine Umqualifikation in gewerbliche Einkünfte auf Ebene des betreffenden Gesellschafters (sog. Zebragesellschaft, s. § 15 Anm. 1460 ff.). Die Umqualifikation hat allerdings keine Auswirkungen auf die Einkünftequalifikation bei den Gesellschaf-

tern, die ihren Anteil nicht in einem BV halten, oder für die PersGes. selbst. Letzteres gilt selbst dann, wenn an der PersGes. ausschließlich Gesellschafter beteiligt sind, die ihren Anteil im BV halten (vgl. BMF v. 29.4.1994, BStBl. I 1994, 282 – Tz. 3 aE).

► *Fälle des § 17:* Ob die maßgebliche Beteiligungsschwelle des (gegenüber § 20 vorrangigen, vgl. Abs. 8) § 17 überschritten ist, bestimmt sich auf Ebene der Gesellschafter. Auf Ebene der PersGes. sind stets nur Einkünfte iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 festzustellen, selbst wenn die PersGes. ihrerseits zu mindestens 1 % an der veräußerten KapGes. beteiligt war. Die Umqualifikation erfolgt auf Gesellschafterebene im Veranlagungsverfahren. Die PersGes. hat den WohnsitzFÄ allerdings nachrichtlich die Beteiligungsquoten der Gesellschafter mitzuteilen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 72).

► *Bedeutung der Übergangsregelungen:* Besonderheiten können sich im Hinblick auf die Übergangsregelungen zur Einführung der Abgeltungsteuer (§ 52a) ergeben. Dabei ist die Gesellschafterebene maßgeblich.

▷ *Erwerbs-/Veräußerungszeitpunkt:* Soweit es nach § 52a auf den Zeitpunkt des Erwerbs der WG ankommt, ist der Zeitpunkt des Erwerbs durch die PersGes. für diejenigen Gesellschafter relevant, die zum Zeitpunkt des Erwerbs durch die PersGes. an dieser beteiligt sind. Tritt ein Gesellschafter später bei oder erwirbt er seinen Anteil von einem Dritten, gelten die WG der PersGes. zum Zeitpunkt des Beitritts bzw. Erwerbs für den betreffenden Gesellschafter als zu diesem Zeitpunkt angeschafft (Abs. 2 Satz 3, s. Anm. 537). Gleiches gilt für den Zeitpunkt der Veräußerung: Bei Veräußerung durch die PersGes. ist der Zeitpunkt der Veräußerung für die zu diesem Zeitpunkt beteiligten Gesellschafter maßgeblich. Veräußert ein Gesellschafter seinen Anteil an der PersGes. an einen Dritten oder tritt er aus der PersGes. aus, gelten die zum Zeitpunkt der Veräußerung bzw. des Austritts von der PersGes. gehaltenen WG iSv. Abs. 2 als zu diesem Zeitpunkt vom Gesellschafter veräußert (Abs. 2 Satz 3, s. Anm. 537).

▷ *Verfahrensfragen:* Verfahrensrechtlich wird die PersGes. insoweit als „intransparent“ behandelt (s. auch unten), dh. es wird für Zwecke der gesonderten und einheitlichen Feststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO sowie für den KapErtrStAbzug ausschließlich auf den Erwerb oder die Veräußerung durch die PersGes. abgestellt. Ein abweichender Erwerbs- oder Veräußerungszeitpunkt auf Gesellschafterebene ist im Rahmen des KapErtrStAbzugs nicht zu berücksichtigen. Der Gesellschafter ist aber ggf. zur Abgabe einer StErklärung verpflichtet (§ 32d Abs. 3; vgl. BMF v. 9.12.2012, BStBl. I 2012, 952 – Tz. 76 f. mit Beispielen).

Zurechnung bei Gesellschaftern: Die Einkünfte der PersGes. sind grds. ihren Gesellschaftern zuzurechnen, werden also von diesen iSv. § 2 „erzielt“. Die im Rahmen des Mitunternehmerbegriffs entwickelten Anforderungen sind nicht übertragbar (aA wohl ENGEL, Vermögensverwaltende Personengesellschaft und ertragsteuerliche Selbständigkeit, 2002, 196 ff.). Ausreichend ist vielmehr, dass den Gesellschaftern das wirtschaftliche Ergebnis der Tätigkeit der PersGes. zugeht, insbes. ist keine Beteiligung an den stillen Reserven des Gesellschaftsvermögens bei Auflösung der PersGes. erforderlich (vgl. BFH v. 16.12.2008 – VIII R 83/05, BFH/NV 2009, 1118 [1120], betr. VuV). Dies gilt uE auch für Einkünfte aus Kapitalvermögen, und zwar unbeschadet des Umstands, dass Veräußerungsgeschäfte nunmehr ebenfalls stbar sind (Abs. 2).

Gesellschaftsrechtlicher Gewinnverteilungsschlüssel maßgeblich: Die Zurechnung der Einkünfte bei den einzelnen Gesellschaftern erfolgt nach Maßgabe des gesellschaftsvertraglichen Ergebnisverteilungsschlüssels, soweit die Ergebniserteilungsabrede gesellschaftsrechtl., dh. nicht durch außersteuerliche Gründe, veranlasst ist (vgl. BFH v. 16.12.2008 – VIII R 83/05, BFH/NV 2009, 1118 [1120 f.], betr. VuV). Rückwirkende Vereinbarungen werden strechtl. hingegen nicht anerkannt (BFH v. 12.6.1980 – IV R 40/77, BStBl. II 1080, 723; v. 7.7.1983 – IV R 209/80, BStBl. II 1984, 53). Unter diesen Voraussetzungen sind daher auch disproportionale Ergebnisverteilungsabreden stl. anzuerkennen (Jochum in KSM, § 20 Rn. B 71; ENGEL, Vermögensverwaltende Personengesellschaft und ertragsteuerliche Selbständigkeit, 2002, 198). Ebenso ist ein Ergebnis-Vorab anzuerkennen. Allerdings erfordert dies, dass die PersGes. Überschüsse in Höhe des Ergebnis-Vorabs erzielt hat oder, wenn dies nicht der Fall ist, den Ergebnis-Vorab zumindest tatsächlich ausbezahlt hat (FG Berlin-Brandenb. v. 15.1.2013 – 6 K 6188/08, EFG 2013, 928 [929 f.], rkr., betr. VuV).

Zurechnung anteiliger Einkünfte: Den Gesellschaftern wird jedoch – anders als bei der Mitunternehmerschaft – kein Anteil am Gewinn oder Verlust der PersGes. zugerechnet, sondern die anteilig von der PersGes. erzielten Einkünfte aus Kapitalvermögen (Jochum in KSM, § 20 Rn. B 71). Gleichwohl sollte uE eine Zusammenfassung der Einkünfte, insbes. auch eine Verrechnung von positiven und negativen Einkünften (namentlich Verlusten gem. Abs. 2), zulässig sein, soweit dies auf Ebene des Gesellschafters keine Auswirkungen hat. Demgemäß ist eine Verrechnung von Verlusten aus Aktiengeschäften der PersGes. mit anderen positiven Einkünften der PersGes. aus Kapitalvermögen wegen Abs. 6 Satz 5 nicht zulässig. Diese Verluste sind vielmehr getrennt voneinander festzustellen.

Gesonderte und einheitliche Feststellung: Die Einkünfte der PersGes. und damit in Zusammenhang stehende Besteuerungsgrundlagen sind gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO gesondert und einheitlich festzustellen.

► *Inhalt und Umfang* der gesondert und einheitlich festzustellenden Besteuerungsgrundlagen ergeben sich aufgrund der materiell-rechtl. Vorgaben. Im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung sind daher die einzelnen Einkünfte der PersGes. aus Kapitalvermögen getrennt festzustellen, insbes. wenn für einzelne Einkünfte oder sonstige Besteuerungsgrundlagen beim Gesellschafter unterschiedliche Rechtsfolgen gelten.

► *Das Veranlagungswahlrecht* (§ 32d Abs. 4, 6) steht jedem Gesellschafter individuell zu. Der Feststellungsbescheid entfaltet insoweit keine Bindungswirkung (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 72).

► *Zebragesellschaften:* Zur gesonderten und einheitlichen Feststellung bei Zebragesellschaften s. § 15 Anm. 1465 ff., 1473 f.; BMF v. 29.4.1994, BStBl. I 1994, 282; v. 8.6.1999, BStBl. I 1999, 592.

► *Negativer Feststellungsbescheid:* Einer einheitlichen Feststellung bedarf es auch dann, wenn die Einkünfteerzielungsabsicht der Gesellschaft verneint werden soll (GROH, DB 1984, 2424 [2427]; s. § 2 Anm. 359). In diesem Fall ist ein sog. negativer Feststellungsbescheid zu erlassen, mit dem die Feststellung von Einkünften aus Kapitalvermögen abgelehnt wird.

► *Beschränkt Steuerpflichtige:* Eine gesonderte und einheitliche Feststellung erfolgt ferner gegenüber beschr. Stpfl., soweit die PersGes. inländ. Einkünfte erzielt, die der beschränkten StPfl. unterliegen (s. Anm. 10, § 49 Anm. 800 ff.). Die abgeltende Wirkung der KapErtrSt bei beschr. Stpfl. (§ 50 Abs. 2 Satz 1) steht

dem nicht entgegen. Zum einen handelt es sich bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung um keine Veranlagung. Zum anderen ist die gesonderte Feststellung insbes. der anrechenbaren KapErtrSt. für die Geltendmachung etwaiger Erstattungsansprüche nach DBA (§ 50d) erforderlich, da StBescheinigungen nur gegenüber der PersGes. ausgestellt werden (vgl. BMF v. 20.12.2012, BStBl. I 2013, 36 – Tz. 46; s.u.). Lediglich Einkünfte, die auch im Rahmen der beschränkten StPflcht nicht stbar sind, dürfen gegenüber Gesellschaftern, die nicht unbeschr. stpfl. sind, nicht festgestellt werden (vgl. BFH v. 24.2.1988 – I R 95/84, BStBl. II 1988, 663).

► *Einkünfte einer ausländischen Personengesellschaft* sind nur dann gesondert und einheitlich festzustellen, wenn an der ausländ. PersGes. mindestens zwei unbeschr. stpfl. Gesellschafter beteiligt sind (BFH v. 9.12.2010 – I R 49/09, BStBl. II 2011, 482, Rn. 11 ff. mwN).

Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschafter und Gesellschaft sind anzuerkennen, soweit sie gesellschaftsrechtl. veranlasst sind. Gewährt ein Gesellschafter der PersGes. ein Darlehen, so sind die daraus erzielten Zinseinkünfte originäre Einkünfte des Gesellschafters (s. Anm. 295). An sich wären entsprechende Aufwendungen auf Ebene der PersGes. auch abziehbar, ein WK-Abzug dürfte jedoch wegen Abs. 9 regelmäßig ausgeschlossen sein. Gehören Aufwendungen eines Gesellschafters jedoch zu AK, die im Rahmen von Abs. 2 zu berücksichtigen sind, so mindern diese (höheren) AK auch einen etwaigen anteilig auf den Gesellschafter entfallenden Veräußerungsgewinn iSv. Abs. 2. Diese Umstände sind uE nicht im Rahmen der gesonderten Feststellung zu berücksichtigen (aA wohl JOCHUM in KSM, § 20, Rn. B 73), sondern im Folgebescheid des WohnsitzFA des Gesellschafters (vgl. auch die Beispiele zu BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 77). Das Verfahrensrecht folgt insoweit dem materiellen Recht, das – anders als bei Mitunternehmenschaften – im Rahmen des § 20 keinen „Gesamtgewinn der Personengesellschaft“ kennt (s. aber zu Ein- und Austritten von Gesellschaftern sowie zur Übertragung des Anteils an der PersGes. Anm. 535 ff.).

Kapitalertragsteuerabzug: Für Zwecke des Kapitalertragsteuerabzugs wird die PersGes. als „intransparent“ behandelt. Der Abzugsverpflichtete (Schuldner der Kapitalerträge oder auszahlende Stelle) hat die PersGes. für Zwecke des KapErtrStAbzugs so zu behandeln, als ob sie selbst Gläubiger der Kapitalerträge wäre. Dies steht zwar im Widerspruch zum materiellen Recht (auch dem Recht des KapErtrStAbzugs), weil Gläubiger der Kapitalerträge iSv. § 44 Abs. 1 Satz 1 der Gesellschafter der PersGes. ist, sofern es sich bei ihm um ein ESt- oder KStSubjekt handelt (so ausdrückl. BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 305). Bei mehrstufigen PersGes.-Strukturen ist das ESt- oder KStSubjekt Gesellschafter der PersGes. auf der obersten Stufe. Gleichwohl dürfte die entgegenstehende praktische Handhabung des KapErtrStAbzugs im Ergebnis zutreffend sein, da der KapErtrStAbzug bei PersGes. für den Abzugsverpflichteten sonst nur mit unverhältnismäßigem Aufwand durchführbar wäre. Im Einzelnen ergeben sich folgende Besonderheiten:

► *Keine Berücksichtigung persönlicher Umstände der Gesellschafter:* Der StAbzug erfolgt gegenüber der PersGes. stets in voller Höhe. Sparer-Pauschbeträge, NV-Bescheinigungen oder die Eigenschaft eines Gesellschafters als beschr. Stpfl. sind dabei nicht zu berücksichtigen. Vielmehr sind die Einkünfte einschließlich der anrechenbaren KapErtrSt gesondert und einheitlich festzustellen. Die Berücksichtigung persönlicher Umstände des Gesellschafters erfolgt im Folgebescheid. Die FinVerw. lässt hiervon allerdings wiederum einige Rückausnahmen zu:

- ▷ *Körperschaftsteuerbefreite Gesellschafter*: Sind an einer PersGes. kstbefreite (§ 5 KStG) Gesellschafter beteiligt, so können diese sich die einbehaltene KapErtrSt auf ihren Antrag von ihrem zuständigen FA erstatten lassen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 299). Aus Nachweisgründen sollte es uE gleichwohl zulässig sein, die stbefreite Körperschaft in die gesonderte und einheitliche Feststellung einzubeziehen und ihr gegenüber die anrechenbare KapErtrSt feststellen zu lassen. Die abgeltende Wirkung der KapErtrSt (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 KStG) steht dem uE nicht entgegen, weil es sich bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO nicht um eine Veranlagung handelt. Sind an der PersGes. allerdings ausschließlich stbefreite Körperschaften beteiligt, so sollte uE bei Vorlage hinreichender Nachweise (NV-Bescheinigungen, Handelsregisterauszug) von einem KapErtrStAbzug bereits gegenüber der PersGes. ganz oder teilweise Abstand genommen werden.
- ▷ *Bei ausländischen Personengesellschaften* ist in den sog. Zahlstellenfällen von einem StAbzug Abstand zu nehmen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 306).
 - ▶ *Maßgeblicher Zeitpunkt* für den StAbzug ist der Zufluss bei der PersGes., nicht jedoch die Entnahme durch die Gesellschafter (FG Sachsen-Anhalt v. 30.5.2013 – 6 K 1103/12, Haufe-Index 5488460, rkr.).
 - ▶ *Die Steuerbescheinigung* ist nur gegenüber der PersGes. selbst auszustellen (BMF v. 20.12.2012, BStBl. I 2013, 36 – Tz. 46).
 - ▶ *Der sog. Verlusttopf* (§ 43 Abs. 3 Sätze 2 bis 6 und 8) wird nur für die PersGes. als solche geführt. Ein- und Austritte von Gesellschaftern sowie Übertragungen des Gesellschaftsanteils werden nicht berücksichtigt. Auch die Verlustbescheinigung wird gegenüber der PersGes. ausgestellt (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 220 f., 224).
 - ▶ *Personengesellschaft als Abzugsverpflichteter*: Die PersGes. ist für die von ihr vereinnahmten Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht abzugsverpflichtet. Sie ist – unbeschadet ihrer stl. „Transparenz“ – weder Schuldnerin dieser Kapitalerträge noch auszahlende Stelle. Abzugsverpflichtet ist sie allerdings insoweit, als sie selbst originär Schuldnerin der Kapitalerträge ist, insbes. im Fall der typisch stillen Beteiligung an einem Handelsgewerbe der PersGes. (§ 230 HGB; § 20 Abs. 1 Nr. 4, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3). In diesem Fall ist es auch unerheblich, ob die PersGes. einen Gewerbebetrieb unterhält (Mitunternehmerschaft) oder vermögensverwaltend ist. Auch eine vermögensverwaltende PersGes. kann ein Handelsgewerbe betreiben (vgl. § 105 Abs. 2 ggf. iVm. § 161 Abs. 2 HGB), an dem eine stille Beteiligung möglich ist.

5. Sonderfall: Nießbrauch am Kapitalvermögen

a) Grundsätze

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

Regelung aus Abs. 5 Satz 3: Soweit es im Falle des Nießbrauchs am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 um die Zurechnung der Beteiligungserträge geht,

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

25 b) Nießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer

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

c) Unentgeltlicher Nießbrauch

26 aa) Zuwendungsnießbrauch

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

Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Einkünfterzielung erfüllt (§ 2 Abs. 1 Satz 1). Den Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen erfüllt nach stRspr. des BFH, wer Kapitalvermögen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegen Entgelt zur Nutzung überlässt (BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272; v. 22.8.1990 – I R 69/89, BStBl. II 1991, 38; v. 26.11.1997 – X R 114/94, BStBl. II 1998, 190; v. 29.3.2001 – IV R 71/99, BFH/NV 2001, 1251). Das ist derjenige, der die rechtl. und tatsächliche Macht hat, das in Abs. 1 Nr. 1 bis 7 genannte Kapitalvermögen entgeltlich auf Zeit zur Nutzung zu überlassen. Bezogen auf die Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 5 (Einkünfte aus Kapitalvermögen) ist das Rechtsverhältnis maßgebend, auf dem die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung beruht. Es kommt nicht darauf an, wer zivilrechtl. (zB aufgrund einer Abtretung gem. § 398 BGB oder aufgrund einer Nießbrauchsbestellung gem. § 1068 BGB) Gläubiger der Kapitalerträge ist, sondern darauf, wer sie im strechtl. Sinn nach § 2 Abs. 1 erzielt (BFH v. 22.8.1990 – I R 69/89, BStBl. II 1991, 38; v. 29.3.2001 – IV R 71/99, BFH/NV 2001, 1251). Bei einer unentgeltlichen Übertragung von Kapitalerträgen sind dem zivilrechtl. Gläubiger diese Erträge nur dann stl. zuzurechnen, wenn ihm eine Dispositionsbefugnis über die Einkünftequelle eingeräumt ist und seine Rechtsposition somit über das bloße Empfangen der Ein-

künfte hinausgeht (WASSERMEYER, *StuW* 1979, 209). Nur wer in die Lage versetzt ist, Marktchancen zu nutzen, das Vermögen zu verwalten, die Modalitäten einer Kapitalanlage zu verändern oder die Leistung durch Zurückziehung des Kapitalvermögens zu verweigern, erzielt selbst Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1. Nach SCHÖN (*StbJb.* 1996/97, 45 [77]) ist für die Zurechnung die Beteiligung am Rechtsverhältnis der Kapitalüberlassung entscheidend: „Notwendig, aber auch ausreichend ist für den Nießbraucher die Teilhabe am Rechtsverhältnis der Kapitalüberlassung, die durch den echten Anteilsnießbrauch – oder auch die Treuhandlösung – garantiert wird.“ SCHÖN (*StbJb.* 1996/97, 45 [77]) zieht die Parallele zur Zurechnung gewerblicher Einkünfte gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 beim Vollrechtsnießbrauch am Anteil an einer PersGes. (zur Zurechnung dieser Einkünfte aufgrund einer Mitunternehmerstellung des Nießbrauchers s. § 2 Anm. 240 ff., 259, oder aufgrund einer Rechtsgemeinschaft zwischen Nießbraucher und Nießbrauchbesteller am Gesellschaftsanteil s. SCHÖN, *StbJb.* 1996/97, 45 [65 ff.]). Der Auffassung von SCHÖN ist uE zuzustimmen. Sofern dem Nießbraucher die Mitverwaltungsrechte iSd. Vollrechtsnießbrauchs zustehen, kann er in dem in Anm. 19 dargestellten Sinne am Marktgeschehen teilnehmen; käme man zu einem anderen Ergebnis, wäre die Vorschrift des Abs. 5 Satz 3, die davon ausgeht, dass auch im Falle des Nießbrauchs am Beteiligungsvermögen eine Zurechnung der Erträge beim Nießbraucher in Frage kommt, sachlich bedeutungslos.

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind grds. demjenigen (Nießbraucher oder Nießbrauchbesteller) zuzurechnen, dem sie zufließen (SCHÖN, *StbJb.* 1996/97, 45 [78]). Veräußert zB die KapGes. AV unter Preis an den Nießbrauchbesteller, so sind nach BFH v. 28.1.1992 (VIII R 207/85, *BStBl.* II 1992, 605) die Vorteile dem Nießbrauchbesteller zuzurechnen, weil sie ihm „gebühren“. Dieser Entscheidung ist – zumindest im Ergebnis zuzustimmen.

Nießbrauch zugunsten naher Angehöriger: Ist der Nießbrauch zugunsten eines nahen Angehörigen (insbes. zugunsten der Kinder, der Eltern oder des Ehegatten des Nießbrauchbestellers) vereinbart worden, so werden an die Bestellung und die tatsächliche Durchführung des Nießbrauchs eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, insbes. muss die Nießbrauchbestellung grds. rechtl. wirksam sein (FG Saarl. v. 7.7.1993 – 2 K 88/89, EFG 1994, 30, rkr.), anderenfalls kommt schon aus diesem Grunde eine Zurechnung der Einnahmen beim Nießbraucher nicht in Frage; s. im Einzelnen § 2 Anm. 170 ff.

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

bb) Vorbehaltsnießbrauch

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

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

27

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

Verdeckte Gewinnausschüttungen: Ist ein Vorbehaltsnießbrauch an Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 bestellt und kommt es zu vGA, so sind diese nicht von vornherein dem Vorbehaltsnießbraucher zuzurechnen. Maßgebend für die Zurechnung ist, wem (dem Nießbraucher oder dem Nießbrauchbesteller) die Vorteile, die die vGA ausmachen, rechtl. zustehen und zufließen; s. Anm. 91 f.

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

28 cc) Vermächtnisnießbrauch

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

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

29 d) Entgeltlicher Nießbrauch

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

30 Einstweilen frei.

VIII. Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen

1. Von der Überschussermittlung zur Bruttobesteuerung

31

Kein Werbungskostenabzug: Die Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen erfolgte bis VZ 2008 durch Gegenüberstellung von Einnahmen und WK (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1). Seit VZ 2009 ist von den Bruttoerträgen ist grds. nur noch der Sparer-Pauschbetrag abzuziehen (Abs. 9). Der Abzug von tatsächlichen WK ist ausgeschlossen (Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2). Aufgrund der vielfältigen Durchbrechungen dieses Prinzips (s. Anm. 35) gilt die Bruttobesteuerung lediglich für Zinserträge, Gewinnausschüttungen und ähnliche Bezüge sowie Versicherungsleistungen. Für laufende Kapitalerträge, zB Gewinnausschüttungen oder Zinsen, gilt nach den Regeln über den StAbzug nunmehr eine Bruttobesteuerung, dh., dem abgeltenden StAbzug unterliegen die vollen Kapitalerträge ohne jeden Abzug (§ 43 Abs. 1 Satz 1). Kapitalerträge, auf die der Abgeltungssteuersatz von 25 % nach § 32d Abs. 1 mit abgeltender Wirkung (§ 43 Abs. 5) anzuwenden ist, gehen nach § 2 Abs. 5b Satz 1 nicht mehr in die Berechnung der Summe der Einkünfte (§ 2 Abs. 3), des Einkommens (§ 2 Abs. 4), des Gesamtbetrags der Einkünfte (§ 2 Abs. 4) oder des zu versteuernden Einkommens (§ 2 Abs. 5) ein.

2. Zufluss von Einnahmen aus Kapitalvermögen

Schrifttum: HOFFMANN, Zufluß von Einnahmen bei Gutschrift für den Gesellschafter einer Einmann-GmbH, GmbHR 1974, 113; STOCKMEYER, Aktuelle Probleme der Gewinnausschüttung aus körperschaftsteuerlicher und handelsrechtlicher Sicht, GmbHR 1980, 59; BULTHAUPT, Einkommensteuerpflicht bei fiktiven Renditen in Fällen des Kapitalanlagebetrugs?, DStZ 1994, 614; CARL/KLOS, Zur Frage der Steuerpflicht von im sogenannten Schneeballsystem ausgeschütteten Kapitalerträgen, Inf. 1994, 680; GSCHWENDTNER, Anm. zu BFH v. 16.11.1993 – VIII R 33/92, DStZ 1994, 601, betr. Zinsen auf kapitalersetzendes Darlehen; JUNGES, Steuerpflichtige Einkünfte bei betrügerischem „Schneeballsystem“?, DStR 1994, 1676; JUNGES, Doch keine steuerpflichtigen Einkünfte bei betrügerischem „Schneeballsystem“?, DStR 1994, 1882; DENDL/POPP/WAGNER, Kapitalerträge aus Scheinrenditen im sog. Schneeballsystem – hat der BFH im Ambros-Fall am Ziel vorbeigeschossen?, DStR 1998, 556; ELICKER/NEUMANN, Staatliche Teilhabe an Scheinrenditen?, FR 2003, 221; HARENBERG, „Gewinne“ aus einem Schneeballsystem: Kapitaleinkünfte oder Spekulationsgeschäft?, GStB 2005, 355; NEUMANN/GÜNTHER, Der CTS-Anlagebetrug und die Besteuerung von Scheingewinnen, BBV 2005, 16; STEINHAUFE, „Zufluss von Scheinrenditen“ bei Schneeballsystem, jurisPR-steuerR 52/2008 Anm. 5; HACKENBERG, Besteuerung von Scheinrenditen: Kein Abschied von Ambros, StC 2009, Heft 23, 23; GOVERTS/SCHUBERT, Steuerlicher Zufluss bei Kapitalanlageprodukten mit Endfälligkeit der Erträge, DB 2011, 1020.

a) Allgemeine Zuflussregeln

32

Maßgebend für den Zufluss von Einnahmen aus Kapitalvermögen ist § 11 Abs. 1. In Geld bestehende Einnahmen fließen danach zu, wenn sie dem Stpfl. in bar ausgezahlt oder seinem Konto bei einem Kreditinstitut gutgeschrieben werden; uU genügt auch eine Gutschrift in den Büchern des Verpflichteten (s. § 11 Anm. 50 ff.; BFH v. 14.2.1984 – VIII R 221/80, BStBl. II 1984, 480; v. 2.3.1993 – VIII R 13/91, BStBl. II 1993, 602; v. 16.11.1993 – VIII R 33/92, BStBl. II 1994, 632, mit Anm. GSCHWENDTNER, DStZ 1994, 600; krit. GOVERTS/SCHUBERT, DB 2011, 1020 [1021]). Zufluss liegt darüber hinaus vor, wenn der

Anspruch auf Auszahlung von Kapitalerträgen abgetreten wird oder durch Schuldumwandlung (Novation; BFH v. 14.2.1984 – VIII R 221/80, BStBl. II 1984, 480; s. auch GOVERTS/SCHUBERT, DB 2011, 1020 [1021 f.]) untergeht. Einnahmen, die nicht Geld, sondern geldwerten Gütern geleistet werden (zB Nutzungen), fließen in dem Zeitpunkt zu, in dem der Empfänger über sie wirtschaftlich verfügen kann. Die nur vorübergehende Verfügungsmacht ist ausreichend (BFH v. 13.10.1989 – III R 30–31/85, BStBl. II 1990, 287), so dass die Verpflichtung zur Rückzahlung der Einnahmen (negative Einnahmen im Jahr der Rückzahlung) den Zufluss nicht ausschließt (BFH v. 29.4.1982 – IV R 95/79, BStBl. II 1982, 593; v. 13.11.1985 – I R 275/84, BStBl. II 1986, 193; FG Nürnberg v. 8.8.1980 – III 335/77, EFG 1981, 86, rkr.). Zum Zufluss bei Rechtsnachfolge s. § 11 Anm. 25; Zufluss bei mehreren Stpfl. s. § 11 Anm. 24.

Zuflussfiktion beim beherrschenden Gesellschafter: Offen ausgeschüttete Gewinnanteile fließen grds. erst mit Abfluss bei der Körperschaft zu. Für den beherrschenden Gesellschafter hat die Rspr. – wegen seines (möglicherweise missbräuchlichen) Einflusses auf die Geschäftsleitung der Gesellschaft einen Zufluss bereits dann bejaht, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungsverbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter passiviert hat.

BFH v. 12.7.1957 – VI 3/56 U, BStBl. III 1957, 289; v. 11.2.1965 – IV 213/64 U, BStBl. III 1965, 407; v. 11.7.1973 – I R 144/71, BStBl. II 1973, 806; v. 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541; v. 20.10.1981 – I R 230/78, BStBl. II 1982, 139; WREDE, DB 1979, 1619; STOCKMEYER, GmbHR 1980, 59; aA HOFFMANN, GmbHR 1974, 113; uE bedenklich, weil für eine vom allgemeinen Zuflussprinzip des § 11 Abs. 1 abweichende Zuflussfiktion keinerlei Rechtsgrundlage gegeben ist. Zweifelnd an dieser Rspr. auch BFH v. 9.12.1987 – I R 260/83, BStBl. II 1988, 460; zum Zufluss von Gewinnanteilen bei Konkursreife der Gesellschaft: BFH v. 22.5.1973 – VIII R 97/70, BStBl. II 1973, 573.

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

33 b) Einzelfälle des Zuflusses

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

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

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

Bundesschatzbrief Typ B: Zufluss der Zinsen erst bei Einlösung aE der Laufzeit, bei vorzeitiger Rückgabe nach Ablauf der Sperrfrist (BMF v. 20.12.1988,

BStBl. I 1988, 540); für Schatzbriefe, die vor dem 1.1.1989 erworben wurden, bestand ein Wahlrecht zwischen jährlicher Versteuerung oder Versteuerung bei Endfälligkeit (BMF v. 30.10.1989, BStBl. I 1989, 428); s. § 11 Anm. 100 „Bundesschatzbrief Typ B“.

Disagio einer Schuldverschreibung fließt bei Rückzahlung der Anleihe zu (BMF v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539, Emissionsdisagio-Erlass), allerdings als Einnahme iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 (s. Anm. 421, 511); s. § 11 Anm. 100 „Damnum“.

Dividendenscheine: Gewinnanteil fließt bei Einlösung zu.

Finanzierungsschätze: Siehe „Bundesschatzbrief Typ B“.

Gewinn eines Betriebs gewerblicher Art (Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b): Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es nicht auf den tatsächlichen Zufluss oder die Verwendung des Gewinns an. Vielmehr führt der Gewinn des Wj, sofern er nicht den Rücklagen zugeführt wird, zu Einkünften aus Kapitalvermögen. Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b enthält somit eine Ausschüttungsfiktion, da aufgrund der fehlenden rechtl. Selbstständigkeit des BgA eine tatsächliche Ausschüttung an die Trägerkörperschaft nicht erfolgen kann (BFH v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841, mwN; v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Keine Einnahmen aus Kapitalvermögen liegen dagegen vor, wenn sie aus (fiktiven) Ausschüttungen stammen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten (Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b Satz 5 iVm. Abs. 1 Satz 3 EStG 2002).

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

Hinzurechnungsbeträge gelten unmittelbar nach Ablauf des maßgebenden Wj. der Zwischengesellschaft als zugeflossen (§ 10 Abs. 2 Satz 1 AStG).

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

Nullkupon-Anleihen: Zufluss von Gewinnen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 im Zeitpunkt der Einlösung bei Endfälligkeit (s. Anm. 511).

Schatzanweisungen: Diskontanteil fließt bei vorzeitiger Veräußerung zu.

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

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

Stückzinsen fließen bei Veräußerung der Schuldverschreibung dem Veräußerer im Zeitpunkt der Auszahlung des Veräußerungsentgelts als Einnahmen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu (s. Anm. 511).

Thesaurierte Investmentfondserträge fließen mit Ablauf des Geschäftsjahres zu, in dem sie die Investmentgesellschaft vereinnahmt hat (§ 2 Abs. 1 Satz 2

InvStG). Der stl. Zufluss wird hier fingiert, da dem Anteilsinhaber tatsächlich keine Erträge ausgezahlt werden.

Verdeckte Gewinnausschüttungen fließen im Zeitpunkt der Vorteilsgewährung zu (BFH v. 24.1.1989 – VIII R 74/89, BStBl. II 1989, 419); s. Anm. 92.

Zero-Bonds: Siehe Nullkupon-Anleihen.

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

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

Beispiel: A erwirbt 2005 eine verzinsliche Unternehmensschuldverschreibung mit jährlicher Auszahlung der Zinsen zum 20. Dezember. Die Zinszahlung am 20.12.2008 bleibt aus. Die Zinsen 2008 werden vom Schuldner erst am 2.2.2009 ausgezahlt. In diesem Fall unterliegen die Zinsen bereits der Abgeltungsteuer von 25 %, da A erst am 2.2.2009 über die Zinserträge verfügen kann. Die Zinsen sind im Jahr 2009 zugeflossen und unterliegen daher der abgeltenden KapErtrSt (§ 52a Abs. 1).

34 c) Zufluss bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners

Trotz Gutschrift liegt kein Zufluss vor, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist, s. § 11 Anm. 53; Wertlosigkeit der Forderung schließt den Zufluss aus (BFH v. 21.7.1987 – VIII R 211/82, BFH/NV 1988, 224; vgl. auch BFH v. 28.1.2010 – VIII B 128/09, BFH/NV 2010, 877 – Rn. 11: Rechtsfrage geklärt); zum Zufluss von Gewinnanteilen bei Insolvenzreife der Gesellschaft BFH v. 22.5.1973 (VIII R 97/70, BStBl. III 1973, 815).

Scheinrenditen: Die Gutschrift von Erträgen kann als Zufluss von Kapitaleinnahmen angesehen werden, wenn das Unternehmen, dem Kapital zur Anl. in risikoreichen Warenermingsgeschäften überlassen wird, die gutgeschriebenen Beträge wegen hoher Verschuldung nur aus den Einlagen anderer Kapitalanleger leisten kann (sog. Schneeballsystem). Dies hat der BFH in Fällen entschieden, in denen derartige Geschäfte von stillen Gesellschaften betrieben werden (BFH v. 22.7.1997 – VIII R 57/95, BStBl. II 1997, 755; v. 22.7.1997 – VIII R 12/96, BStBl. II 1997, 761; v. 22.7.1997 – VIII R 13/96, BStBl. II 1997, 767; v. 19.6.2007 – VIII R 63/03, BFH/NV 2008, 194; v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190). Ein Zufluss ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Gutschrift grds. leistungsbereit und leistungsfähig gewesen wäre. An einer Leistungsbereitschaft kann es jedoch fehlen, wenn der Schuldner auf ein Zahlungsverlangen in Verhandlungen über anderweitige Zahlungsmodalitäten eintritt (BFH v. 16.3.2010 – VIII R 4/07, BFH/NV 2010, 1527). Die Grundsätze dieser Rspr. gelten uE in den Fällen anderer Kapitalanlagen entsprechend.

Zinszahlung oder Kapitalrückzahlung: Ob eine Barzahlung oder Gutschrift durch den Schuldner als Zinszahlung oder Kapitalrückzahlung anzusehen ist, wurde in der Rspr. bislang nach § 366 BGB bestimmt. Während der RFH – un-

zutreffend – von der Vorrangigkeit der Schuldtilgung ausgegangen war (RFH v. 16.9.1936, RStBl. 1937, 8), muss heute eine Zahlung von Zinsen auch dann angenommen werden, wenn der Schuldner aufgrund seiner schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse – im Zeitpunkt der Zahlung – nicht in der Lage ist, das gesamte Kapital zurückzuzahlen (BFH v. 23.1.1964 – IV 448/60, HFR 1964, 393).

3. Werbungskosten

35

Schrifttum vor Einführung der Abgeltungsteuer: LEU, Fremdfinanzierter Aktienkauf und Werbungskostenabzug bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DStZ 1990, 89; KESSLER, Zum Werbungskostenabzug von Verwaltungskosten eines Kapitalvermögens, FR 1991, 342; WISCHNEWSKY, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kreditzinsen bei Kauf festverzinslicher Wertpapiere, DStR 1992, 1229; WÜLLENKEMPER, Abzug von Schuldzinsen bei teilfinanziertem Erwerb niedrigverzinslicher Wertpapiere, FR 1992, 1; Bos, Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, BB 1994, 1540; SCHOLTZ, Aufwendungen für die Verwaltung von Kapitalvermögen, NWB Fach 3, 9375; DAUTEL, Werbungskostenabzug von Verwaltungsgebühren privater Kapitalvermögen im Halbeinkünfteverfahren unter Berücksichtigung des BMF-Schreibens v. 12.6.2002, DStR 2002, 1605; HARENBERG, Die Aufteilung von Werbungskosten bei Kapitaleinkünften, die teilweise dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen, FR 2002, 768.

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

Der Begriff der Werbungskosten wird auch bei den Einkünften aus Kapitalvermögen – wie bei allen anderen Einkunftsarten – nach dem Veranlassungsprinzip bestimmt (s. § 9 Anm. 130 ff.). WK sind danach alle Aufwendungen, die durch eine der Erzielung von stpfl. Einkünften dienende Tätigkeit oder Leistung – hier die Beteiligung an einer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Körperschaften oder die Kapitalüberlassung zur Nutzung (Abs. 1 Nr. 4–8) – veranlasst sind (RAUPACH in DStJG 3/1980, 408).

Ausschluss des Werbungskostenabzugs: Seit VZ 2009 ist nach Abs. 9 Satz 1 mit Einführung der Abgeltungsteuer der Abzug aller Aufwendungen, die durch die Einnahmen aus Kapitalvermögen veranlasst sind, als WK nicht mehr möglich (Bruttobesteuerung). Dies gilt selbst dann, wenn die Kapitalerträge auf Antrag und unter Anwendung der Günstigerprüfung gem. § 32d Abs. 6 nicht dem Abgeltungsersatz, sondern dem persönlichen StSatz unterliegen. Abziehbar ist nur noch der Sparer-Pauschbetrag von 801 € bzw. 1602 €. Der bisherige WK-Pauschbetrag (§ 9a Nr. 2 aF) ist dementsprechend ab 2009 weggefallen.

Ausnahmen und Durchbrechungen: Die Versagung des WK-Abzugs ist allerdings nicht folgerichtig bei allen Arten von Kapitalerträgen durchgehalten; zur Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbots als Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip und das Folgerichtigkeitsprinzips s. Anm. 8 ff.

► **Tarifbesteuerung:** Soweit Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 und 3 der Tarifbesteuerung (in den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 3 allerdings im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens) unterliegen, dürfen die tatsächlichen WK (ggf. nur anteilig) abgezogen werden (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, Nr. 3 Satz 2).

► **Stillhaltergeschäfte:** Einnahmen in Form von Stillhalterprämien (Abs. 1 Nr. 11) sind um die mit dem Stillhaltergeschäft verbundenen Aufwendungen für das Gegengeschäft (Glattstellungsgeschäft) zu mindern. Ausgenommen davon sind die Einnahmen aus Stillhaltergeschäften, von denen nach Abs. 1 Nr. 11 die Auf-

wendungen für eine Glattstellung des Optionsgeschäfts (Nettoprinzip) zuvor abzuziehen sind.

► *Termingeschäfte*: Für Kapitalerträge in Form von Einnahmen aus Termingeschäften (in Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und Abs. 4 Satz 5 unsystematisch als „Gewinn“ bezeichnet) ist allerdings der Abzug von Aufwendungen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Termingeschäft zugelassen (Abs. 4 Satz 5).

► *Veräußerungsgewinne*: Veräußerungsgewinne (Abs. 2) errechnen sich nach Abs. 4 Satz 1 als Saldo aus den Einnahmen aus der Veräußerung einerseits und den AK zzgl. Nebenkosten und Veräußerungskosten andererseits. Insbesondere Nebenkosten und Veräußerungskosten stellen aber typischerweise WK dar.

36 Einstweilen frei.

37 4. Verfahrensfragen

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

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

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

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

Zur gesonderten und einheitlichen Feststellung bei Personengesellschaften s. Anm. 23.

38–39 Einstweilen frei.

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Einkünfte aus Kapitalvermögen**

**I. „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören ...“
(Einleitungssatz)****1. Begriff der Einkünfte aus Kapitalvermögen****a) Gegenstand der Besteuerung**

40

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Bis VZ 2008 wurden als Einkünfte aus Kapitalvermögen ausschließlich die Reinerträge (Einnahmeüberschüsse) aus einzelnen Kapitalanlagen erfasst. Die Rspr. hat diese Erträge ursprünglich als Früchte des (Geld-)Kapitals bezeichnet (BFH v. 14.5.1974 – VIII R 95/72, BStBl. II 1974, 572; v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116). Bis VZ 2008 führte erst die Saldierung von Einnahmen aus Kapitalvermögen und den tatsächlichen, durch ihre Erzielung veranlassten Aufwendungen, mindestens des WK-Pauschbetrags aus § 9a Nr. 2 aF – soweit sich daraus ein positiver Saldo ergab – vermindert um den Sparer-Freibetrag bis niedrigstens 0 € zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Seit VZ 2009 ist an die Stelle des WK-Abzugs Abs. 9 Satz 1 getreten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2), dh., stpfl. sind sowohl materiell-rechtl. als auch kapertstrechtl. die vollen Kapitalerträge des Abs. 1 ohne jeden Abzug. Lediglich der Sparer-Pauschbetrag des Abs. 9 iHv. 801 € bzw. 1602 € wird stmindernd berücksichtigt. Somit aber gehen auch ab VZ 2009 die Einnahmen erst nach der Saldierung mit dem Sparer-Pauschbetrag in die Einkünfte aus Kapitalvermögen ein. Zu Ausnahmen s. Anm. 35.

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

Vermögensminderung beim Schuldner: Eine Vermögensminderung beim leistenden Schuldner (ohne Beeinträchtigung des Vermögensstamms, dh. ohne Rückzahlung des zur Nutzung überlassenen Kapitalvermögens), ist keine zwingende Voraussetzung des Einnahmebegriffs. Gleichwohl gehören zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen nicht nur Güter in Geld oder Geldeswert, sondern auch Leistungen, die das Vermögen des Schuldners nicht mindern. So stellt zB der Wert einer Dienstleistung, die anstelle einer Zinszahlung für die darlehensweise Überlassung von Kapital erbracht wird und die das Vermögen des Schuldners nicht mindert, eine Einnahme iSd. § 20 dar; s. § 8 Anm. 180 „Dienstleistungen“.

41 b) Kapitalvermögen

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

Vermögen ist eine Summe von WG, bezogen auf die Person (den Stpfl.), der die WG zuzurechnen sind. Das Kapitalvermögen iSd. § 20 muss regelmäßig (ausgenommen: Abs. 1 Nr. 9 und 10) PV sein. Bei Zugehörigkeit zu einem BV führen die Erträge zu betrieblichen Einnahmen, also zu Einkünften aus LuF, Gewerbebetrieb oder selbständiger Arbeit (Abs. 8).

Verhältnis von Kapital und Vermögen: Beide Begriffe bezeichnen keine eindeutigen Gegenstände. Einerseits überschneiden sie sich teilweise, andererseits sind sie mitunter sogar deckungsgleich. Die Begriffe unterscheiden sich hauptsächlich durch die Perspektive, aus der nur eine sehr vage beschreibbare Bestandsgröße betrachtet wird. Diese Größe kann als Realkapital auf ihre Wirkungen in einem Produktionsprozess bestimmt werden, aber auch – so in § 20 – technisch als Vermögen (Wertkapital) auf die Folgen individueller Verfügungen hin (anlegen von Vermögen/Kapital; HALFAR, Der Gegenstand der Besteuerung im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen, 1994, 21).

42 c) Wertänderungen des Kapitalvermögens

Rechtslage bis 2008: Der Wert des Kapitalvermögens war für die Rechtsnatur und Höhe der Einkünfte aus Kapitalvermögen unerheblich. Veränderungen im Bestand oder Wert waren von der Nutzung des Kapitalvermögens trotz der Aufnahme einzelner Veräußerungstatbestände in Abs. 2 aF weiterhin zu unterscheiden. Die Unterscheidung hatte zB für die Frage des Abzugs von WK ihre Bedeutung. Realisierte Wertänderungen in Form von „Kursgewinnen“ oder „Kursverlusten“ (Unterschied zwischen eingesetztem und zurückerhaltenem oder noch vorhandenem Kapitalvermögen) bei Veräußerung, Verwertung oder Rückzahlung gehörten bis VZ 2008 nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen und hatten für ihre Ermittlung (weder Einnahmen noch WK) keine Bedeutung (RFH v. 14.3.1934, RStBl. 1934, 711; BFH v. 11.1.1966 – I 53/63, BStBl. III 1966, 218; v. 14.5.1974 – VIII R 95/72, BStBl. II 1974, 572; v. 9.10.

1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II 1981, 46; v. 19.4.2005 – VIII R 80/02, nv.; v. 27.3.2007 – VIII R 62/05, BFH/NV 2007, 1407; v. 4.12.2007 – VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563).

Rechtslage ab 2009: Ab VZ 2009 ist nicht mehr zwischen den Einnahmen (Früchten) aus Kapitalvermögen und dem zur Erzielung solcher Einkünfte eingesetzten (angelegten) Kapitalvermögen zu unterscheiden. Realisierte Wertänderungen des Vermögens sind als Vermögensumschichtungen zwar immer noch der Vermögensebene zuzurechnen, diese ist aber seit Einführung der sog. Abgeltungsteuer ertragstl. nicht mehr unbeachtlich. Seit VZ 2009 werden im Hinblick auf den Besteuerungstatbestand Veräußerung, Einlösung und anderer gleichgestellter Sachverhalte die Einnahmen unabhängig davon, ob diese im BV oder PV entstanden sind, gleich den laufenden oder einmaligen Erträgen aus dem Nutzungsüberlassungsverhältnis behandelt. Unterschiede ergeben sich allerdings bei der Ermittlung der stl. Bemessungsgrundlage, da bei den Veräußerungstatbeständen ein beschränkter Abzug von WK (Veräußerungskosten) zugelassen ist (s. Anm. 420 ff.). Damit kommt der bis 2008 in Einzelfällen zT recht schwierigen Abgrenzung von laufenden Erträgen und Wertveränderungen im Stammvermögen nach neuem Recht uE keine zentrale Bedeutung mehr zu (s. auch Anm. 421).

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

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

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

Beispiel 2: Ein Stpfl. erwirbt 2009 eine Schuldverschreibung unter dem Nennwert zum Kurs von 96 % und erhält am Rückzahlungstag den Nennwert von 100 zurück.

Der Einlösungsgewinn von 4 % gehört nach Abs. 2 Satz 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen.

Beispiel 3: Ein Stpfl. ist am Handelsgewerbe des X als stiller Gesellschafter mit einer Einlage 50 000 € beteiligt. Nach Kündigung der Gesellschaft erhält er insgesamt 60 000 € zurück. Der über die Einlage hinausgehende Betrag von 10 000 € ist Einnahme aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 iVm. Satz 2 Halbs. 2.

43–44 Einstweilen frei.

45 2. Zugehörigkeit zu den Einkünften aus Kapitalvermögen: Veranlassungsprinzip

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

3. Nicht abschließende Aufzählung des Abs. 1

46 a) Bedeutung der Aufzählung in Abs. 1

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

Nach hM in Rspr. und Schrifttum ist die Aufzählung der Einnahmearten in Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 bis 11 nicht erschöpfend (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7; v. 5.9.1963 – IV 213/58, BStBl. III 1964, 117, betr. Jahnschaften im Bezirk des Olper Forstgesetzes v. 3.8.1897; v. 24.6.1966 – VI 171/65, BStBl. II 1966, 579, betr. Braugelder, die die brauberechtigten Bürger einer Stadt, die eine Realgemeinde bildet, von der gemeinsam betriebenen Brauerei erhalten; v. 23.9.1970 – I R 22/67, BStBl. II 1971, 47, betr. ausländ. Investmentfonds; Nds. FG v. 30.8.1966 – VI Kö 39-43/66, VI Kö 39/66, VI Kö 40/66, VI Kö 41/66, VI Kö 42/66, EFG 1967, 236, rkr., betr. Gewinnausschüttungen einer Forstgenossenschaft; Begründung zum RegE eines EStG 1975, BTDrucks. 7/1470, 271; SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 6; SCHOLTZ, FR 1977, 25; differenzierend: JOCHUM/WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. A 18). Der hM ist insoweit zuzustimmen, als es darum geht, ob alle denkbaren Einnahmearten aus

der Anl. von Kapitalvermögen in § 20 erfasst sind. Hier zeigt gerade die Generalklausel des Abs. 3, dass es durchaus Einnahmen geben kann, die bei wirtschaftlicher Betrachtung Entgelt aus einer Kapitalanlage darstellen, ohne dass sie im Gesetz ausdrückerl. als solche aufgeführt werden (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735; v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580).

Abschließend aufgezählt sind in § 20 dagegen alle Tatbestände, aus denen Einnahmen – welcher Art auch immer – fließen und die zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen können (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. A 18). Eine solchermaßen abschließende Betrachtung gebietet sich bereits aus dem Verbot steuerbegründender Analogien (WOERNER, DStJG 5 [1981], 23 ff.), dh., über die in Abs. 1 aufgezählten Kapitalanlageformen, die Tatbestände des Abs. 2 und die Generalklausel des Abs. 3 hinaus gibt es keine Einkunftserzielungstatbestände, die zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen.

b) Verhältnis zu Abs. 2 und Abs. 3

47

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

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

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

Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 bis 8 erweitern seit VZ 2009 den Umfang der in Abs. 1 umschriebenen Einnahmearten um die Veräußerungs- und Einlösungsstatbestände sowie sonstiger einer Veräußerung gleichgestellter Sachverhalte, zB Rückzahlung einer Kapitalforderung oder stillen Beteiligung und die Rückgabe von Investmentanteilen. Diese Tatbestände stehen selbständig neben Abs. 1 (s. Anm. 421).

c) Verhältnis der einzelnen Tatbestände des Abs. 1

48

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

Mit Abs. 1 Nr. 9 werden Vermögensübertragungen von Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG sowie vergleichbaren ausländ. Körperschaften auf die hinter ihnen stehenden Personen (Mitglieder) oder Körperschaften strechtl. den Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 an ihre Anteilseigner gleichgestellt.

Abs. 1 Nr. 9 greift allerdings erst, wenn die Leistungen nicht bereits als Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 1 erfasst werden. Dieses gilt für Abs. 1 Nr. 10 entsprechend. Auch in den Fällen des Nr. 10 kommt es nicht zu Ausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1, aber zu Vermögensübertragungen zwischen den Betrieben gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 4 KStG, die wie Ausschüttungen nach Abs. 1 Nr. 1 stl. zu erfassen sind. In welche Gruppe einzelne Einnahmen einzuordnen sind, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Für die materielle StPflcht ist die Einordnung der Einnahmen in die Tatbestände des Abs. 1 ohne Bedeutung, da alle Einnahmen der Besteuerung nach § 20 unterliegen. Die Zuordnung der Einnahmen unter die verschiedenen Tatbestände des Abs. 1 ist jedoch für die Frage erheblich, ob und in welcher Höhe KapErtrSt einzubehalten ist (§ 43 Abs. 1).

49 Einstweilen frei.

II. Einnahmen aus der Beteiligung an Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften (Abs. 1 Nr. 1 bis 3)

Schrifttum: RAU, Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums bei girosamelmelverwahrten Aktien; Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, DStR 2007, 1192; KOHLHEPP, Korrespondenzprinzipien der vGA, DStR 2007, 1502; KOHLHEPP, Zurechnung einer vGA, DB 2007, 2446; FRÜCHTL/PROSCHKA, Die einkommensteuerliche Behandlung von Erlösen aus der Liquidation von Kapitalgesellschaften nach dem SEStEG, BB 2007, 2147; JACHMANN, Besteuerung von Erträgen aus Finanzinnovationen, DStR 2007, 877; GEURTS, Die neue Abgeltungssteuer – das Ende einer steuerinduzierten Kapitalanlage?, DStZ 2007, 341; HEY, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch das UntStRefG 2008, BB 2007, 1303; ECKHOFF, Abgeltungssteuersystematische und verfassungsrechtliche Aspekte, FR 2007, 989; BRUSCH, Unternehmenssteuerreform – Abgeltungssteuer, FR 2007, 999; Loos, Benachteiligung der Aktionäre/Gesellschafter mit Anteilen in Privatvermögen in der Unternehmenssteuerreform, DB 2007, 704; HELIOS/LINK, Zweifelsfragen der Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge aus Finanzinnovationen und offenen Fonds, DStR 2008, 386; WEBER-GRELLET, Die Abgeltungssteuer: Irritiertes Rechtsempfinden oder Zukunftschance?, NJW 2008, 545; HECHTNER/HUNSDOERFER, Schedulesbesteuerung von Kapitaleinkünften mit der Abgeltungssteuer: Belastungswirkungen und neue Problemfelder, StuW 2009, 23; MEILICKE, Die Neuregelung der Besteuerung des Bezugsrechts, DB 2009, 476; WERNSMANN, Einkommensteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009, Beihefter zu Nr. 34, 101; MUSIL, Abzugsbeschränkungen bei der Abgeltungssteuer als steuersystematisches und verfassungsrechtliches Problem, FR 2010, 149; RONIG, Einzelfragen zur Abgeltungssteuer, DB 2010, 128; ROCKOFF/WEBER, Verluste aus typisch stiller Gesellschaft unter der Abgeltungssteuer, DStR 2010, 363; BREIER/SEJDIJA, Ertragsteuerliche Zurechnung von verdeckten Gewinnausschüttungen, GmbHR 2011, 290; BERGER/MATUSZEWSKI, Dividendenstripping im Fokus der Finanzverwaltung, BB 2011, 3097; BRUNS, Streitfragen bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, DStZ 2012, 333; DESENS, Anrechnung der Kapitalertragsteuer nach Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, DStR 2012, 2473; STÖBER, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, DStZ 2012, 155; DEMUTH, Cum-/ex-OTC-Geschäfte im Fokus: Erste Gelegenheit des BFH zur Versachlichung einer überhitzten Diskussion – Zugleich Anmerkung zum Urteil des FG Hamburg vom 24.11.2011 – 6 K 22/10, DStR 2013, 1116; KRUDEWIG, Firmenwagen beim GmbH-Gesellschafter: Arbeitslohn, Miete oder verdeckte Gewinnausschüttung, BB 2013, 220; SEER/KRUMM, Die Kriminalisierung der Cum-/Ex-Dividende-Geschäfte als Herausforderung für den Rechtsstaat, DStR 2013, 1757 und 1814.

1. Anteile und Genussrechte iSd. Abs. 1 Nr. 1**a) Anteile an Kapitalgesellschaften und anderen Körperschaften**

50

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

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

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

► *Komplementär einer KGaA:* Der Gewinnanteil des Komplementärs einer KGaA, den dieser in seiner Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter erhält, gehört nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, da er insoweit die Stellung eines Mitunternehmers innehat (§ 15 Abs. 1 Nr. 3). Ist der Komplementär gleichzeitig am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt und hält er die Aktien im PV, sind die zugeflossenen Gewinnanteile als Einnahmen aus Kapitalvermögen anzusetzen (BFH v. 21.6.1989 – X R 14/88, BStBl. II 1989, 881). Gehören die Aktien dagegen zum BV des Komplementärs, liegen Sonderbetriebseinnahmen iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 3 vor.

Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Bei einer GmbH wird die Summe der Mitgliedschaftsrechte als Geschäftsanteil bezeichnet (§ 14 GmbHG). Zu den Mitgliedschaftsrechten, die der Geschäftsanteil repräsentiert, gehören das Gewinnbezugsrecht (§ 29 Abs. 1 GmbHG) und das Recht an der Beteiligung am Liquidationserlös (§ 72 GmbHG). Auch nach der grundlegenden Reform des GmbHG durch das MoMiG v. 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026) muss das Stammkapital einer GmbH grds. weiterhin 25 000 € betragen (§ 5 Abs. 1 GmbHG).

► *Unternehmergesellschaft:* Jedoch ist es nach § 5a GmbHG nunmehr zulässig, eine „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ mit einem Stammkapital von

1 € bis 24999 € zu gründen (UG). Bei der UG handelt es sich nicht um eine eigenständige Rechtsform, sondern um eine Unterform der GmbH (LUTTER/HOMMELHOFF XVIII. § 5a GmbHG Rn. 2). Anteile an der UG sind solche iSd. Abs. 1 Nr. 1, weil die UG eine GmbH ist, die sich nur durch die Höhe des Stammkapitals von einer „regulären“ GmbH unterscheidet.

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

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

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

51 Einstweilen frei.

b) Anteile an vergleichbaren Körperschaften oder Personenvereinigungen

52 aa) Anteile an vergleichbaren inländischen Körperschaften oder Personenvereinigungen

Keine abschließende Aufzählung: Auch Bezüge aus Anteilen an Körperschaften oder Personenvereinigungen, die in Abs. 1 Nr. 1 nicht ausdrücl. erwähnt sind, können nach dieser Vorschrift als Einnahmen zu erfassen sein, weil es sich nach hM um keine abschließende Aufzählung handelt (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7; v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399; v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315; dagegen hat BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552, die Frage ausdrücl. offen gelassen; DÖTSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 45; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 61; HAMACHER/DAHM in KORN, § 20 Rn. 134; SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 201; aA WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 31; WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. C 9; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910). Diese Auslegung wird durch die Begründung des Entwurfs des KStG 1977 best. (BTDrucks. 7/1470, 272). Auch uE ist ihr zuzustimmen, da sie den wirtschaftlichen Gegebenheiten und dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Die Bedeutung dieser Frage ist nach Einführung der neuen Besteuerungstatbestände der Abs. 1 Nr. 9 und 10 durch das StSenkG v. 23.10.2000 erheblich gesunken (VON BECKERATH in KIRCHHOFF XII. § 20 Rn. 48a).

Vergleichbare Vereinigungen: Als Voraussetzung der entsprechenden Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 verlangt die Rspr., dass die Vereinigung einer der dort genannten Körperschaften vergleichbar ist und dass die an ihr bestehenden Mitgliedschaftsrechte einer kapitalmäßigen Beteiligung gleichstehen (vgl. zB BFH v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315). Ob diese Voraussetzungen er-

füllt sind, muss in jedem einzelnen Fall nach dem Gesamtbild der Struktur der Vereinigung beurteilt werden. Zu den Anhaltspunkten für eine kapitalmäßige Beteiligung gehört das Recht, an Gewinnausschüttungen und am Liquidationserlös beteiligt zu werden, ferner die Möglichkeit, die Mitgliedschaftsrechte zu veräußern, sowie die Abstufung der Stimmrechte nach der Höhe der geleisteten Einlagen.

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

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

Realgemeinde, Jahnschaft, Ritterschaft: Nach der Rspr. des BFH gehören Einnahmen aus einer Realgemeinde (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7, zu Forstgenossenschaft), einer Jahnschaft (BFH v. 5.9.1963 – IV 213/58 S, BStBl. III 1964, 117) und die Braugelder der brauberechtigten und eine Realgemeinde bildenden Bürger einer Stadt (BFH v. 24.6.1966 – VI 171/65, BStBl. III 1966, 579) zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1. Zum Begriff Realgemeinde vgl. § 3 KStG Anm. 35. Einnahmen aus einer Ritterschaft gehören jedoch nicht zu solchen Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 (BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552).

Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit: Die Beteiligung an einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) steht den in Abs. 1 Nr. 1 aufgezählten Anteilen nicht gleich (BFH v. 13.11.1991 – I R 45/90, BStBl. II 1992, 429). Die Beteiligung an einem VVaG vermittelt daher keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1. Dies gilt auch für Zahlungen an ein Mitglied, auch wenn die Zahlung als „Dividende“ bezeichnet wird (BFH v. 20.2.1970 – VI R 11/68, BStBl. II 1970, 314).

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

Einstweilen frei.

53

bb) Anteile an nach ausländischem Recht gegründeten Körperschaften oder Personenvereinigungen

54

Vergleichbare innere Struktur: Zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 gehören auch Gewinnanteile, die von einer ausländ. KapGes. stammen (zB BFH v. 6.6.2012 – I R 52/11, BFH/NV 2012, 1720). Nach ausländ. Recht gegründete Körperschaften und Personenvereinigungen können Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 ver-

mitteln, wenn das ausländ. Rechtsgebilde seiner inneren Struktur nach mit einer nach deutschem Recht gegründeten AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft im Wesentlichen vergleichbar ist (sog. Typenvergleich; BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399; v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315; v. 20.8.2008 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263; v. 20.10.2010 – I R 117/08, BFH/NV 2011 669). Die Vergleichbarkeit mit einer inländ. Körperschaft iSd. Abs. 1 Nr. 1 setzt voraus, dass das ausländ. Rechtsgebilde wie eine juristische Person körperschaftlich strukturiert ist und dem Anteilseigner aufgrund seiner Beteiligung das Recht auf Gewinnausschüttungen und die Teilhabe am Liquidationsvermögen zusteht (BMF v. 19.3.2004, BStBl. I 2004, 411; JOHANNESMANN/WÜNSCHIG, IStR 2010, 897). Für die Beurteilung ist nicht entscheidend, ob die Gesellschaft im Sitzstaat als Körperschaft oder PersGes. angesehen wird, ob sie mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist und ob sie im Sitzstaat einer KSt oder einer ESt unterworfen wird (BFH v. 4.4.2007 – I R 110/05, BStBl. II 2007, 521, glA WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. C 6). Dementsprechend kann auch eine ausländ. Gesellschaft, die nach dem Typenvergleich mit einer deutschen KapGes. vergleichbar ist, als Körperschaft iSd. Abs. 1 Nr. 1 anzusehen sein, auch wenn sie im Sitzstaat entsprechend eines dort gegebenen Wahlrechts stl. nicht als Körperschaft, sondern als PersGes. besteuert wird (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Rn. 2; BFH v. 20.8.2008 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263, zur amerikanische Limited Liability Company – LLC; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 62).

Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften: Auch ausländ. KapGes., die ihren Sitz nach Deutschland verlegen, können Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 vermitteln. Nach den Entscheidungen des EuGH in der Rs. Überseering v. 5.11.2002 (C-208/00) und Inspire Art v. 30.9.2003 (C-167/01) muss der Zuzugsstaat die Rechtsform und Rechtspersönlichkeit einer KapGes. bei einer Verlegung des Sitzes vom EU-Ausland in das Inland anerkennen. Damit verstößt die in der Vergangenheit in Deutschland vertretene Sitztheorie, nach der eine nach ausländ. Recht gegründete KapGes. durch Verlegung des Sitzes ihre Rechtsfähigkeit verliert (BGH v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269), gegen Europarecht. Dementsprechend hat der BGH seine Rspr. an die europarechtl. Vorgaben angepasst (BGH v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, ZIP 2003, 718). Im Jahre 1992 hatte der IX. Senat des BFH unter Berücksichtigung der Sitztheorie die Auffassung vertreten, dass eine ausländ. KapGes. nach dem Zuzug mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, sondern nach Nr. 5 unbeschr. kstpfl. sei (BFH v. 23.6.1992 – IX R 182/87, BStBl. II 1992, 972). Danach hätten die Gesellschafter keine Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 1 erzielt (s. ausführl. WASSERMEYER, DStJG 20 [1997], 83). Der I. Senat vertrat dagegen schon früher die Auffassung, dass eine ausländ. KapGes. nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG unbeschr. kstpfl. ist (BFH v. 24.3.1998 – I R 49/96, BStBl. II 1998, 650). Die Entscheidung des IX. Senats des BFH ist uE damit überholt. Verliert eine Gesellschaft durch den Wegzug nach dem Recht des Gründungsstaats ihren Rechtsstatus, was nach der EuGH-Rspr. nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt (EuGH v. 16.12.2008 – Cartesio, C-210/06, IStR 2009, 59; v. 27.9.1988 – Daily Mail, 81/87, NJW 1989, 2186), so kann die Gesellschaft allerdings keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 mehr vermitteln.

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

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

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

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

Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös: Genussrechte vermitteln nur Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn mit ihnen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös verbunden ist (BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77; v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861). Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, sind die Bezüge nach Abs. 1 Nr. 7 anzusetzen. Mangels Beteiligung am Liquidationserlös wird dem Genussrechtinhaber keine gesellschaftsähnliche Rechtsstellung vermittelt (BFH v. 12.12.2012 – I R 27/12, BStBl. II 2013, 682). Die Erfassung der Bezüge aus Genussrechten mit Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös nach Abs. 1 Nr. 1 entspricht der Behandlung der Ausschüttungen auf diese Genussrechte bei der KapGes. Die Ausschüttungen stehen nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG den Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter gleich. Sie sind daher bei der Einkommensermittlung der KapGes. nicht abziehbar (s. ausführl. § 8 KStG Anm. 183 ff.).

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

Zu Einzelfragen der Beteiligung am Gewinn s. ausführl. § 8 KStG Anm. 183 f.

► *Beteiligung am Liquidationserlös:* Eine Beteiligung am Liquidationserlös, dh am Abwicklungsendvermögen iSd. § 11 KStG, setzt voraus, dass der Genussrechtinhaber an den stillen Reserven der KapGes. beteiligt ist, wobei eine nur anteilige Beteiligung genügt. Allein der Anspruch auf Rückzahlung zum Nennbetrag ist nicht ausreichend (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861). Die FinVerw. will ein Genussrecht iSd. Abs. 1 Nr. 1 dagegen auch annehmen, wenn die Rückzahlung des Genusskapitals nicht vor der Liquidation verlangt oder frühestens nach 30 Jahren geltend gemacht werden kann (BMF v. 27.12.1995, BStBl. I 1996, 49). Diese Auffassung widerspricht jedoch Wortlaut und Sinn der Vorschrift (SCHULTE in ERLE/SAUTER III. § 8 KStG Rn. 321). Der BFH

ist dieser Auffassung deshalb zu Recht ausdrückl. entgegengetreten (BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77). Auch bei einem Verzicht des Genussrechtsinhabers auf die Kapitalrückzahlung soll nach Auffassung der FinVerw. eine Beteiligung am Liquidationserlös vorliegen (BMF v. 27.12.1995, BStBl. I 1996, 49). Bei einem Verzicht auf eine Kapitalrückzahlung fehlt es uE an einer Beteiligung am Liquidationserlös (BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77; offen gelassen von BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861; s. ausführl. § 8 KStG Anm. 187; glA Gosch in Gosch II. § 8 KStG Rn. 151).

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

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

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

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

57 Einstweilen frei.

58 d) Erweiterung des Anwendungsbereichs des Abs. 1 Nr. 1 durch Verweisungen in anderen Gesetzen

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

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

► *Erträge nach dem KAGG und AuslInvestmG:* Bis zur Einführung des InvStG v. 15.12.2003 wurden Erträge von inländ. Kapitalanlagegesellschaften nach dem KAGG und von ausländ. Kapitalanlagegesellschaften nach dem AuslInvestmG besteuert. Nach den §§ 39, 40 KAGG sowie den §§ 17, 18 AuslInvestmG werden auch aus Anteilen an Kapitalanlagegesellschaften Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 erzielt. Das KAGG und das AuslInvestmG sind nach § 19 Abs. 2 InvStG letzt-

malig auf das Geschäftsjahr der Kapitalanlagegesellschaft anzuwenden, das vor dem 1.1.2004 beginnt. Damit werden Erträge erfasst, die bis zum 31.12.2003 zugeflossen sind.

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

Erträge nach dem REITG: Nach § 19 Abs. 1 REITG gehören Ausschüttungen einer REIT-AG oder andere REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn der Anteilseigner die Beteiligung im PV hält.

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

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

Einstweilen frei.

59

2. Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1

a) Begriff Bezüge

60

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

Veranlassung durch das Beteiligungsverhältnis: Die Vermögensmehrung muss durch das Beteiligungsverhältnis veranlasst sein (BFH v. 12.10.1982 – VIII R 72/79, BStBl. II 1983, 128). Eine Veranlassung durch das Beteiligungsverhältnis ist anzunehmen, wenn die Vorteilszuwendung bei wertender Beurteilung des die Vorteilszuwendung auslösenden Moments als dem Gesellschaftsverhältnis iSd. Abs. 1 Nr. 1 (sog. Erwerbssphäre) zugehörig anzusehen ist (BFH v. 10.3.1992 – VIII R 66/89, BStBl. II 1992, 1032; v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468). Der maßgebliche Bestimmungsgrund muss nicht ausschließlich der Erwerbssphäre zuzurechnen sein. Vielmehr ist eine Mitveranlassung idS. ausreichend, dass das auslösende Moment der Vermögensmehrung nach der an den Umständen des Einzelfalls auszurichtenden Wertung in signifikantem Ausmaß zumindest auch dem Gesellschaftsverhältnis zuzuordnen ist (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468; glA WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. C 18; allg. zum Veranlassungsprinzip BFH v. 4.7.1990 – GrS 2-3/89, BStBl. II 1990, 817). Dagegen ist eine Vermögensmehrung nicht durch das Beteiligungsverhältnis veranlasst, wenn ein Anteilseigner oder Genussrechts-

inhaber im Rahmen eines Leistungsaustausches angemessene Zahlungen von der Körperschaft erhält, an der er beteiligt ist.

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

Zufluss der Bezüge: Da für die Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 das Zuflussprinzip des § 11 gilt, sind nur dem Anteilseigner zugeflossene Beträge stl. von Bedeutung, es sei denn, dass die Bezüge nach Abs. 8 einer anderen Einkunftsart zuzurechnen sind (s. ausführl. Anm. 650 ff.). Allein eine Vermögensminderung auf der Ebene der KapGes. ohne Zufluss beim Anteilseigner führt nicht zu stpfl. Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1 (WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. C 16). Thesaurierte Gewinne werden dem Trennungsprinzip folgend beim Anteilseigner nicht erfasst (WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 32).

Zufluss beim beherrschenden Gesellschafter: Bei einem beherrschenden Gesellschafter ist eine Gewinnausschüttung bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung zugeflossen, vorausgesetzt, die Körperschaft ist zu diesem Zeitpunkt zahlungsfähig (BFH v. 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541; v. 17.11.1998 – VIII R 24/98, BStBl. II 1999, 223; s. ausführl. § 11 Anm. 62). Dies soll auch für eine Vorabausschüttung gelten, so dass die Vorabausschüttung einem beherrschenden Gesellschafter im Zeitpunkt der Beschlussfassung zufließen soll (FG Köln v. 17.10.2011 – 7 K 783/08, EFG 2012, 834, nrkr., Az. BFH VIII R 2/12).

b) Arten der Bezüge

aa) Gewinnanteile (Dividenden)

61 (1) Begriff

Als Gewinnanteil werden alle Zuwendungen in Geld oder Geldeswert erfasst, die dem Anteilseigner aufgrund seines Gesellschaftsverhältnisses zufließen, soweit die Vorteilszuwendungen nicht als Kapitalrückzahlung zu werten sind (BFH v. 6.6.2012 – I R 6, 8/11, BStBl. II 2013, 111). Gewinnanteile sind insbes. die Anteile der Anteilseigner (Abs. 5) oder Genussrechtsinhaber an dem ausgeschütteten Gewinn einer AG, GmbH, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft oder einer vergleichbaren Personenvereinigung. Es handelt sich um alle Leistungen, die der Anteilseigner aufgrund seines Gewinnbezugsrechts erhält (FEYERABEND in ERLE/SAUTER III. § 20 Rn. 45). Ob und inwieweit der ausgeschüttete Gewinn bei der ausschüttenden Körperschaft oder Personenvereinigung der KSt unterlegen hat, ist für die Erfassung der Gewinnanteile bei den Anteilseignern unerheblich (BFH v. 31.10.1969 – VI R 75/67, BStBl. II 1970, 54; v. 27.6.1990 – I R 15/88, BStBl. II 1991, 150).

62 (2) Gewinnanteile der Aktionäre

In welcher Höhe eine AG Gewinn ausschüttet, hängt von dem Beschl. der Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns ab (§ 174 Abs. 2 Nr. 2 AktG). Das Gewinnbezugsrecht der Aktionäre (§ 58 Abs. 4 AktG) wird durch den Gewinnverwendungsbeschluss zu einem Anspruch konkretisiert. Die Anteile der Aktionäre an dem ausgeschütteten Gewinn richten sich nach der Sat-

zung (§ 60 Abs. 3 AktG). Sieht sie keinen anderen Verteilungsmaßstab vor, bestimmen sich die Anteile nach dem Verhältnis der Aktiennennbeträge (§ 60 Abs. 1 AktG). Geldwerte Sondervorteile, die ein Aktionär über den ihm zustehenden Anteil an dem ausgeschütteten Teil des Bilanzgewinns hinaus von der AG erhält, sind nicht Gewinnanteile, sondern eine vGA. Das gilt auch, wenn die Sondervorteile auf einem Beschl. der Hauptversammlung beruhen (vgl. § 243 Abs. 2 AktG). Nach § 58 Abs. 5 AktG, der durch das TransPuG v. 19.7.2002 (BGBl. I 2002, 2681) eingeführt wurde, sind nunmehr auch Sachdividenden zulässig.

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

Ausgleichszahlung an Minderheitsgesellschafter: Ausgleichszahlungen einer OG an Minderheitsgesellschafter aufgrund eines Vertrags über die „Dividendengarantie“ sind Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 iVm. Abs. 3, gleichgültig ob die OG oder der OT zahlt. Selbst wenn der zahlende OT eine natürliche Person oder PersGes. ist, beziehen die Minderheitsgesellschafter Gewinnanteile (BFH v. 27.11.1956 – I D 1/56 S, BStBl. III 1957; v. 2.3.1993 – VIII R 13/91, BStBl. II 1993, 602; v. 3.2.2010 – I B 32/09, BFH/NV 2010, 1128; HAMACHER/DAHME in KORN, § 20 Rn. 145).

Zinsen auf das Eigenkapital einer brasilianischen Kapitalgesellschaft: Zinsen auf das Eigenkapital nach Maßgabe der Brasilianischen Gesetze Nr. 9.249/95 und Nr. 9.430/96 stellen Gewinnanteile iSd. Abs. 1 Nr. 1 und keine Kapitalerträge iSd. Abs. 1 Nr. 7 dar. Die Höhe der Zinszahlungen errechnet sich anhand der Summe des Aktienkapitals, der Kapitalreserve, der Gewinnvortragsreserve sowie des Jahresgewinns bzw. -verlustes und kann nur von Gesellschaftern bezogen werden. Somit sind diese Zahlungen durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst (BFH v. 6.6.2012 – I R 6, 8/11, BStBl. II 2013, 111; s. auch HAGENA, FR 2012, 1177; ERNSTING, IWB 2013, 417).

(3) Gewinnanteile der GmbH-Gesellschafter

63

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

Disquotale Gewinnausschüttung: Die Rspr. erkennt eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Gewinnverteilung zwischen den Gesellschaftern auch strechtl. an (BFH v. 19.8.1999 – I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; FG Ba.-Württ. v. 7.5.2008 – 13 K 146/04, EFG 2008, 1206, rkr.; FG Münster v. 12.4.2011 – 1 K 3117/08 F, EFG 2012, 94, nrkr., Az. BFH IV R 28/11). Eine solche disquotale Gewinnausschüttung ist gesellschaftsrechtl. zulässig, so dass sie auch stl. anzuerkennen ist, selbst wenn sie dazu dient, einem Gesellschafter erhöhtes Verlustnutzungspotenzial zu verschaffen (glA ERHART/RIEDEL, BB

2008, 2266; TAVAKOLI, DB 2006, 1882; BALMES/GRAESSNER, DStR 2002, 838; ROSE, FR 2002, 1; SCHWEDHELM/BINNEWIES, DB 2001, 503; GOSCH, StBp. 2000, 339; aA GROH, DB 2000, 1433; PAUS, FR 2000, 197). Ein Gestaltungsmissbrauch liegt unter fremden Dritten regelmäßig nicht vor (BFH v. 28.6.2006 – I R 97/05, BFH/NV 2006, 2207).

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

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

Vorabauschüttung: Gewinnanteile erhalten die Anteilseigner auch, wenn die Gesellschafter eine Vorabauschüttung auf den bis zum Ende des Geschäftsjahres zu erwartenden Gewinn beschlossen haben (§ 46 Nr. 1 GmbHG; BFH v. 19.8.2003 – VIII R 44/01, BFH/NV 2004, 925). Vorabauschüttungen einer GmbH erfordern keine Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag. Sie sind zulässig, wenn im Zeitpunkt der Zahlung nach sorgfältiger kaufmännischer Beurteilung am Jahresende mit einem entsprechenden Jahresüberschuss zu rechnen ist (BFH v. 27.1.1977 – I R 39/75, BStBl. II 1977, 491). Vorabauschüttungen ohne wirksamen Gesellschafterbeschluss stellen eine vGA dar. Zum Zufluss bei einem beherrschenden Gesellschafter s. FG Köln 17.10.2011 – 7 K 783/08, EFG 2012, 834, nrkr., Az. BFH VIII R 2/12; s. auch Anm. 60.

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

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

Zinsen auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen: Siehe Anm. 81.

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

64 (4) Gewinnanteile aus Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

Gewinnanteil und Rückvergütung: Bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist zwischen Gewinnausschüttungen nach § 19 GenG, aus denen Gewinnanteile der Mitglieder entstehen, und Rückvergütungen an die Mitglieder zu

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

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

Einstweilen frei.

65

bb) Ausbeuten aus Anteilen an bergrechtlichen Gewerkschaften

66

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

cc) Sonstige Bezüge aus Anteilen iSd. Abs. 1 Nr. 1

67

Neben Gewinnanteilen und Ausbeuten gehören auch sonstige Bezüge zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1. Dazu zählen alle Einnahmen, die dem Gesellschafter oder Genussrechtinhaber aus einem der in Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Unternehmen aufgrund seiner Beteiligung zufließen und nicht Gewinnanteile oder Ausbeuten sind (RATSCHEW in BLÜMICH, § 20 Rn. 74). Daher umfassen die sonstigen Bezüge auch die „besonderen Entgelte oder Vorteile“ iSd. Abs. 2 Nr. 1. Diese Vorschrift soll nur klarstellen, dass es auf die Bezeichnung der in Abs. 1 aufgezählten Kapitalerträge nicht ankommt (BFH v. 21.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II 1973, 449; v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468). Es ist auch unerheblich, ob die Bezüge zu Lasten des Gewinns oder zu Lasten der Vermögenssubstanz der Gesellschaft geleistet werden (BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02, BStBl. II 2005, 468; v. 6.6.2012 – I R 6, 8/11, BStBl. II 2013, 111). Zu den sonstigen Bezügen gehören gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 insbes. vGA.

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

Spin-off: Bei einem sog. spin-off überträgt eine Körperschaft in ihrem Besitz befindliche Anteile an einer weiteren Körperschaft ohne zusätzliches Entgelt auf ihre Anteilseigner. Erfolgt in diesem Zusammenhang keine Kapitalherabsetzung und liegen die Voraussetzungen einer Spaltung nach § 15 UmwStG oder einer Kapitalrückzahlung nicht vor, erzielt der Anteilseigner der übertragenden Körperschaft Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Form einer Sachdividende (BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, BFH/NV 2011, 669; BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 – Tz. 34; DÖRSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 62). Die Gewährung der Anteile ist durch das Beteiligungsverhältnis veranlasst und berührt nicht nur die Vermögensebene (FG Rhld.-Pfl. v. 8.6.2004 – 2 K 2223/02, EFG 2005, 1047, rkr.), wenn es sich nicht um eine Kapitalrückzahlung handelt (BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, BFH/NV 2011, 669).

Spin-off bei ausländischer Kapitalgesellschaft: Diese Grundsätze gelten auch für den Fall, dass der inländ. Gesellschafter Anteile im Rahmen eines *spin-off* von einer ausländ. KapGes. erhält. Die Abgrenzung, ob ein stpfl. Kapitalertrag oder eine nicht stbare Kapitalrückzahlung vorliegt, richtet sich dabei nach dem ausländ. Handels- und Gesellschaftsrecht. Stellt die Übertragung der Anteile nach dem für die Gesellschaft geltenden ausländ. Handels- und Gesellschaftsrecht eine Kapitalrückzahlung dar, liegen keine stpfl. Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vor (BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, BFH/NV 2011, 669). Dies gilt zumindest bis zur Einführung des § 27 Abs. 8 KStG durch das SEStEG v. 7.12.2006: zu Einzelheiten s. ausführl. Anm. 102; SPILKER/PESCHKE, DStR 2011, 385 (390); SIEVERT/SEDEMUND, DB 2011, 1606.

Zur Ausnahmeregelung nach Abs. 4a s. Anm. 580 ff.

68–69 Einstweilen frei.

c) Abgrenzung der Bezüge

70 aa) Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus Veräußerung von Anteilen

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

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

Erwerb eigener Anteile: Erwirbt eine KapGes. zum angemessenen Preis eigene Anteile, fließen dem Veräußerer der Anteile im Zeitpunkt der Veräußerung keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 zu. Es handelt sich auch in diesem Fall um einen Veräußerungsvorgang (BFH v. 6.12.1995 – I R 51/95, BStBl. II 1998, 781; BREUNINGER, DStZ 1991, 420; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. C 40; WASSERMEYER, FS Schmidt, 1993, 621). Auch in dem Fall, dass die Anteile erworben werden, um sie einzuziehen, liegen uE keine Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 vor (glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 93; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. C 40; aA noch

BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509, aufgehoben durch BMF v. 10.8.2010, BStBl. I 2010, 659).

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

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

bb) Abgrenzung der Bezüge gegen Entgelt aus veräußerungsähnlichen Vorgängen 71

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

Die Einziehung eines GmbH-Anteils gem. § 34 GmbHG ist als ein Veräußerungsvorgang zu beurteilen, der beim Gesellschafter nicht zu Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1 führt (hM WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. C 39; GOSCH in KIRCHHOF XII. § 17 Rn. 54; s. auch § 17 Anm. 89). Durch die Einziehung eines GmbH-Anteils nach § 34 GmbHG wird der Gesellschaftsanteil zwar vernichtet, eine Änderung des Stammkapitals ist damit aber nicht verbunden (LUTTER/HOMMELHOFF XVIII. § 34 GmbHG Rn. 2). Die Rechte und Pflichten der verbleibenden Gesellschafter erhöhen sich entsprechend. Dem betroffenen Gesellschafter steht ein Abfindungsanspruch zu. Die Einziehung ist uE daher wirtschaftlich aus Sicht des Gesellschafters mit einer Veräußerung zu vergleichen. Lediglich für den Fall, dass die gezahlte Abfindung unangemessen hoch ist, kann der überhöhte Betrag eine vGA gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 darstellen (BFH v. 3.3.2009 – I B 51/08, BFH/NV 2009, 1280).

► *Abweichende Auffassung:* Nach aA handelt es sich bei der Einziehung gegen Abfindung wirtschaftlich um eine Teilliquidation, die beim betroffenen Gesellschafter zu Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 2 führen (WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 17 Rn. 101; OSSENDORF, BB 1979, 40; THIEL, FS Schmidt, 1993, 569).

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

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

cc) Abgrenzung der Bezüge gegen nichtsteuerbare Kapitalrückzahlungen 72

Kapitalrückzahlung nicht steuerbar: Die Rückzahlung von Kapital gehört nicht zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1, soweit sich die Anteile im PV befinden. Bei gesellschaftsrechtl. verursachten Zahlungen an die Anteilseigner sind dementsprechend die Bezüge aus Anteilen von steuerneutralen Kapitalrückzahlungen

lungen zu unterscheiden. Letztere bewirken lediglich eine Umschichtung im Vermögen der Anteilseigner: Sie erhalten zurück, was sie in die KapGes. eingelegt haben, und gleichzeitig verringert sich der Wert ihrer Anteile entsprechend. Eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung setzt grds. voraus, dass die handelsrechtl. Anforderungen an eine Kapitalherabsetzung oder Liquidation eingehalten werden (BFH v. 15.11.1994 – VIII R 74/93, BStBl. II 1995, 315; v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725; v. 10.8.2005 – VIII R 26/03, BStBl. II 2006, 22; v. 20.10.2010 – I R 117/08, BFH/NV 2011, 669). Zur Einlagenrückgewähr nach § 27 KStG iSd. Abs. 1 Satz 3 s. Anm. 120 ff.

Ausländische Körperschaft: Kapitalrückzahlungen einer ausländ. Körperschaft, die mit einer inländ. Körperschaft iSd. Abs. 1 Nr. 1 vergleichbar ist, stellen ebenfalls keinen stpfl. Kapitalertrag dar, soweit die Rückzahlung auf einer nach ausländ. Recht wirksamen Kapitalherabsetzung beruht (BFH v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189). Ebenso liegt eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung vor, wenn nach ausländ. Handels- und Gesellschaftsrecht von einer Rückzahlung aus einer Kapitalrücklage auszugehen ist (BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, BFH/NV 2011, 669). Sonderregelungen gelten nach Einführung des § 27 Abs. 8 KStG sowohl für im EU-Ausland ansässige KapGes. als auch für KapGes., die in Drittstaaten ansässig sind (s. Anm. 102 und § 27 KStG Anm. 160 ff.). Zur Kapitalrückzahlung außerhalb einer Nennkapitalrückzahlung s. Anm. 124.

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

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

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

Rückgewähr von Nachschüssen der GmbH-Gesellschafter: Nachschüsse von GmbH-Gesellschaftern werden auf den stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG

erfasst. Die Rückgewähr von Nachschüssen, die nach § 30 Abs. 2 GmbHG unter den dort genannten Voraussetzungen gesellschaftsrechtl. zulässig ist (LUTTER/HOMMELHOFF XVIII. § 30 GmbHG Rn. 66), kann daher zu nicht stbaren Einnahmen gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 führen. Zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 26 f.

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

Einstweilen frei.

73–74

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

(1) Wertänderung durch Ausgabe von Bezugsrechten

75

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

Bezugsrecht bei Aktiengesellschaft: Jedem Aktionär muss nach § 186 Abs. 1 AktG auf sein Verlangen ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Aktien zugeteilt werden, wenn eine AG oder KGaA ihr Grundkapital gegen Einlagen erhöht (Bezugsrecht). Durch den Kapitalerhöhungsbeschluss der Hauptversammlung (§ 182 Abs. 1 Satz 1 AktG) wird das allgemeine Bezugsrecht zu einem selbständig verwertbaren Forderungsrecht des Aktionärs konkretisiert (HEFERMEHL/BUNGEROTH in GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, § 186 AktG Rn. 16). Das Bezugsrecht ist kein Ertrag aus der Beteiligung, sondern ein mit dem Wirksamwerden des Kapitalerhöhungsbeschlusses von Gesetzes wegen entstandenes Forderungsrecht des Aktionärs, das aus der alten Aktie hervorgegangen ist (BFH v. 22.5.2003 – IX R 9/00, BStBl. II 2003, 712). Die neuen Anteile repräsentieren die aus den alten Aktien abgespaltenen Vermögensrechte.

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

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

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

76 (2) Wertänderung durch Freianteile

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

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

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

77 (3) Wertänderung durch Erwerb eigener Anteile oder durch Einziehung von Anteilen

Erwerb eigener Anteile: Erwirbt eine KapGes. die Anteile eines Gesellschafters, erzielen die verbleibenden Gesellschafter durch den Erwerbsvorgang keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1, auch wenn sich der Wert ihrer Anteile durch den Vorgang erhöhen sollte. Das Gleiche gilt auch, wenn eine KapGes. eigene Anteile gegen Zahlung einer Abfindung an den betroffenen Gesellschafter einzieht (BFH v. 28.1.1966 – VI 89/65, BStBl. III 1966, 245). Den Gesellschaftern fließt selbst bei einer unentgeltlichen Einziehung eigener Anteile, die zB erfolgt, weil sich gezeigt hat, dass die Anteile nicht veräußerbar sind, keine Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 zu (BFH v. 29.7.1992 – I R 31/91, BStBl. II 1993, 369).

Veräußerung eigener Anteile: Veräußert die KapGes. eigene Anteile zu einem unangemessen niedrigen Preis an einen Gesellschafter, führt dies zu einer vGA. Eine Verrechnung der vGA mit der durch die Veräußerung unter Wert eintretenden Wertminderung der übrigen Anteile ist nicht zulässig (BFH v. 31.10.1990 – I R 47/88, BStBl. II 1991, 255; v. 3.3.2009 – I B 51/08, BFH/NV 2009, 1280; v. 3.3.2010 – I B 102/09, BFH/NV 2010, 1131).

78 d) Rechtsfolgen

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

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

rens ist ein entsprechender Antrag des jeweiligen Anteilseigners (zu Einzelheiten s. § 32d Anm. 46 ff.). Nach Abs. 9 ist der Abzug der tatsächlich mit den Einnahmen in Zusammenhang stehenden WK ausgeschlossen (s. Anm. 680 ff.). Zur Verfassungsmäßigkeit des WK-Ausschlusses s. Anm. 8.

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

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

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

Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer: Für Dividenden, die unter dem Regime des KStAnrechnungsverfahrens gezahlt wurden, ist Deutschland nach der Rspr. des EuGH zur Anrechnung ausländ. KSt verpflichtet (EuGH v. 6.3.2007 – Meilicke I, C-292/04, EuGHE 2007, I-1835; s. krit. ENGLISCH, Dividendenbesteuerung, 2005, 344 ff.; zu den Anforderungen an den Nachweis der ausländ. KSt s. EuGH v. 30.6.2011 – Meilicke II, C-262/09, EuZW 2011, 642; FG Münster v. 19.1.2012 – 5 K 105/07, EFG 2012, 946, nrkr., Rev. Az. BFH I R 38/12; INTEMANN, NWB 2011, 3268).

Rückzahlung: Die Rückzahlung einer offenen Gewinnausschüttung oder einer Vorbausschüttung kann den Zufluss nicht rückwirkend beseitigen. Es liegen auch keine negativen Einnahmen oder WK beim Anteilseigner vor. Vielmehr handelt es sich sowohl aus der Sicht der KapGes. als auch aus der Sicht des Anteilseigners um eine Einlage (BFH v. 3.8.1993 – VIII R 82/91, BStBl. II 1994, 561; v. 29.8.2000 – VIII R 7/99, BStBl. II 2001, 173; v. 1.4.2003 – I R 51/02, BStBl. II 2003, 779; glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 72).

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

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

Verluste: Der Genussrechtsinhaber kann auch am Verlust der KapGes. beteiligt sein. Verlustanteile im PV können weder als WK noch als negative Einnahmen stmindernd berücksichtigt werden, da ein Verlust sich nur auf der Vermögens-

ebene auswirkt. Zur Berücksichtigung von Verlusten im Anwendungsbereich des Abs. 2 Nr. 1 s. Anm. 430.

79 Einstweilen frei.

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

a) Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung

80 aa) Unterschiedliche Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung bei der Körperschaft und dem Anteilseigner

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

Aufgabe der Einheitsdefinition: Zunächst hatte die Rspr. eine einheitliche Definition der vGA entwickelt, die für die Besteuerung der Körperschaft wie des Anteilseigners maßgebend war (zB BFH v. 21.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II 1973, 449; v. 28.1.1981 – I R 10/77, BStBl. II 1981, 612; sog. Einheitsdefinition). Die Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung hat der I. Senat des BFH mit einer Entscheidung vom 1.2.1989 (I R 73/85, BStBl. II 1989, 522) erstmals aufgegeben. Seit der Rechtsprechungsänderung durch den I. Senat ist ausschließlich aus Sicht der Körperschaft zu beurteilen, ob eine vGA iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vorliegt. Die Voraussetzung, dass dem Anteilseigner ein Vermögensvorteil zugewendet werden muss, wurde aufgegeben (WASSERMEYER, DStR 1990, 158; OPPENLÄNDER, Verdeckte Gewinnausschüttung, 2004, 19). Die eigenständige Definition soll zum Ausdruck bringen, dass die für die Fälle einer vGA in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG angeordnete Hinzurechnung zum Einkommen der Körperschaft den Zufluss eines entsprechenden Vermögensvorteils beim Gesellschafter weder in zeitlicher noch in tatsächlicher Hinsicht voraussetzt (GOSCH in GOSCH II. § 8 KStG Rn. 170; WASSERMEYER, FR 1989, 218 [220]). Erst mit der Entscheidung vom 7.8.2002 (I R 2/02, BStBl. II 2004, 131) hat der BFH die Definition einer vGA auf der Ebene der Körperschaft dahingehend konkretisiert, dass die Unterschiedsbetragsminderung die objektive Eignung haben muss, beim Anteilseigner einen Beteiligungsertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1 auszulösen (HERLINGHAUS, GmbHR 2003, 373).

Definition der verdeckten Gewinnausschüttung iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG: Seit der Änderung seiner Rspr. im Jahre 1989 definiert der I. Senat des BFH eine vGA iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG auf der Ebene der Körperschaft als eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrags gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG iVm. § 8 Abs. 1 KStG auswirkt und in keinem Zu-

sammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht (BFH v. 1.2.1989 – I R 73/85, BStBl. II 1989, 522; v. 22.2.1989 – I R 44/85, BStBl. II 1989, 475; v. 6.12.1995 – I R 88/94, BStBl. II 1996, 383; v. 11.10.2012 – I R 75/11, BFH/NV 2013, 324). Ob eine vGA iSd. § 8 Abs. 3 KStG vorliegt, wird nur noch aus dem Blickwinkel der KapGes. beurteilt. Zwar ist die vGA nicht von einem (tatsächlichen) Zufluss eines entsprechenden Vermögensvorteils beim Anteilseigner abhängig. Jedoch muss der auf der Ebene der Körperschaft zu beurteilende Vorgang objektiv geeignet sein, bei dem begünstigten Anteilseigner einen sonstigen Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 auszulösen (sog. Vorteilsgeneigtheit; BFH v. 7.8.2002 – I R 2/02, BStBl. II 2004, 131; v. 18.3.2009 – I R 63/08, BFH/NV 2009, 1842).

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

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

Getrennte Beurteilung: Ob eine vGA beim Anteilseigner iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 vorliegt, ist unabhängig davon zu beurteilen, ob eine vGA auf der Ebene der Körperschaft anzunehmen ist. Dies gilt sowohl für die Beurteilung der materiellen Voraussetzungen einer vGA als auch für die formellrechtl. Zusammenhänge, denn nach stRspr. des BFH stehen der StBescheid der vorteilsgewährenden Körperschaft und des empfangenden Anteilseigners nicht im Verhältnis von Grundlagen- zu Folgebescheid (BFH v. 27.10.1992 – VIII R 41/89, BStBl. II 1993, 569). Trotz der unterschiedlichen Definitionen der vGA bleiben die Besteuerungsebenen insoweit durch das gemeinsame Tatbestandsmerkmal der Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis verbunden (HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 11 Rn. 90; KOHLHEPP, DB 2007, 2446). Differenzen in der stl. Beurteilung können sich damit insbes. bei der zeitlichen Berücksichtigung und bei der Bewertung einer vGA ergeben. Der Fall der überhöhten Pensionszusage, die wegen des frühzeitigen Todes des GesGf. nicht zur Auszahlung kommt, verdeutlicht anschaulich die unterschiedliche Behandlung einer vGA bei der Körperschaft und ihrem Anteilseigner.

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

eine formelle Korrespondenz zwischen der Besteuerung einer vGA auf der Ebene der Körperschaft und der Ebene des Anteilseigners hergestellt, in dem nach § 32a KStG der StBescheid des Anteilseigner geändert werden kann, wenn der StBescheid einer Körperschaft hinsichtlich der Berücksichtigung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird (zu Einzelheiten s. § 32a KStG Anm. 11 ff.).

81 **bb) Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung auf der Ebene des Anteilseigners**

Verdeckte Gewinnausschüttung auf Anteilseignerebene: Eine vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 liegt vor, wenn eine Körperschaft ihrem Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person außerhalb der gesellschaftsrechtl. Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet, diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat und der Vermögensvorteil dem Gesellschafter zugeflossen ist (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568; v. 27.3.2012 – VIII R 27/09, BFH/NV 2012, 1127).

Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis: Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis liegt regelmäßig vor, wenn die Körperschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nicht-gesellschafter nicht gewährt hätte (stRspr., zB BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568; v. 27.3.2012 – VIII R 27/09, BFH/NV 2012, 1127). Es kann sich auch um ein früheres oder zukünftiges Gesellschaftsverhältnis handeln (BFH v. 31.10.1990 – I R 47/88, BStBl. II 1991, 255; v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621).

Feststellungslast für Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis: Die Feststellungslast für das Vorliegen einer gesellschaftsrechtl. Veranlassung trägt das FA. Ob eine Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter betrieblich oder gesellschaftsrechtl. veranlasst ist, muss aufgrund aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (BFH v. 14.7.2004 – I R 11/03, BStBl. II 2005, 307; v. 24.8.2011 – I R 5/10, BFH/NV 2012, 271).

Zur Problematik, ob die Prüfung des Veranlassungszusammenhangs eine Rechtsfrage oder eine Frage der Tatsachenfeststellung ist s. § 8 KStG Anm. 130; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 11 Rn. 74; PEZZER, FR 2003, 1024; GOSCH in GOSCH II, § 8 KStG Rn. 288; WEBER-GRELLET, DStZ 1998, 357; WASSERMEYER, FS Offerhaus, 1999, 405.

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

Vorteilsgewährende Körperschaften: Zur Frage, bei welchen Körperschaften eine vGA vorkommen kann, s. § 8 KStG Anm. 121.

Zinszahlungen iSd. § 8a KStG aF: Nach § 8a KStG aF können Vergütungen für Fremdkapital an Anteilseigner unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen bei der KapGes. als vGA zu behandeln sein (Gesellschafter-Fremdfinanzierung). Die ausdrückliche gesetzliche Qualifizierung solcher Zinszahlungen als vGA auf der Ebene der KapGes. führt dazu, dass auch dem Anteilseigner eine vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 zufließt (BFH v. 20.8.2008 – I R 29/07, FR 2009, 239; v. 18.3.2009 – I R 13/08, FR 2009, 1003). Mit Einführung der sog. Zinsschranke durch das UntStReformG v. 14.8.2007 wurde § 8a KStG grds. mW ab dem VZ 2008 vollständig neu gefasst. Bestimmte Zinsaufwendungen stellen nunmehr nichtabzugsfähige BA dar; die gesetzliche Fiktion einer vGA wurde aufgegeben (s. § 8a KStG Anm. 1 und 4).

Einstweilen frei.

82–84

b) Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung im Einzelnen

aa) Gewährung eines Vermögensvorteils (Bezüge)

(1) Vorteilsgewährung an einen Anteilseigner

85

Maßnahmen der Kapitalgesellschaft: Für eine Vorteilsgewährung reicht jedes Tun oder Unterlassen der KapGes. aus. Zumeist wird der Leistung der KapGes., die einen Vorteil für den Gesellschafter enthält, ein Rechtsgeschäft zugrunde liegen, das auch in einem Verzicht der KapGes. auf Ansprüche oder sonstige Rechte zugunsten des Gesellschafters bestehen kann. Ein Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter ist aber nicht Voraussetzung der Vorteilsgewährung. Sie kann vielmehr auch dadurch erfolgen, dass eine KapGes. ohne entsprechende Vereinbarung die Verbindlichkeit eines Gesellschafters erfüllt (BFH v. 28.1.1981 – I R 10/77, BStBl. II 1981, 612; v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178). Durch Unterlassen der KapGes. empfängt der Gesellschafter einen Vermögensvorteil, wenn die KapGes. einen Vertrag nicht kündigt, der dem Gesellschafter früher angemessene, jetzt aber nicht mehr gerechtfertigte Vorteile bringt. Ferner entsteht ein Vermögensvorteil des Gesellschafters durch Unterlassen, wenn eine KapGes. nicht rechtzeitig die erforderlichen Maßnahmen trifft, ein dem Gesellschafter gewährtes Darlehen hinreichend zu sichern (BFH v. 14.3.1990 – I R 6/89, BStBl. II 1990, 795). Schließlich ist der Vermögensvorteil des Gesellschafters auf das Unterlassen der KapGes. zurückzuführen, wenn sie einen Anspruch gegen den Gesellschafter nicht geltend macht.

Verdeckte Gewinnausschüttung nicht nur durch Rechtshandlungen der zuständigen Organe: Die Vorteilsgewährung muss nicht auf einer Rechtshandlung der Gesellschaftsorgane beruhen. Es kommt nicht auf eine Handlung der Gesellschaftsorgane an, wenn diese – durch Tun oder Unterlassen – einem Gesellschafter oder einer ihm nahestehenden Person die Möglichkeit verschafft haben, über Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Auch Vermögensmehrungen, die für einen Gesellschafter durch eine von ihm begangene Unterschlagung von Gesellschaftsvermögen entstehen, sind dementsprechend vGA (BFH v. 14.10.1992 – I R 14/92, BStBl. II 1993, 351; v. 14.10.1992 – I R 17/92, BStBl. II 1993, 353; glA WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 43; WASSERMAYER, DB 1993, 1260; aA KOHLHEPP, DB 2007, 2446; FLUME, DB 1993, 1945; PAUS, DB 1993, 1258). Eine widerrechtliche Geldentnahme kann den Gesellschaftern jedoch nicht zugerechnet werden, wenn sie von einem Geschäftsführer ohne Kenntnis und auch nicht im Interesse der Gesellschafter vorgenommen wurde, selbst wenn der Geschäftsführer den Gesellschaftern nahe steht (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; aA DÖTSCH/PUNG in DJPW, § 20

Rn. 67a mit dem Hinweis, der Verzicht der KapGes. auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruch sei als vGA zu werten).

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

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

Art des Vermögensvorteils: Die Art des Vermögensvorteils ist für die Erfassung als sonstiger Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1 unerheblich. Jeder hinreichend bestimmte, messbare Vorteil reicht aus (BFH v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178). Eine Vorteilszuwendung liegt zB darin, dass die KapGes. einem Gesellschafter die Nutzung von WG oder von Kapital ohne angemessene Gegenleistung überlässt. Der Vorteil kann auch in der Überlassung immaterieller Werte bestehen, zB eines Geschäftswerts (BFH v. 20.8.1986 – I R 150/82, BStBl. II 1987, 455), oder darin, dass die KapGes. einem Gesellschafter die Möglichkeit einräumt, eine Erfindung zu nutzen. Es genügt, wenn der Vorteil mittelbar zugewendet wird. Hat zB eine KapGes. aufgrund des Vertrags mit einem Dritten eine konkrete Geschäftschance und überlässt sie diese einem Gesellschafter, kann darin eine gesellschaftsrechtl. veranlasste Vorteilsgewährung an den Gesellschafter liegen (BFH v. 3.11.1971 – I R 68/70, BStBl. II 1972, 227; v. 12.2.1990 – I R 73/89, BStBl. II 1991, 593; v. 13.11.1996 – I R 149/94, GmbHR 1997, 315; v. 6.11.2006 – I B 29/06, BFH/NV 2007, 465; s. auch § 8 KStG Anm. 307 ff.).

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

Vorteilsgewährung an den Anteilseigner: Der Vorteil muss dem Anteilseigner oder einer ihm nahestehenden Person zugeflossen sein (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. 2007, 830). Nur der Anteilseigner kann nach Abs. 5 Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 erzielen (s. Anm. 600 ff.). Allerdings kann eine vGA

auch im Zusammenhang mit einem früheren oder zukünftigen Gesellschaftsverhältnis stehen (BFH v. 31.10.1990 – I R 47/88, BStBl. II 1991, 255; v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621). Zu Einzelheiten s. ausführlich § 8 KStG Anm. 123. Zur nahestehenden Person s. Anm. 86.

(2) Leistung an eine dem Gesellschafter nahestehende Person

86

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

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

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

Beherrschender Gesellschafter: Bei einem beherrschenden Gesellschafter kann sich eine gesellschaftsrechtl. Veranlassung der Zuwendung an die nahestehende Person auch dadurch ergeben, dass es zwischen ihr und der KapGes. an einer klaren, im Voraus getroffenen, zivilrechtl. wirksamen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung fehlt (BFH v. 17.12.1997 – I R 70/97, BStBl. II 1998, 545; v. 8.10.2008 – I R 61/07, BFH/NV 2009, 504; v. 11.10.2012 – I R 75/11, BFH/NV 2013, 324).

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

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

Zurechnung beim Gesellschafter: Die Zuwendung aus gesellschaftsrechtl. Gründen an eine nahestehende Person ist dem Gesellschafter als (eigener) stpfl. Bezug iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 zuzurechnen. Die Zuwendung ist so zu beurtei-

len, als ob der Gesellschafter selbst den Vorteil erhalten hätte und diesen an die nahestehende Person in Form einer stl. unbeachtlichen Einkommensverwendung weitergeleitet hätte (BFH v. 6.12.2005 – VIII R 70/04, BFH/NV 2006, 722). Eine Zurechnung scheidet allerdings aus, wenn dem Gesellschafter nicht nachgewiesen werden kann, dass er von der Begünstigung der ihm nahestehenden Person durch die KapGes. überhaupt Kenntnis hatte. Allein ein Überwachungsverschulden des Gesellschafters gegenüber dem Geschäftsführer reicht für eine Zurechnung der vGA nicht aus (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830).

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

87 (3) Bewertung der verdeckten Gewinnausschüttung

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

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

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

Private Pkw.-Nutzung: Dies gilt insbes. für die private Pkw.-Nutzung durch einen GesGf., welche als vGA zu erfassen ist. Die Einnahmen sind auf Anteilseignerebene gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 nach der sog. 1 %-Regelung wertmäßig zu erfassen, während die vGA auf Gesellschaftsebene unbeschadet der Erfassung beim Gesellschafter nach Fremdvergleichsmaßstäben zu bewerten ist (BFH v. 23.2.2005 – I R 70/04, BStBl. II 2005, 882; v. 23.1.2008 – I R 8/06, BFH/NV 2008, 1057; v. 17.7.2008 – I R 83/07, BFH/NV 2009, 417). Zur Abgrenzung der privaten Pkw.-Nutzung zwischen vGA und Arbeitslohn s. auch BFH v. 23.4.2009 – VI R 81/06, BFH/NV 2009, 1311; v. 21.3.2013 – VI R 46/11, BFH/NV 2013, 1302; ALTENDORF, GmbH-StB 2013, 224; KRUEWIG, BB 2013, 220.

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

88–89 Einstweilen frei.

bb) Gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Zuwendung**(1) Ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter**

90

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

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

(2) Vorteilsgewährung an beherrschenden Gesellschafter

91

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

Gesamtwürdigung: Werden die zusätzlich bestehenden formellen Anforderungen nicht erfüllt, führt dies nicht „automatisch“ zur Annahme einer vGA. Vielmehr ist ein Verstoß gegen die formellen Anforderungen lediglich im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen (BFH v. 23.10.1996 – I R 71/95, BStBl. II 1999, 35; WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 50). Es handelt sich weder um eine absolute Tatbestandsvoraussetzung noch um eine unwiderlegbare Vermutung (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568). Zu Einzelheiten s. ausführl. § 8 KStG Anm. 144.

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

Beherrschender Gesellschafter ist derjenige, der über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt (§ 133 AktG; § 47 GmbHG), so dass er den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen ihm und der KapGes. erzwingen kann. Daher ist bei Abweichungen zwischen Kapital- und Stimmteiligung die Letztere maßgebend (BFH v. 23.10.1985 – I R 247/81, BStBl. II 1986, 195). Unter besonderen Umständen können Stimmrechte mehrerer Gesellschafter, die gleichgerich-

tete Interessen besitzen, zusammengerechnet werden (BFH v. 13.12.1989 – I R 45/84, BFH/NV 1990, 455; v. 10.7.2002 – I R 37/01, BStBl. II 2003, 418; s. auch § 8 KStG Anm. 147).

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

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

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

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

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

► *Sperrwirkung eines Doppelbesteuerungsabkommens:* Die Anwendung dieser Sonderbedingungen für beherrschende Gesellschafter kann bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durch Art. 9 OECD-MA gesperrt sein (BFH v. 11.10.2012 – I R 75/11, BStBl. II 2013, 1046; SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 16.289 ff.).

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

92 c) Zufluss des Vorteils

Erlangung wirtschaftlicher Verfügungsmacht: Der Vorteil ist beim Anteilseigner nur stpfl., wenn er ihm zugeflossen ist (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BStBl. II 2008, 568). Allein die Erfassung einer vGA bei der Körperschaft führt daher noch nicht zu Einkünften des Anteilseigners nach Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830). Der Zufluss einer vGA setzt voraus, dass der Anteilseigner die wirtschaftliche Verfügungsmacht erlangt hat (s. § 11 Anm. 18). Eine vGA kann allerdings auch ohne Zufluss beim Anteilseigner zu erfassen sein, wenn der Vorteil dem Anteilseigner mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahestehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht (BFH v. 6.12.2005 – VIII R 70/04, BFH/NV 2006, 722; v. 19.6.2007 – VIII R 54/05, BStBl. II 2007, 830; zu Einzelheiten s. Anm. 86).

Beherrschender Gesellschafter: Abweichend von diesem Grundsatz ist dem beherrschenden Gesellschafter eine vGA bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit zugeflossen, vorausgesetzt, die Körperschaft ist zu diesem Zeitpunkt zahlungsfähig (BFH v. 14.2.1984 – VIII R 221/80, BStBl. II 1984, 480; v. 5.10.2004 – VIII R 9/03, BFH/NV 2005, 526; v. 20.12.2011 – VIII B 46/11, BFH/NV 2012, 597; s. ausführl. § 11 Anm. 62).

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

d) Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung

93

Einkünfte aus Kapitalvermögen: Eine vGA führt beim Anteilseigner nach Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 zu stpfl. Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die Beteiligung im PV gehalten wird. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich nicht von der einer offenen GA. Bei Zuwendungen einer KapGes. an ihren Gesellschafter liegt eine freigiebige Zuwendung iSd. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG grds. nicht vor (BFH v. 30.1.2013 – II R 6/12, BFH/NV 2013, 846).

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

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

Korrespondenzprinzip: Die Gewährung der StFreistellung des § 3 Nr. 40 ist für alle vGA, die nach dem 18.12.2006 zufließen, davon abhängig, dass die Leistungen das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert haben (zur materiellen Korrespondenz s. Anm. 80 und § 3 Nr. 40 Anm. 125 ff.). Dagegen unterliegt eine vGA im privaten Bereich unabhängig von der stl. Behandlung auf der Ebene der Körperschaft dem gesonderten StTarif nach § 32d (KOLLRUSS, BB 2008, 2437). Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit § 32a KStG eine eigenständige Änderungsnorm geschaffen, die die Änderung von StBescheiden des Anteilseigners ermöglicht, wenn der StBescheid der leistenden Körperschaft wegen der Berücksichtigung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird (zu Einzelheiten s. Anm. 80 und § 32a KStG Anm. 11 ff.).

Rückzahlung einer verdeckten Gewinnausschüttung: Die Rückzahlung einer vGA kann die einmal eingetretenen Steuerfolgen nicht beseitigen (BFH v. 14.7.2009 – VIII R 10/07, BFH/NV 2009, 1815). Sie ist sowohl aus Sicht des Anteilseigners als auch der Körperschaft als Einlage zu behandeln, wenn die Rückzahlung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (BFH v. 29.5.1996 – I R 118/93, BStBl. II 1997, 92; v. 29.8.2000 – VIII R 7/99, BStBl. II 2001, 173; v. 29.4.2008 – I R 67/06, BFH/NV 2008, 1621; BMF v. 6.8.1981, BStBl. I 1981, 599). Dabei ist es unerheblich, ob die Rückzahlungsverpflichtung auf einer gesetzlichen Verpflichtung (zB § 31 GmbH; BFH v. 29.8.2000 – VIII R 7/99, BStBl. II 2001, 173) oder einer Satzungsklausel (BFH v. 25.5.1999 – VIII R 59/97, BStBl. II 2001, 226) oder einer gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht (BFH v. 14.7.2009 – VIII R 10/07, BFH/NV 2009, 1815) beruht. Als Kehrseite

der vGA ist die Rückzahlung regelmäßig durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst. Die Rückzahlung führt beim Anteilseigner weder zu negativen Einkünften noch zu WK, sondern kann sich nur auf die AK der Beteiligung auswirken.

GLA WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 60; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. C 96; WASSERMEYER, GmbHR 2005, 149; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 50; DÖTSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 77; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 134; aA SCHWEDHELM/BINNEWIES, GmbHR 2005, 151; SCHWEDHELM/BINNEWIES, GmbHR 2006, 1308.

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

94 e) Wichtige Anwendungsfälle

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

95–99 Einstweilen frei.

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

a) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3

100 aa) Grundlagen

Die Regelung soll sicherstellen, dass die Rückzahlung von Gesellschaftereinlagen, auch wenn sie nicht in das Nennkapital der KapGes. geleistet werden (§ 27 KStG), im Rahmen des Abs. 1 Nr. 1 beim Gesellschafter steuerneutral behandelt werden. Dieser Grundsatz galt schon unter dem alten KStAnrechnungsverfahren, unter dessen Regime Ausschüttungen, für die Eigenkapital iSd. § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG aF (sog. EK 04) als verwendet galt, nicht stbar waren. Die Rechtslage hat sich durch die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens in seiner grundsätzlichen Ausrichtung nicht geändert (SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 415). Der Anwendungsbereich der Norm wurde durch das SEStEG v. 7.12.2006 (BStBl. I 2007, 4) auf Körperschaften aus dem EU-Ausland erweitert, da diese nach dem neu angefügten § 27 Abs. 8 KStG ein stl. Einlagekonto führen können (s. § 27 KStG Anm. 160 ff.).

101 bb) Bezüge

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

102 cc) Körperschaft oder Personenvereinigung

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

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

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

Ausländische Körperschaften aus der Europäischen Union: Mit dem SEStEG v. 7.12.2006 (BStBl. I 2007, 4) wurde § 27 KStG dahingehend ergänzt, dass Körperschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU unbeschr. stpfl. sind, unter den dort genannten Voraussetzungen eine Einlagerückgewähr iSd. § 27 erbringen können (s. § 27 KStG Anm. 160 ff.). Somit können auch Ausschüttungen solcher Körperschaften als Einlagenrückgewähr iSd. § 27 KStG zu behandeln sein und somit dem Anwendungsbereich des Satzes 3 unterliegen (FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1481). Allerdings gelten nach § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG alle Leistungen dieser ausländ. Körperschaften als Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn eine gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 KStG nicht erfolgt ist. In diesem Fall sind die Leistungen wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Fiktion als stpfl. Einnahmen zu behandeln (zur Frage der Europarechtswidrigkeit des § 27 Abs. 8 KStG s. SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). Gesellschaften aus EWR-Staaten (Island, Norwegen, Liechtenstein) werden dem Wortlaut nach dagegen nicht von der Vorschrift erfasst. Unter Berücksichtigung der Rspr. des EFTA-Gerichtshofs hat uE eine entsprechende Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG auf KapGes. aus dem EWR-Raum zu erfolgen (zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 164).

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

Stellungnahme: Die Neuregelung führt uE dazu, dass eine Einlagenrückgewähr ausländ. Körperschaften aus Drittstaaten außerhalb einer Nennkapitalrückzahlung generell stbar sind. Die Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG ist ausdrükl. auf Körperschaften aus dem EU-Ausland beschränkt. Darüber hinaus würden bei einer anderen Auslegung Körperschaften aus EU-Staaten schlechter als aus Drittstaaten behandelt werden, wenn die EU-Gesellschaft auf eine Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 verzichtet, denn in diesem Fall gelten alle Zahlungen nach § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG als Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1. Eine Körperschaft aus Drittstaaten könnte aber auch ohne Feststellungsverfahren nicht stbare Kapitalrückzahlungen vermitteln. Daraus wird uE ersichtlich, dass der Gesetzgeber Kapitalrückzahlungen von Körperschaften aus Drittstaaten generell als stbar ansehen wollte. Diese Ungleichbehandlung könnte allerdings gegen die europarechtl. verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) verstoßen, denn die Kapitalverkehrsfreiheit schützt auch Rechtsbezie-

hungen zu Drittstaaten (BFH v. 26.11.2008 – I R 7/08, BFH/NV 2009, 849), so dass eine Diskriminierung von KapGes. aus Drittstaaten europarechtl. unzulässig sein könnte. Zur Abgrenzung der auch für Drittstaaten geltenden Kapitalverkehrsfreiheit zur Niederlassungsfreiheit s. BFH v. 6.3.2013 – I R 10/11, BStBl. II 2013, 707 mwN. Die Ungleichbehandlung könnte allerdings durch das Ziel einer effektiven Steueraufsicht gerechtfertigt sein, denn der EuGH erkennt dies als Rechtfertigungsgrund an (EuGH v. 6.6.2013 – C-383/10 – Rs. Kommission/Belgien, IStR 2013, 503; v. 30.6.2011 – C-262/09 – Rs. Meilicke II, IStR 2011, 551).

103 **dd) Als verwendet geltende Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG**

Steuerliches Einlagekonto: Die Bezüge gehören nicht zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Satz 1, wenn Beträge aus dem stl. Einlagekonto nach § 27 KStG als verwendet gelten. Im stl. Einlagekonto werden gem. § 27 Abs. 1 KStG nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen und ihnen gleichgestellte Beträge ausgewiesen. Der gesonderte Ausweis von Einlagen auf der Ebene der KapGes. ist notwendig, um die steuerneutrale Behandlung der Rückzahlung beim Anteilseigner sicherzustellen (BFH v. 30.1.2013 – I R 35/11, BStBl. II 2013, 560; DÖRSCH/PUNG, DB 2003, 1345). Der Anfangsbestand des stl. Einlagekontos ist aus dem unter dem KStAnrechnungsverfahren zu führenden EK 04 hervorgegangen (BFH v. 6.10.2009 – I R 24/08, BFH/NV 2010, 248; FÖRSTER/VON LISHAUT, FR 2002, 1205).

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

Bescheinigung: Nach § 27 Abs. 3 KStG hat die KapGes. ihren Anteilseigner zu bescheinigen, dass für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto als verwendet gelten. Die Bescheinigung ist bei der Besteuerung des Anteilseigners zu beachten; sie ist jedoch kein Grundlagenbescheid (BFH v. 19.7.1994 – VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362). Ob die Vorlage der Bescheinigung eine materiell-rechtl. Voraussetzung für die Anwendung des Abs. 1 Satz 3 ist, ist noch ungeklärt (ausdrücl. offen gelassen BFH v. 3.2.2010 – I B 32/09, BFH/NV 2010, 1128; keine materiell-rechtl. Voraussetzung: FG Ba.-Württ. v. 15.12.2008 – 10 K 169/06, EFG 2009, 875, rkr.; DÖRSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 99, 107). Zumindest handelt es sich um ein Beweismittel, von dessen Richtigkeit das FA und das FG ausgehen dürfen, solange keine andere Bescheinigung vorgelegt wird (BFH v. 3.2.2010 – I B 32/09, BFH/NV 2010, 1128).

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

104 **b) Rechtsfolgen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3**

Nichtsteuerbare Bezüge: Soweit für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten, sind die Bezüge des Anteilseigners nicht stbar (BFH v. 7.11.1990 – I R 68/88, BStBl. II 1991, 177; v. 30.1.

2013 – I R 35/11, BStBl. II 2013, 560). Es liegen keine Beteiligungserträge iSd. Abs. 1 Nr. 1 vor.

Verrechnung mit den Anschaffungskosten: Die Ausschüttung führt zu einer erfolgsneutralen Minderung der AK der Anteile an der ausschüttenden Körperschaft oder Personenvereinigung (BFH v. 7.11.1990 – I R 68/88, BStBl. II 1991, 177; v. 16.3.1994 – I R 70/92, BStBl. II 1994, 527; v. 19.7.1994 – VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362; v. 19.2.2013 – IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484). Werden die Anteile im BV gehalten, führt die Ausschüttung zu einem Beteiligungsertrag, wenn die Ausschüttung den BW der Beteiligung übersteigt (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647; BMF v. 9.1.1987, BStBl. I 1987, 171). Nach § 17 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 kann die Ausschüttung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto zu einem stpfl. Veräußerungsgewinn führen, wenn die Einlagenrückzahlung die AK überschreitet (BFH v. 19.2.2013 – IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484; zu Einzelheiten s. § 17 Anm. 325). Solche Gewinne sind bei natürlichen Personen nach § 3 Nr. 40 und bei Körperschaften nach § 8b KStG (anteilig) stbefreit (s. § 3 Nr. 40 Anm. 113 und § 8b KStG Anm. 32).

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

Einstweilen frei.

105–109

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

a) Vorbemerkung

110

Zweck der Regelung: Mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878) wurde Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 eingeführt, um Steuerausfälle zu vermeiden, die bei Aktiengeschäften entstehen, die um den Termin der Hauptversammlung herum abgewickelt werden. Bei Aktiengeschäften, die vor dem Termin der Hauptversammlung abgeschlossen, aber erst nach dem Termin erfüllt werden, konnte es nach altem Recht zu einer doppelten Bescheinigung der KapErtrSt kommen, obwohl diese tatsächlich nur einmal an das FA gezahlt wurde (RAU, DStR 2010, 1267; DÖTSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 99a). Das führte in der Vergangenheit zu einer doppelten Anrechnung und damit zu Steuerausfällen, die mit der Einführung des neuen Satzes 4 und der Einführung von Folgeänderungen in §§ 43 ff. verhindert werden sollen (BTDruks. 16/2712, 46). Dabei zielt die Regelung auf sog. Leerverkäufe. Mit dem Begriff Leerverkauf werden alle Handlungen bezeichnet, die darauf ausgerichtet sind, Aktien, Effekten oder Derivate zu verkaufen, ohne im Besitz der Wertpapiere zu sein (BRDruks. 622/06, 77; BERGER/MATUSZEWSKI, BB 2011, 3097 [3102]; VON BECKERATH in KIRCHHOFF XII. § 20 Rn. 55).

Beispiel: V erteilt seiner Depotbank den Verkaufsauftrag über die X-Aktien (mit Dividendenberechtigung) am 19.3.2007. Gleitzeitig erteilt auch E seiner Bank einen Kaufauftrag über die X-Aktien (mit Dividendenberechtigung). Da V noch nicht im Besitz der Aktien ist, und sich diese Aktien auch nicht im Wege einer Wertpapierleihe verschaffen will, erteilt er am 21.3.2007 zum Ausgleich des Leer-Verkaufs einen Kaufauftrag (Deckungsgeschäft) über entsprechende X-Aktien. Diese befinden sich zu diesem Zeitpunkt im Eigentum (Girosammelverwahrung) des D, der gleitzeitig, also am 21.3.2006, eine Verkaufs-Order erteilt. Der Gewinnverwendungsbeschluss der X-AG wird auf der HV am 20.3.2007 gefasst. Die Lieferung der Aktien erfolgt nach der HV ohne Dividendenanspruch („ex“) an E.

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

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

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

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

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

Zur Diskussion um die steuer-(straf-)rechtl. Einordnung der alten Rechtslage s. PODEWILS, FR 2011, 69; DESENS, DStZ 2012, 142; RAU, DStZ 2012, 246; SEER/KRUMM, DStR 2013, 1757 und 1814; Hess. FG v. 8.10.2012 – 4 V 1661/11, EFG 2013, 47, rkr.

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

KapErtrSt im Zusammenhang mit Leerverkäufen von Aktien verhindert werden. Des Weiteren hat der Gesetzgeber ab dem VZ 2012 die Vorschriften zum KapErtrStEinbehalt erneut verschärft und das sog. Zahlstellenprinzip eingeführt, um Gestaltungen unter Einschaltung ausländ. Institute zu unterbinden; s. ausführl. § 44 Anm. 13 ff.

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

b) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4

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

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

Einnahmen an Stelle von Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1: Die Einnahmen iSd. Nr. 1 Satz 4 müssen an Stelle von Gewinnausschüttungen (Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1) gezahlt werden. Einerseits darf es sich nicht originär um Gewinnausschüttungen handeln und andererseits muss die Zahlung den Bezug einer Gewinnausschüttung ersetzen. Es muss sich also um eine Ausgleichszahlung des Verkäufers dafür handeln, dass die verkaufte Aktie nicht mehr einen Anspruch auf originäre Zahlung einer Gewinnausschüttung vermittelt (WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 68; PODEWILS, FR 2011, 69 [70]).

Zahlung von einem anderen als dem Anteilseigner iSd. Abs. 5: Weiter wird für die Anwendung von Satz 4 uE vorausgesetzt, dass die Ausgleichszahlung, die an Stelle der Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 gewährt wird, nicht vom Anteilseigner iSd. Abs. 5 selbst stammt (str.; glA DESENS, DStZ 2012, 142 [145]; aA BRUNS, DStZ 2011, 676 [680]; PODEWILS, AG 2010, 391 [394]; BERGER/MATUSZEWSKI, BB 2011, 3097 [3102]; BRUNS, DStZ 2012, 333 [334]; Empfänger muss ein anderer als der Anteilseigner nach § 20 Abs. 5 sein). Zum Begriff des Anteilseigners iSd. Abs. 5 s. Anm. 600 ff.

bb) Aktienerwerb mit Dividendenberechtigung erworben, jedoch ohne Dividendenanspruch geliefert 112

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

Tatsächliche Leerverkäufe: Damit erfasst die Regelung vorrangig tatsächliche Leerverkäufe (DESENS, DStZ 2012, 142 [144 f.], RAU, DStR 2010, 1267; WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 68; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 138). Aktienveräußerungen mit Dividendenberechtigung, bei denen die Aktien aus einem Wertpapierleihbestand heraus gegen Zahlung einer „Leihgebühr“ „cum“ geliefert werden, fallen nicht unter den Satz 4.

Anwendung auf vergleichbare Fälle: Die von Nr. 1 Satz 4 erfassten Verkaufsvorgänge sind idR Leerverkäufe. Erfasst werden aber auch alle Geschäftsvorgänge, bei denen Aktien „cum Dividende“ veräußert, aber aus einem Wertpapierdarlehen „ex Dividende“ geliefert werden. Dieser Geschäftsart bedienen sich oft Abwicklungsbanken, wenn sie feststellen, dass bei ihnen kein Lieferbestand vorhanden ist. Ein weiterer Anwendungsfall sind fehlerhaft abgewickelte Aktiengeschäfte, bei denen sich durch Bearbeitungsfehler von Bankmitarbeitern

die Belieferung von Aktienveräußerungen „cum“ über den HV-Termin hinaus verzögern, so dass nur eine Lieferung der Aktien „ex“ möglich ist (BRDrucks. 622/06; DÖTSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 99g).

Börsliche und außerbörsliche Geschäfte: Die Regelung setzt nicht voraus, dass die Aktiengeschäfte über die Börse abgewickelt werden. Liegen die Voraussetzungen des Satzes 4 vor, werden auch außerbörsliche Geschäfte erfasst (DEMUTH, DStR 2013, 1116 [1117]; krit. zur Anwendung auf außerbörsliche Geschäfte RAU, DStR 2007, 1192).

113 c) Rechtsfolge des Abs. 1 Nr. 1 Satz 4

Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1: Die Dividendenkompensationszahlungen gelten beim Stpfl. als Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1, obwohl es sich materiell nicht um eine Gewinnausschüttung handelt. Damit werden Einnahmen von einem Dritten als solche aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 fingiert und echten Dividenden gleichgestellt. Die Zahlungen unterliegen dem KapErtrStAbzug (PODEWILS, FR 2011, 69 [70]; RAU, DStR 2012, 1267 [1268]). Da sie als Dividende gelten, unterliegen sie der Abgeltungsteuer oder dem Teil-/Halbeinkünfteverfahren (DÖTSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 99e; FEYERABEND in ERLE/SAUTER III. § 20 Rn. 82).

Zur Frage, wie die KapErtrStPflicht durch Einschaltung eines ausländ. Instituts entfallen kann, s. BMF v. 5.5.2009, BStBl. I 2009, 631; BMF v. 21.9.2010, FR 2010, 1007; PODEWILS, FR 2011, 69; DESENS, DStZ 2012, 142 (153).

114–119 Einstweilen frei.

6. Bezüge nach Auflösung und aufgrund einer Kapitalherabsetzung (Abs. 1 Nr. 2)

120 a) Vorüberlegungen

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

Steuerliches Einlagekonto iSd. § 27 KStG: Die Vorschrift verklammert die Regelungen über das stl. Einlagekonto, das eine Körperschaft nach § 27 KStG

zu führen hat, mit der Besteuerung auf Anteilseignerebene. Soweit das stl. Einlagekonto keinen ausreichenden positiven Bestand ausweist, sollen darüber hinausgehende Auszahlungsbeträge dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren beim Anteilseigner unterworfen werden (BTDrucks. 16/3369, 19). Gleiches gilt für Gewinnrücklagen, die in Nennkapital umgewandelt wurden. Soweit Auszahlungen den Sonderausweis nach § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG mindern, soll ihre Besteuerung auf Anteilseignerebene sichergestellt werden, weil es sich bei diesen Bezügen im Ergebnis nicht um die Rückzahlung zuvor eingezahlten Kapitals handelt (s. § 28 KStG Anm. 3).

Abgrenzung zu Einkünften iSd. § 17 Abs. 4: Leistungen an die Anteilseigner im Zusammenhang mit der Auflösung einer KapGes. oder mit einer Kapitalherabsetzung können zu Einkünften iSd. § 17 Abs. 4 führen. Nach § 17 Abs. 4 Satz 3 tritt die Besteuerung nach § 17 Abs. 4 Satz 1 zurück, wenn die Bezüge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören.

b) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1

aa) Bezüge

121

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

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

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

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

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

122 **bb) Körperschaft oder Personenvereinigung**

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

► *Unbeschränkte Steuerpflicht ab Veranlagungszeitraum 2007 nicht mehr erforderlich:* Die Körperschaft oder Personenvereinigung muss nicht unbeschr. kstpl. sein, um in den Anwendungsbereich des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 zu fallen (FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147). Nicht unbeschr. stpl. Körperschaften werden erst seit der Änderung des Abs. 1 Nr. 2 durch das SEStEG v. 7.12.2006 (BStBl. I 2007, 4) von der Vorschrift erfasst. Die Neuregelung gilt erstmals ab dem VZ 2007 (§ 52 Abs. 1). Die Aufnahme nicht unbeschr. stpl. Körperschaften in den Anwendungsbereich der Nr. 2 steht mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 27 KStG auf KapGes., die in einem Mitgliedstaat der EU unbeschr. stpl. sind, in engem systematischen Zusammenhang (s. § 27 Anm. 160 ff.). Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Streichung der Voraussetzung der unbeschränkten StPfl. in der Nr. 2 lediglich eine redaktionelle Folgeänderung aufgrund des erweiterten Anwendungsbereichs des § 27 KStG darstellen (BTDrucks. 16/2710, 29). Die Erweiterung beschr. sich nicht nur auf im EU-Ausland ansässige Körperschaften, sondern erfasst uneingeschränkt auch Körperschaften aus Drittstaaten (zur Kritik der Neuregelung s. FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147; SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). Das zuvor für die Liquidation ausländ. Körperschaften bestehende Privileg, nach dem der Vorgang bei nicht unter § 17 fallende Beteiligungen nicht stbar war, ist somit entfallen (DÖRSCH/PUNG in DJPW, § 20 Rn. 175; FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147).

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

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

123 **cc) Bezüge, die nach der Auflösung anfallen**

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

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

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

Nach der Auflösung anfallen: Die Zugehörigkeit zu den Bezügen iSd. Nr. 2 ist zeitlich eingegrenzt, denn nur nach der Auflösung anfallende, gesellschaftsrechtl. veranlasste Bezüge werden von der Vorschrift erfasst. Fallen derartige Bezüge vor dem Auflösungszeitpunkt an, zählen sie zu den Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1. Andererseits fallen nicht alle Bezüge, die nach der Auflösung anfallen, in den Anwendungsbereich der Nr. 2. Schüttet eine Körperschaft einen Gewinn, der aus der Zeit vor der Auflösung stammt, nach dem Auflösungszeitpunkt aus, handelt es sich nämlich um Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 und nicht iSd. Nr. 2 (BFH v. 9.3.1983 – I R 202/79, BStBl. II 1983, 433).

dd) Keine Rückzahlung von Nennkapital

124

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

ee) Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3

125

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

c) Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 2

aa) „Gleiches gilt für Bezüge aufgrund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung“

(1) Bezüge aufgrund einer Kapitalherabsetzung

126

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

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

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

Erwerb oder Einziehung von Anteilen: Erwirbt eine KapGes. eigene Anteile oder werden Gesellschaftsanteile eingezogen (§ 237 AktG; § 34 GmbHG) oder säumige Gesellschafter ausgeschlossen (§ 64 AktG; § 31 GmbHG), handelt es sich nicht um eine Kapitalherabsetzung, so dass Nr. 2 in diesen Fällen nicht anwendbar ist (s. auch Anm. 77 f.). Erwirbt eine AG eigene Anteile zum Zweck der Einziehung, handelt es sich nach Auffassung der FinVerw. um eine Kapitalherabsetzung und anschließender Auszahlung an dem Anteilseigner (BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509; s. auch Anm. 70).

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

127 (2) Bezüge, die nach Auflösung anfallen

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

128 bb) Unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft oder Personenvereinigung

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

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

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

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

cc) Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 und 4 KStG

129

Regelungsinhalt des § 28 KStG: Nach § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG sind Beträge des Nennkapitals, die durch die Umwandlung von (Gewinn-)Rücklagen stammen, gesondert auszuweisen (Sonderausweis). Um eine Besteuerung dieser Beträge auf den Ebene des Anteilseigners sicherzustellen, ordnet § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG an, dass die Rückzahlung von Nennkapital, soweit der Sonderausweis zu mindern ist, als Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 2 gilt. Ein den Sonderausweis übersteigender Betrag ist gem. § 28 Abs. 2 Satz 3 KStG vom positiven Bestand des stl. Einlagekontos abzuziehen. Als Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 2 gilt in diesem Zusammenhang nach § 28 Abs. 2 Satz 4 KStG der Betrag, um den der abziehende Sonderausweis den positiven Bestand des stl. Einlagekontos übersteigt. Mit der Regelung des § 28 Abs. 2 Satz 4 KStG soll das Entstehen eines negativen stl. Einlagekontos vermieden werden (BTDrucks. 16/3369, 19).

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

Einstweilen frei.

130–134

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

135

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

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

Zur Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer durch inländ. Anteilseigner s. EuGH v. 6.3.2007 – Meilicke I, C-292/04, EuGHE 2007, I-1835; EuGH v. 7.9.2004 – Manninen, C-319/02, EuGHE 2004, I-7477; s. auch § 36 Anm. 7.

Einstweilen frei.

136–139

III. Einnahmen aus stiller Gesellschaft und partiarischen Darlehen (Abs. 1 Nr. 4)

Schrifttum: GROH, Verluste in der stillen Gesellschaft, DB 2004, 668; DINKELBACH, Offene Fragen und Ungereimtheiten bei Kapitaleinkünften nach der Unternehmenssteuerreform, DB 2009, 870; ROCKOFF/WEBER, Verluste aus typisch stiller Gesellschaft unter der Abgeltungssteuer, DStR 2010, 363; WACKER, Stille Beteiligungen und Verlustverwertungsbeschränkungen gem. § 15 Abs. 4 Sätze 6 ff. EStG, DB 2012, 1403; PETERS, Abzugsbeschränkungen für Verluste aus (typisch) stillen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, FR 2012, 718; WEIDMANN, Kriterien der Rechtsprechung für eine erfolgsabhängige Vergütung beim partiarischen Darlehen, BB 2012, 1059.

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

a) Einnahmen

140 aa) Begriff der Einnahmen

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

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

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

Besteuerung von Scheinrenditen: Beteiligt sich ein Stpfl. als stiller Gesellschafter an einem sog. Schneeballsystem, sind nach der Rspr. des BFH auch nicht ausgezahlte sondern wieder angelegte Gewinnanteile nach Abs. 1 Nr. 4 zu versteuern (BFH v. 22.7.1997 – VIII R 13/96, BStBl. II 1997, 767; v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190; v. 16.3.2010 – VIII R 4/07, BFH/NV 2010, 1527). Ein Schnellballsystem zeichnet sich dadurch aus, dass dem Anleger die Erzielung von Erträgen nur vorgespiegelt wird (Scheinrendite). Der stille Ge-

sellschafter habe nicht ausgezahlte Gewinnanteile zu versteuern, weil mit der Entscheidung, den Gewinnanteil wieder anzulegen, über den Gewinnanteil verfügt werde, so dass ein Zufluss der Scheinrendite vorliege. Stpfl. Einnahmen lägen allerdings nur vor, wenn der Unternehmer auf Verlangen des Anlegers zur Auszahlung des Gewinnanteils fähig gewesen wäre. Dabei komme es nicht darauf an, dass der Unternehmer alle zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verbindlichkeiten hätte auszahlen können. Eine Besteuerung scheidet im Regelfall erst aus, wenn der Schuldner einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat (BFH v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190). Dagegen geht das FG Saar davon aus, dass ein im Falle des Anlagebetrugs ein Zufluss nicht vorliege, weil der Anlagebetrüger kein leistungswilliger und leistungsfähiger Schuldner sei (FG Saarl. v. 10.5.2012 – 1 K 2327/03, EFG 2012, 1642, nrkr., Az. BFH VIII R 25/12; zweifelnd auch FG Köln v. 26.4.2013 – 10 V 209/13, DStZ 2013, 568, rkr.; aA FG München v. 25.4.2013 – 5 K 1778/10, nv., juris, rkr.).

Negative Einnahmen: Die Rückzahlung zuvor ausgezahlter Gewinnanteile führt zu negativen Einnahmen (s. Anm. 161). Zur Frage, ob Verluste negative Einnahmen oder WK darstellen s. Anm. 142.

bb) Gewinnbeteiligung

141

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

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

Zufluss von Gewinnanteilen: Die zeitliche Berücksichtigung von Gewinnanteilen eines stillen Gesellschafters richtet sich nach dem Zuflussprinzip des § 11 Abs. 1, wenn die Beteiligung im PV gehalten wird (zu Einzelheiten s. Anm. 161 und § 11 Anm. 64). Dagegen ist der Gewinnanteil bereits aE des Geschäftsjahres des Inhabers des Handelsgewerbes zu erfassen, wenn die Vermögenseinlage zu einem BV des Stillen gehört (phasengleiche Berücksichtigung, s. BFH v. 27.3.2012 – I R 62/08, BStBl. II 2012, 745).

cc) Verlustbeteiligung

142

Das Handelsrecht geht davon aus, dass der stille Gesellschafter auch am Verlust des Handelsgewerbes teilnimmt, allerdings nur bis zum Betrag seiner eingezahl-

ten oder rückständigen Einlage (§ 232 Abs. 2 Satz 1 HGB). Nach § 232 Abs. 1 HGB können die Beteiligten vereinbaren, dass der Stille am Verlust des Handelsgewerbes nicht beteiligt sein soll. Andererseits können die Beteiligten auch vereinbaren, dass der stille Gesellschafter über seine Einlage hinaus am Verlust teilnimmt (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858).

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

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

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

Zeitliche Berücksichtigung der Verlustanteile: Verlustanteile dürfen beim stillen Gesellschafter stl. erst dann als WK berücksichtigt werden, wenn der Geschäftsinhaber den Jahresabschluss festgestellt hat, der Verlustanteil des stillen Gesellschafters berechnet und der Verlustanteil außerdem noch von der Einlage des stillen Gesellschafters abgebucht worden ist (BFH v. 10.11.1987 – VIII R 53/84, BStBl. II 1988, 186; v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; v. 22.7.1997 – VIII R 57/95, BStBl. II 1997, 755; v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126; v. 6.10.2009 – I R 25/09, BFH/NV 2010, 620). Ausnahmsweise kommt eine Verlustberücksichtigung ohne Aufstellung eines Jahresabschlusses in Betracht, falls das FA den Verlust geschätzt hat und der Geschäftsinhaber keinen Jahresabschluss mehr erstellt oder erstellen kann (BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; v. 23.2.2007 – VIII B 105/06, BFH/NV 2007, 1118). Verluste aus der Zeit vor Eingehen der stillen Gesell-

schaft sind dem Stillen nicht zuzurechnen (BFH v. 25.3.2008 – VIII B 148/07, BFH/NV 2008, 1148). Hält der Stille die Vermögenseinlage in einem BV, ist der Verlust phasengleich zum Ende des Geschäftsjahres des Inhabers des Handelsgewerbes in der Bilanz des Stillen zu erfassen (BFH v. 27.3.2012 – I R 62/08, BStBl. II 2012, 745).

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

► *Verlustanteil als negative Einnahmen:* Die FinVerw. (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 4) und ein Teil des Schrifttums vertreten die Auffassung, dass nach Einführung des WK-Abzugsverbots gem. Abs. 9 der Verlustanteil des stillen Gesellschafters keine WK, sondern negative Einnahmen darstellt. Als Folge dieser Einordnung unterliegt ein Verlustanteil nicht dem WK-Abzugsverbot des Abs. 9. Der Verlust könnte somit beim Stillen stl. weiterhin berücksichtigt werden (KLEINMANN, DStR 2009, 2359; CZISZ/KRANE, DStR 2010, 2226; FICHTELMANN, BB 1989, 1461; WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII, § 20 Rn. 82; SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 525; HAMACHER/DAHM in KORN, § 20 Rn. 213; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 205). Die Nichtberücksichtigung des Verlustanteils verstößt gegen das objektive Nettoprinzip. Dieser (drohende) Verstoß könne durch die Qualifizierung des Verlustanteils als negative Einnahme im Wege der Auslegung verhindert werden (KLEINMANN, DStR 2009, 2359). Die Abzugsfähigkeit entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, denn die Anordnung der sinn gemäßen Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkungen des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und § 15a gem. Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 mache nur Sinn, wenn der Gesetzgeber grds. von einer Berücksichtigungsfähigkeit eines Verlustanteils ausgehe (HAMACHER/DAHM in KORN, § 20 Rn. 213).

► *Begriff „negative Einnahmen“:* Den Begriff der negativen Einnahmen kennt das EStG nicht. Er wurde von der Rspr. entwickelt, um die Rückzahlung zuvor zu geflossener Einnahmen an den Leistenden stl. berücksichtigen zu können (BFH v. 13.12.1963 – VI 22/61, BStBl. III 1964, 184). Will man überhaupt an dem Begriff der negativen Einnahmen festhalten (s. ausführlich zum Streitstand § 9 Anm. 80; ausdrücklich offen gelassen von zB BFH v. 25.5.1999 – VIII R 59/97, BStBl. II 2001, 226; v. 4.5.2006 – VI R 33/03, BStBl. II 2006, 911; v. 17.9.2009 – VI R 24/08, BFH/NV 2010, 101), so setzt er also die Rückzahlung rechtsgrundlos erlangter Einnahmen voraus. Die Rückzahlung muss sich als „actus contrarius“ der rechtsgrundlosen Leistung darstellen (BFH v. 7.5.2009 – VI R 37/08, BStBl. II 2010, 135). Diese Voraussetzungen sind bei einem Verlustanteil nicht erfüllt, da der Stille aufgrund des ihm zugewiesenen Verlusts nicht zur Rückzahlung von zuvor erzielten Gewinnen verpflichtet ist (BLAUROCK, Handbuch der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 22 226). Eine Erweiterung des Begriffs „negative Einnahmen“ zur Erfassung des Verlustanteils eines stillen Gesellschafters ist aus systematischen Gründen uE abzulehnen (HAMACHER/DAHM in KORN, § 20 Rn. 213).

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

dem WK-Abzugsverbot des Abs. 9. Der Verlust des stillen Gesellschafters ist daher uE als WK abziehbar. Der Gesetzgeber ist erkennbar von einer Verlustberücksichtigung entsprechend der bis 2008 geltenden Rechtslage ausgegangen, weil er weiterhin die Verlustverrechnungsbeschränkungen des § 15 Abs. 4 Satz 6 bis 8 und des § 15a auf die stille Gesellschaft anwenden will (Abs. 1 Nr. 4 Satz 2). Er hat dabei aber wohl lediglich übersehen, dass der in Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 verwendete Begriff der Einnahmen – anders als der Begriff Gewinn – nicht eine Verlustzurechnung erfasst. Unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens und der systematischen Zusammenhänge der Vorschriften des Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 9 ist uE der Anwendungsbereich des WK-Abzugsverbots in Rahmen einer teleologischen Reduktion zu beschränken (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 104; ROCKOFF/WEBER, DStR 2010, 363). Aus systematischer Sicht ist zu bedenken, dass Abs. 9 grds. die auf der Ebene des Einkünftebeziehers anfallenden WK beschränken will, der dem stillen Gesellschafter zugerechnete Verlustanteil aber auf der Ebene der stillen Gesellschaft entsteht. Der zu berücksichtigende Verlust unterliegt uE der Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 9.

Verlust der Einlage durch Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsinhabers: Verliert der stille Gesellschafter seine Einlage durch Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsinhabers ganz oder teilweise (zB durch Insolvenz), so liegt insoweit ein Verlust auf der Vermögensebene vor, der im Rahmen des Abs. 1 Nr. 4 unbeachtlich ist (BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724). Lediglich soweit die Einlage durch die Zurechnung des Verlustanteils des letzten Wj. aufgebraucht wird, liegen abzugsfähige WK vor (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 205). Der Verlust der Einlage kann sich stl. auswirken, wenn der Stille die Beteiligung im BV hält.

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

143–144 Einstweilen frei.

dd) Einnahmen aus der Übertragung und der Auflösung einer stillen Gesellschaft

145 (1) Vorbemerkung

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

Fortgeltung der alten Rechtslage: Die Neuregelung des Abs. 2 ist allerdings nur auf stille Beteiligungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2008 erworben

oder geschaffen wurden (§ 52a Abs. 10 Satz 4). Für stille Beteiligungen, die bis zu diesem Zeitpunkt begründet wurden, gilt somit im Falle einer Veräußerung die alte Rechtslage ohne zeitliche Begrenzung fort (s. Anm. 420 ff.); zur Behandlung der Veräußerung für nach dem Stichtag erworbene oder begründete stille Beteiligungen s. Anm. 490 f.

(2) Veräußerung einer stillen Beteiligung nach altem Recht

146

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

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

Veräußerung zum Nennwert der Einlage: Deckt sich das Veräußerungsentgelt mit dem Nennbetrag der Einlage, liegen keine Einnahmen iSd. Nr. 4 vor, weil die Rückzahlung der Einlage nicht erfasst wird (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 91; zu Einzelheiten s. Anm. 140).

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

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

▶ *Zahlung eines Mehrbetrags zur Abgeltung des Gewinnanteils für ein abgelaufenes Jahr:* Ist der Gewinnanteil dem Veräußerer bereits iSd. § 11 Abs. 1 zugeflossen (also von ihm schon versteuert), aber noch nicht ausgezahlt, ist die Zahlung des Mehrbetrags durch den Erwerber der stillen Beteiligung beim Veräußerer nicht stbar (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 92).

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

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

Gesellschafter erzielt also bis zur Veräußerung selbst (pro rata temporis) Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 und danach der zukünftige Gesellschafter (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 94).

► *Zahlung eines Mehrbetrags zur Abgeltung von Gewinnaussichten:* Das Entgelt für künftige Gewinne ist bei Veräußerung keine stbare Einnahme iSd. Abs. 1 Nr. 4 (BFH v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II 1981, 465; STERNER, BB 1983, 2176; SÖFFING, FR 1982, 446; SÖFFING, DStR 1984, 268; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 95). Das Entgelt wird vom zukünftigen Gesellschafter nicht für eine Kapitalnutzung, sondern für die Abtretung der Beteiligung gezahlt. Beim Erwerber stellen die Zahlungen AK der Beteiligung dar.

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

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

147 (3) Auflösung der stillen Gesellschaft nach altem Recht

Handelsrechtliche Voraussetzungen der Auflösung:

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

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

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

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

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

Zahlungen des Geschäftsinhabers an den stillen Gesellschafter:

► *Die Rückzahlung der Einlage* durch den Geschäftsinhaber ist nicht nach Abs. 1 Nr. 4 stbar, sofern sich die Rückzahlung mit dem Nennbetrag der Einlage deckt oder geringer ist als diese. Dies gilt auch, wenn der Stpfl. die stille Beteiligung

von einem Dritten unter dem Nennwert der Einlage erworben hat, so dass das Auseinandersetzungsguthaben den Kaufpreis übersteigt (BFH v. 18.10.2006 – IX R 7/04, BStBl. II 2007, 258).

► *Auseinandersetzungsguthaben höher als Nennwert der Einlage:* Übersteigen Abfindungszahlungen den Nennwert der Einlage, gehört der Mehrerlös zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 iVm. Abs. 2 Nr. 1, weil die Zahlung des Mehrerlöses nicht erfolgt, um damit einen höheren Wert der Einlage abzugelten, sondern den Grund hat, dem stillen Teilhaber ein zusätzliches Entgelt für die Überlassung der Einlage zu gewähren (BFH v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 16.8.1995 – VIII B 156/94, BFH/NV 1996, 125). Dem steht auch die Entscheidung des IX. Senats des BFH v. 18.10.2006 (IX R 7/04, BStBl. II 2007, 258) nicht entgegen. Dieser hat uE zutreffend entschieden, dass die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens zum Nennwert nicht stbar ist, selbst wenn die stille Beteiligung zuvor vom Stpfl. zu einem Betrag unter dem Nennwert erworben worden war, denn der Stpfl. erhält auch in dieser Konstellation nur den Nennwert der (erworbenen) Beteiligung ausgezahlt, so dass es sich um eine im PV nicht stbare Kapitalrückzahlung handelt.

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

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

► *Zahlungen nach beendeter Auseinandersetzung:* Zahlungen nach erfolgter Abwicklung der stillen Gesellschaft bilden noch Einnahmen aus der Gesellschaft, soweit sie als Entgelt für die vom stillen Gesellschafter während des Bestehens und in Erfüllung des Gesellschaftsverhältnisses erbrachten Leistungen zu beurteilen sind (BFH v. 17.2.1972 – IV R 40/68, BStBl. II 1972, 586; v. 1.6.1978 – IV R 139/73, BStBl. II 1978, 570). Über die StPfl. einer Zahlung entscheidet nicht der Zeitpunkt des Zuflusses, sondern der wirtschaftliche Zusammenhang mit der Kapitalüberlassung (Jochum in KSM, § 20 Rn. C/4 73).

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

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

► *Verlust der Einlage bei Insolvenz des Geschäftsinhabers:* Die Insolvenz des Geschäftsinhabers führt zur Auflösung der stillen Gesellschaft. Wird die Einlage (teilweise) nicht zurückgezahlt, liegt ein stl. unbeachtlicher Verlust auf der Vermögensebene vor (BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; zu Einzelheiten s. Anm. 142). Ist die Einlage rückständig, so hat sie der Stille bis zur Höhe des auf ihn entfallenden Verlustanteils in die Insolvenzmasse einzuzahlen (§ 236 Abs. 2 HGB), ohne dass er die Zahlung als im Rahmen des Abs. 1 Nr. 4 geltend machen kann.

148 (4) Veräußerung und Auflösung nach neuem Recht

Veräußerung und Auflösung ab Veranlagungszeitraum 2009 für nach neuem Recht begründete Beteiligungen steuerpflichtig: Mit der Einführung der Abgeltungsteuer ab dem VZ 2009 kann die Veräußerung einer stillen Beteiligung gem. Abs. 2 Nr. 4 zu stbaren Einkünften aus Kapitalvermögen führen. Nach Abs. 2 Satz 2 gilt auch die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens durch den stillen Gesellschafter als Veräußerung (s. Anm. 530 f.).

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

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

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

b) Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter

149 aa) Voraussetzungen einer stillen Gesellschaft

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

Typisch und atypisch stille Gesellschaft: Steuerlich wird zwischen der typisch und der atypisch stillen Gesellschaft unterschieden. Abs. 1 Nr. 4 erfasst die typisch stille Gesellschaft, während die atypisch stille Gesellschaft eine Mit-

unternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist. Zur Abgrenzung s. Anm. 199 ff.

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

Substantielles „Mehr“: Für das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks ist allein die Hingabe von Geld, das zur Erzielung von Einkünften genutzt werden soll, nicht ausreichend. Die Hingabe von Geld kann nicht ausschlaggebend iS eines gemeinsamen Zwecks sein, weil ansonsten die bloße Kapitalhingabe und die nachfolgende Verwendung des Kapitals stets einen gemeinsamen Zweck und damit eine stille Gesellschaft begründen würden. Ein gemeinsamer Zweck kann nur angenommen werden, wenn über die bloße Kapitalhingabe und die Verwendung des Kapitals hinaus ein substantielles „Mehr“ zwischen dem Stillen und dem Inhaber des Handelsgewerbes festgestellt werden kann (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852).

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

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

► *Form des Gesellschaftsvertrags:* Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist an keine besonderen Formvorschriften gebunden (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 9). Besteht die Einlage des stillen Gesellschafters aus einem Grundstück oder einem Geschäftsanteil an einer GmbH, so bedarf der Vertrag der notariellen Beurkundung (§ 311b BGB; § 15 Abs. 4 GmbHG). Ein Vollzug der Einbringung heilt jedoch den Formmangel (K. SCHMIDT in MüKo HGB, 2. Aufl. 2007, § 230 HGB Rn. 96). Zu Formvorschriften bei Schenkung einer stillen Beteiligung s. Anm. 178 f.

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

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

150 Einstweilen frei.

bb) Beteiligung an einem Handelsgewerbe

151 (1) Handelsgewerbe

Handelsgewerbe iSd. HGB: Eine stille Gesellschaft liegt nur vor, wenn der Geschäftsinhaber ein Handelsgewerbe betreibt. Die Voraussetzungen für den Betrieb eines Handelsgewerbes sind dem Handelsrecht zu entnehmen. Nicht erforderlich ist, dass es sich um ein Grundhandelsgewerbe iSd. § 1 Abs. 2 HGB handelt. Für die Errichtung einer stillen Gesellschaft ist ohne Bedeutung, ob der Inhaber des Handelsgewerbes Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist. Es ist auch ausreichend, wenn der Geschäftsinhaber nur aufgrund seiner Rechtsform die Kaufmannseigenschaften (Formkaufmann) erfüllt, so dass eine stille Gesellschaft an einer GmbH bzw. UG (§ 13 GmbHG) oder einer AG (§ 3 AktG) wirksam begründet werden kann (hM, BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 14; BLAUROCK, Handbuch der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 5.20).

Beteiligung an einem nichtgewerblichen Unternehmen: Betreibt der Geschäftsherr ein nichtgewerbliches Unternehmen, zB einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb, oder übt er eine freiberufliche Tätigkeit aus, liegt mangels Handelsgewerbe keine stille Gesellschaft iSd. § 230 Abs. 1 HGB vor. Beteiligungen an einem dieser Unternehmen in der Art einer stillen Gesellschaft führen zivilrechtl. zur Gesellschaft (Innengesellschaft) bürgerlichen Rechts iSd. §§ 705 ff. BGB (BGH v. 22.6.1981 – II ZR 94/80, NJW 1982, 99). Einnahmen des Innengesellschafters sind uE nicht solche nach Abs. 1 Nr. 4, da es an der Beteiligung an einem Handelsgewerbe fehlt (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 15).

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

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

(2) Person des Geschäftsinhabers

152

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

Stille Beteiligung an einem ausländischen Unternehmen: Es ist auch möglich, sich als stiller Gesellschafter am Handelsgewerbe eines ausländ. Geschäftsherrn zu beteiligen (BFH v. 4.6.2008 – I R 62/06, BStBl. II 2008, 793). Ob der Beteiligte Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 4 als stiller Gesellschafter bezieht, ist grds. nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen. Das Besteuerungsrecht für Gewinnanteile eines typisch stillen Gesellschafters steht nach Art. 11 OECD-MA dem Wohnsitzstaat zu, weil die Gewinnanteile abkommensrechtl. als Zinsen behandelt werden (VOGEL/LEHNER, DBA, 5. Aufl. 2008, Art. 11 Rn. 63a). Die Besteuerung im Inland richtet sich selbst nach Abs. 1 Nr. 4, wenn der Gewinnanteil nach dem jeweils einschlägigen DBA zwischenstaatlich als Dividende behandelt wird (BFH v. 4.6.2008 – I R 62/06, BStBl. II 2008, 793, zum DBA-Luxemburg).

cc) Beteiligung als stiller Gesellschafter

(1) Person und Stellung des stillen Gesellschafters

153

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

(2) Einlage des stillen Gesellschafters

154

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

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

Dienstleistung als Einlage: Die Frage, ob Dienstleistungen oder die Hingabe von Darlehen eine Einlage darstellen können, hat der BFH in neueren Entscheidungen – auch mit dem Hinweis auf die kontroverse Diskussion im Handels-

recht – ausdrücl. offen gelassen (BFH v. 10.7.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339; v. 16.12.2003 – VIII R 6/93, BFH/NV 2004, 1080; v. 23.4.2009 – IV R 73/06, BFH/NV 2009, 1534; s. auch BLAUROCK, Handbuch der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 6.31 ff.; K. SCHMIDT in MüKo HGB, 2. Aufl. 2007, § 230 HGB Rn. 149).

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

Leistung der Vermögenseinlage: Der stille Gesellschafter ist verpflichtet, seine versprochene Einlage zu erbringen. Nach § 230 Abs. 1 HGB muss die Einlage in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergehen (BFH v. 19.10.2005 – I R 48/04, BStBl. II 2006, 334). Sie wird deshalb nicht gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, sondern geht in das alleinige Vermögen des Geschäftsinhabers über. Es wird kein Gesamtvermögen gebildet (BFH v. 2.5.1984 – VIII R 276/81, BStBl. II 1984, 820).

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

155 (3) Gewinnbeteiligung als Voraussetzung der Gesellschaftsstellung

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

Verlustbeteiligung: Dagegen muss der stille Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt werden, da schon nach § 231 Abs. 2 HGB eine Verlustbeteiligung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann. Die Vereinbarung einer Verlustbeteiligung spricht andererseits für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021; v. 22.6.2010 – I R 78/09, BFH/NV 2011, 12). Eine Vereinbarung über die Höhe der Gewinnbeteiligung gilt im Zweifel auch für die Verlustbeteiligung, wenn eine solche nicht ausgeschlossen wurde (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858).

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

Formen der Gewinnbeteiligung: Die Kombination von Gewinnanteil und fester Verzinsung steht der Annahme einer stillen Gesellschaft nicht entgegen (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 18). Ebenso ist die Vereinbarung einer Mindestgewinngarantie oder einer Mindestverzinsung der Einlage für die stl. Anerkennung der stillen Gesellschaft ausreichend (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

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

(4) Unterbeteiligung

156

Die Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil stellt keine stille Gesellschaft dar. Dennoch werden die Einkünfte aus einer Unterbeteiligung von der Rspr. als Einkünfte nach Abs. 1 Nr. 4 behandelt (zB BFH v. 28.11.1990 – I R 111/88, BStBl. II 1991, 313; krit. JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4230 ff.).

dd) Abgrenzung von anderen partiarischen Rechtsverhältnissen

(1) Grundsatz

157

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

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

Unterscheidungsmerkmale: Der Vertrag über die stille Gesellschaft unterscheidet sich von partiarischen Vertragsverhältnissen, zB partiarischen Darlehen, partiarischen Miet- oder Pachtverträgen, durch die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks und das gemeinsame Streben zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels (BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852). Indiz für ein partiarisches Vertragsverhältnis kann die fehlende Fortführungsverpflichtung des Geschäftsherrn sein, es sei denn, sie wird erst nachträglich aufgehoben (BFH v. 27.1.1982 – I R 5/78, BStBl. II 1982, 374). Kein partiarisches Vertragsverhältnis liegt vor, wenn der Beteiligte am Verlust beteiligt ist (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021; v. 22.6.2010 – I R 78/09, BFH/NV 2011, 12). Ausschlaggebend sind immer eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls, der vertraglichen Regelungen und ihre tatsächliche Durchführung (BFH v. 28.1.1982 – IV 197/79, BStBl. II 1982, 389; v. 25.3.1992 – I R 41/91, BStBl. II 1992, 889; v. 8.5.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852).

(2) Abgrenzung von partiarischen Dienstverhältnissen iSd. § 19

158

Die Einlage eines stillen Gesellschafters kann nach der bisherigen Rspr. des BFH in Form von Dienstleistungen erbracht werden (BFH v. 16.12.1997 – VIII R 32/90, BStBl. II 1998, 480; zweifelnd zuletzt BFH v. 23.4.2009 – IV R 73/06, BFH/NV 2009, 1534; s. auch Anm. 154). Eine solche stille Gesellschaft und ein

partiarisches Dienstverhältnis unterscheiden sich durch die Zweckrichtung der versprochenen Dienstleistung. Wenn die Einlage des stillen Gesellschafters in einer Dienstleistung besteht, muss sie aber im Hinblick auf ein partnerschaftliches, gleichberechtigtes Zusammenwirken der Gesellschafter zur Erreichung des gemeinsamen Ziels erbracht werden (BFH v. 28.1.1982 – IV R 197/79, BStBl. II 1982, 389; v. 7.12.1983 – I R 144/79, BStBl. II 1984, 37). Der ArbN leistet seine Dienste im Rahmen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses, während bei der stillen Gesellschaft von einer Nebenordnung der Beteiligten auszugehen ist. Der ArbN steht im Unterschied zum stillen Gesellschafter in einem Abhängigkeitsverhältnis vom Geschäftsinhaber (ArbG) und ist dessen Weisungen unterworfen. Für die Erbringung einer Einlage ist es darüber hinaus notwendig, dass der stille Gesellschafter am Unternehmen mit einer (buchungsfähigen) Einlage beteiligt und diese auch buchmäßig auszuweisen ist. Fehlt ein buchmäßiger Ausweis einer Einlage, liegt keine stille Gesellschaft vor (BFH v. 23.4.2009 – IV R 73/06, BFH/NV 2009, 1534).

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

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

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

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

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

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

(3) Abgrenzung von partiarischen Rechtsverhältnissen und anderen partiarischen Verträgen 159

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

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

Abgrenzung von partiarischen Darlehen: Siehe Anm. 191.

Einstweilen frei.

160

c) Rechtsfolgen

161

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

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

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

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

► *Zufluss:* Die Besteuerung des Gewinnanteils setzt den Zufluss iSd. § 11 Abs. 1 beim stillen Gesellschafter voraus, wenn die Beteiligung im PV gehalten wird (s. § 11 Anm. 64; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 247). Der stille Gesellschafter

muss die Verfügungsmacht erlangen, dh., er muss wirtschaftlich über die Einnahmen verfügen können (BFH v. 26.7.1986 – VIII R 30/82, BStBl. II 1983, 755). Dies ist unzweifelhaft bei Barauszahlung oder Überweisung auf ein Bankkonto der Fall. Ohne eine solche tatsächliche Auszahlung kann ein Zufluss vorliegen, wenn der Gewinn des Unternehmens ermittelt, der Gewinnanteil des Stillen berechnet und der Betrag dem Einlagekonto gutgeschrieben wurde (BFH v. 6.9.1963 – VI 153/62, HFR 1964, 42). Auch durch Novation (Schuldumschaffung) kann ein Zufluss bewirkt werden (s. § 11 Anm. 51 und 56). Zur Scheinrendite s. Anm. 140.

► *Gewinnänderungen nach Außenprüfung:* Die Mehrgewinne aufgrund von Außenprüfungen fließen dem Gesellschafter nicht bereits mit Feststellung durch die Außenprüfung, sondern erst bei Auszahlung oder Gutschrift zu (BFH v. 6.9.1963 – VI R 153/62, HFR 1964, 42). Im Fall eines nachträglich niedriger festgestellten Gewinns hat der stille Gesellschafter die überhöhten Gewinnanteile an den Geschäftsherrn zurückzuzahlen. Die Rückzahlungsbeträge stellen negative Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen dar.

► *Werbungskosten:* WK des stillen Gesellschafters sind alle Aufwendungen (§ 9 Abs. 1 Satz 1), die durch die stille Beteiligung veranlasst worden sind. Dazu gehören zB Schuldzinsen für die Finanzierung der Einlage (BFH v. 23.2.2007 – VIII B 105/06, BFH/NV 2007, 1108), Kosten der Beratung und Reisekosten, die der Gesellschafter anlässlich einer bestehenden Beteiligung aufgewendet hat; WK einer im PV gehaltenen stillen Beteiligung unterliegen ab dem VZ 2009 nach Abs. 9 einem generellen Abzugsverbot (s. Anm. 680 ff.).

► *Zeitliche Berücksichtigung von Werbungskosten:* Für die zeitliche Berücksichtigung von WK beim stillen Gesellschafter gilt das Zu- und Abflussprinzip des § 11.

► *Verluste:* Zur Berücksichtigung der Verlustanteile beim stillen Gesellschafter s. Anm. 142.

162–164 Einstweilen frei.

d) Stille Gesellschaft zwischen nahen Angehörigen

165 aa) Grundsatz

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

Steuerliche Anerkennung: Die stl. Anerkennung von Vertragsverhältnissen zwischen nahen Angehörigen ist nach stRspr. davon abhängig, dass die Verträge bürgerlich-rechtl. wirksam vereinbart worden sind und sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 29/97, BStBl. II 2000, 386; v. 19.2.2002 – IX R 32/98, BStBl. II 2002, 674; v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826; v. 7.7.2006 – IX R 4/04, BStBl. II 2007, 294). Die Vereinbarungen müssen darüber hinaus klar und eindeutig sein, wobei allerdings eine Auslegung der Vereinbarungen möglich ist (BFH v. 7.11.2000 – VIII R 16/97, BStBl. II 2001, 186; FG Nürnberg v. 15.6.1999 – I 118/97, EFG 1999, 917, rkr.).

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

Einstweilen frei.

166

bb) Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung

(1) Zivilrechtliche Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags

167

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

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

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

(2) Zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

168

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

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

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

der stille Gesellschafter am Verlust teilnimmt (BFH v. 21.2.1991 – IV R 35/89, BStBl. II 1995, 449).

► *Schenkweise Überlassung der Einlage*: Die Bestellung eines Pflegers ist auch dann notwendig, wenn dem Kind die Vermögenseinlage vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags geschenkt wird. Das Rechtsgeschäft bleibt auch in diesem Fall wegen der Verpflichtung zur Einlageleistung rechtl. nachteilig. Die Einlage ist immer vom wirtschaftlichen Schicksal des elterlichen Unternehmens abhängig (BFH v. 28.11.1973 – I 101/72, BStBl. II 1974, 289; aA TIEDTKE, BB 1977, 1964; KLAMROTH, BB 1975, 527; SUDHOFF, DStR 1973, 596). Die Notwendigkeit der Pflegerbestellung soll nach Auffassung des BFH unabhängig davon bestehen, ob das Kind nur am Gewinn oder zusätzlich auch am Verlust beteiligt werden soll (BFH v. 28.11.1973 – I 101/72, BStBl. II 1974, 289). Dies ist zivilrechtl. unstritten, wenn der Beschenkte nicht am Verlust beteiligt ist (s. ausführl. K. SCHMIDT in MüKo HGB, 2. Aufl. 2007, § 230 HGB Rn. 105).

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

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

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

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

169 (3) Fremdvergleich

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

Beteiligung am Gewinn: Bei Einschränkung der Gewinnbeteiligungsrechte des stillen Gesellschafters kann der stl. Anerkennung des Vertrags zB entgegen-

stehen, dass über den Gewinnanteil zehn Jahre nicht verfügt werden kann (BFH v. 25.10.1969 – IV R 179/68, BStBl. II 1970, 114), der Stille nur mit Zustimmung des Geschäftsinhabers oder eines Dritten verfügen kann (BFH v. 22.1.1970 – IV R 178/68, BStBl. II 1970, 416; v. 20.2.1975 – IV R 72/74, BStBl. II 1975, 569; v. 6.7.1995 – IV R 79/74, BStBl. II 1996, 269) oder die Gewinnbeteiligung jederzeit widerrufen werden kann (BFH v. 8.8.1974 – IV R 101/73, BStBl. II 1975, 34).

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

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

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

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

(4) Tatsächliche Durchführung der Vereinbarungen

170

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

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

Einstweilen frei.

171

172 (5) **Stille Gesellschaft mit einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft als Geschäftsinhaberin**

Die Grundsätze der stl. Anerkennung von Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen gelten auch, wenn der Vertrag mit einer PersGes. oder KapGes. geschlossen wird und der beherrschende Gesellschafter ein naher Angehöriger des anderen Vertragspartners ist (BFH v. 20.9.1990 – IV R 17/89, BStBl. II 1991, 18; v. 18.12.1990 – VIII R 290/82, BStBl. II 1991, 391; BMF v. 1.12.1992, BStBl. I 1992, 729). Diese Grundsätze sind auch anzuwenden, wenn eine stille Gesellschaft zwischen einer PersGes. oder KapGes. als Geschäftsinhaberin und einem Familienangehörigen eines beherrschenden Gesellschafters der PersGes. oder KapGes. vereinbart wird.

cc) **Gewinnbeteiligung in unangemessener Höhe**

173 (1) **Ermittlung der Angemessenheit**

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

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

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

Maßgebender Zeitpunkt der Angemessenheitsprüfung ist der des Vertragsabschlusses (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 226). Die Gewinnverteilung ist angemessen, wenn im Zeitpunkt der Vereinbarung aufgrund der Abrede nach den Erfahrungen der vorausgegangenen Jahre und vernünftiger kaufmännischer Beurteilung der Zukunftsaussichten eine angemessene durchschnittliche Rendite der Kapitalanlage zu erwarten war. Der Beurteilungszeitraum wird dabei im Regelfall mit fünf Jahren angesetzt (BFH v. 14.2.1973 – I R 131/70, BStBl. II 1973, 395; v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650; v. 27.3.2001 – I R 52/00, BFH/NV 2002, 537; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

Künftige Entwicklung: Eine nach diesen Grundsätzen als angemessen anzusehende Gewinnverteilungsabrede ist der Besteuerung aber auch dann zugrunde zu legen, wenn sich später herausstellt, dass die Ertragsprognose unzutreffend war. Erst bei einer wesentlichen Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, die unter einander fremden Personen zu einer Anpassung der Gewinnverteilung Anlass gegeben hätte, verlangt die Rspr. Überprüfung und Anpassung der zu kontrollierenden Gewinnverteilungsabrede (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021).

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

► *Als Obergrenze* für eine angemessene Gewinnverteilung hat der BFH folgende Renditen angesehen (krit. JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4227 ff.):

▷ *bei geschenkter Beteiligung:* 12 % ohne Verlustbeteiligung; 15 % mit Verlustbeteiligung (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650; v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BStBl. II 2001, 299);

▷ *Beteiligung aus eigenen oder fremden Mitteln:* 25 % ohne Verlustbeteiligung (BFH v. 14.2.1973 – I R 131/70, BStBl. II 1973, 395); 35 % mit Verlustbeteiligung (BFH v. 16.12.1981 – I R 167/78, BStBl. II 1982, 387; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BStBl. II 2009, 798).

► *Ermittlung des angemessenen Gewinnanteils:* Der so ermittelte Wert ist in der Folgezeit auf den tatsächlich erzielten Gewinn anzurechnen, so dass der stl. anzuerkennende Gewinnanteil des Stillen die Rendite von 35 % (bzw. 12 bis 25 %) der Einlage im Ergebnis überschreiten darf (BFH v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BStBl. II 2001, 299; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BStBl. II 2009, 798).

► *Teilweise Schenkung der Einlage* führt zur Anwendung eines gemischten Prozentsatzes für die Renditeberechnung. Der angemessene Gewinn ist aus den für die

Schenkung geltenden und den bei Einlage eigener Mittel geltenden Renditegrundsätzen zu ermitteln (BFH v. 29.3.1973 – IV R 56/70, BStBl. II 1973, 650).

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

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

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

174 Einstweilen frei.

175 (2) Folgen einer unangemessenen Gewinnbeteiligung

Eine unangemessen hohe Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters steht einer stl. Anerkennung der stillen Gesellschaft grds. nicht entgegen (s. Anm. 173). Anders ist es, wenn die vereinbarte Gewinnbeteiligung außer jedem Verhältnis zur erbrachten Leistung steht (BFH v. 21.9.1989 – IV R 126/88, BFH/NV 1990, 693). Der unangemessen hohe Gewinnanteil wird stl. als unbeachtliche private Zuwendungen des Geschäftsinhabers an den stillen Gesellschafter behandelt. Diese Teile des Gewinns des stillen Gesellschafters hat dieser nicht nach Abs. 1 Nr. 4 zu versteuern; der Geschäftsherr kann sie nicht als BA abziehen. Kommen zur unangemessenen Gewinnverteilung noch andere Umstände, die der stl. Berücksichtigung der stillen Gesellschaft entgegenstehen, hinzu, so ist der Gesellschaft als Ganzes die stl. Anerkennung zu versagen. Die Gewinnanteile sind dann beim stillen Gesellschafter in voller Höhe nicht stbar (BFH v. 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5; v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BStBl. II 2001, 299; v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BStBl. II 2009, 798).

Anpassung wegen geänderter Gewinnverhältnisse: Eine ursprünglich angemessene Gewinnbeteiligung ist bei einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse (zB bei einem unerwarteten Gewinnsprung) zu korrigieren, wenn auch fremde Dritte die Gewinnverteilungsabrede angepasst hätten. Bei der Ermittlung der neuen Angemessenheit der Gewinnbeteiligung sind die zum Zeitpunkt der Anpassung zu erwartenden Gewinne der Folgejahre zu berücksichtigen (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BStBl. II 2009, 798). Offen gelassen hat der BFH, ob eine Korrektur nur unter Beachtung einer angemessenen Kündigungsfrist erfolgen darf. Bei einer Korrektur der Gewinnabrede sind vereinbarte Kündigungsfristen uE grds. zu beachten, soweit diese selbst dem unter Fremden Üblichen entsprechen, denn auch unter fremden Dritten werden Ver-

tragsanpassungen regelmäßig nur unter Beachtung von Kündigungsfristen möglich sein.

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

Einstweilen frei.

176

dd) Schenkweise Überlassung der stillen Beteiligung

(1) Begriff der Schenkung

177

Es sind Besonderheiten zu beachten, wenn die stille Beteiligung im Wege der Schenkung an einen nahen Angehörigen übertragen wird. Schenkungen sind Zuwendungen, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (§ 516 Abs. 1 BGB).

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

(2) Formerfordernisse bei Schenkung durch den Geschäftsinhaber

178

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

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

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

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

179 Einstweilen frei.

180 (3) **Schenkweise Überlassung der Geldmittel zur Erfüllung der Einlageverpflichtung**

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

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

Stellungnahme: Die Rspr. zur Darlehensgewährung kann uE nicht auf die Begründung einer stillen Gesellschaft übertragen werden (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4216), denn im Unterschied zu einer Darlehensgewährung sind mit der Begründung einer stillen Gesellschaft, die auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet ist, auf Dauer weitergehende Rechte des stillen Gesellschafters, zB Kontrollrechte verbunden. Insoweit liegt also keine Vergleichbarkeit zwischen Darlehen und stiller Gesellschaft vor.

181 (4) **Ermittlung der Angemessenheit und Folgen der Unangemessenheit**

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

182 (5) **Schenkung von einem Dritten**

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

183–184 Einstweilen frei.

e) Stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

aa) Zulässigkeit einer stillen Beteiligung

185

Es ist zivilrechtl. anerkannt, dass ein Anteilseigner gleichzeitig eine stille Gesellschaft mit der KapGes. eingehen kann (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. II 1980, 477; BLAUROCK, Handbuch der stillen Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 5.37). Auch strechtl. besteht die Möglichkeit, dass sich der Anteilseigner als stiller Gesellschafter an der KapGes. beteiligt (BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563). Eine stille Gesellschaft kann sowohl der Minderheitsgesellschafter als auch der beherrschende Gesellschafter eingehen (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 231). Der Anerkennung einer solchen Beteiligung steht nicht entgegen, dass das Stamm- oder Grundkapital der KapGes. vom Gesellschafter noch nicht voll eingezahlt ist (BFH v. 18.3.1966 – I 218/65, BStBl. III 1966, 197).

bb) Gesellschafter der Kapitalgesellschaft als stiller Gesellschafter

(1) Voraussetzung der stillen Gesellschaft

186

Ein Anteilseigner kann sich gleichzeitig als stiller Gesellschafter an der KapGes. beteiligen. Die Anerkennung setzt voraus, dass das zivilrechtl. wirksam begründete Gesellschaftsverhältnis im Voraus klar und eindeutig vereinbart und tatsächlich durchgeführt wird (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. 1980, 477; v. 25.8.1988 – I R 92/84, BFH/NV 1989, 258; v. 26.4.1989 – I R 96/85, BFH/NV 1990, 63; v. 12.12.1990 – I R 85/88, BFH/NV 1992, 59). Nach den vertraglichen Regelungen muss klar erkennbar sein, ob der Gesellschafter seine Leistungen an die KapGes. aufgrund des stillen Gesellschaftsverhältnisses oder aufgrund seiner kapitalmäßigen Beteiligung an der KapGes. erbringt (JUCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4158).

(2) Angemessenheit der Gewinnverteilung

187

Angemessene Gewinnverteilung: Der Gewinn wird dem Beteiligten nur im Rahmen einer stillen Gesellschaft iSd. Nr. 4 zugerechnet, wenn die Gewinnverteilung angemessen ist. Zahlungen stellen dagegen eine vGA dar, soweit die Gewinnverteilungsabrede unangemessen ist (BFH v. 6.2.1980 – I R 50/76, BStBl. II 1980, 477; v. 12.12.1990 – I R 85/88, BFH/NV 1992, 59; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 232).

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

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

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

188–189 Einstweilen frei.

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

190 a) Einnahmen

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

191 b) Partiarisches Darlehen und Abgrenzung zur stillen Gesellschaft

Partiarische Darlehen sind Darlehen (§§ 607 ff. BGB), für deren Hingabe der Darlehensgeber anstelle von Zinsen oder neben einer festen Verzinsung einen Anteil am Gewinn des Unternehmens, dem das Darlehen dient, erhält. Dabei ist die Vereinbarung eines Mindestgewinnanteils möglich. Eine Verlustbeteiligung schließt die Annahme eines partiarischen Rechtsverhältnisses aus (BFH v. 22.6.2010 – I R 78/09, BFH/NV 2011, 12). Der Gewinnanspruch bedingt – im Gegensatz zu herkömmlichen Darlehen – gewisse Kontrollrechte des Darlehensgebers. Der Darlehensnehmer ist deshalb zur Rechnungslegung (§ 259 BGB) verpflichtet (BGH v. 28.10.1953 – II ZR 149/52, BGHZ 10, 385).

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

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

sellschaft (BFH v. 19.2.2009 – IV R 83/06, BFH/NV 2009, 1021; v. 22.6.2010 – I R 78/09, BFH/NV 2011, 12). Die Stellung des Kapitalgebers als beherrschender Gesellschafter spricht für eine stille Beteiligung an der Gesellschaft und nicht für ein partiarisches Darlehen (BFH v. 16.7.1986 – I R 78/79, BFH/NV 1987, 326).

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

Einstweilen frei.

192–194

c) Vereinbarung eines partiarischen Darlehens zwischen nahen Angehörigen

aa) Steuerliche Anerkennung dem Grunde nach

195

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

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

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

bb) Unangemessene Gewinnbeteiligung

196

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

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

197 Einstweilen frei.

198 **d) Partiarisches Darlehen eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft an diese Kapitalgesellschaft**

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

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

199 **a) Grundsatz**

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

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

200 **b) Stiller Gesellschafter als Mitunternehmer**

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

Stiller Gesellschafter: Auch ein stiller Gesellschafter ist Mitunternehmer, wenn er Mitunternehmerinitiative entfaltet und Mitunternehmerisiko trägt (BFH v. 7.11.2006 – VIII R 5/04, BFH/NV 2007, 906). Ob ein stiller Gesellschafter Mitunternehmer ist oder nicht, hängt vom Gesamtbild der Verhältnisse ab, wobei die für und gegen einzelne Gesellschaftsformen sprechenden Argumente gegeneinander abzuwägen sind (BFH v. 12.11.1985 – VIII R 364/83,

BSStBl. II 1986, 311; v. 18.2.1993 – IV R 132/91, BFH/NV 1993, 647). Beide Merkmale sind, auch wenn sie unterschiedlich stark ausgeprägt sein können, unverzichtbare Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 2 (BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BSStBl. II 1984, 751; v. 2.10.1997 – IV R 75/96, BSStBl. II 1998, 137). Ein stark ausgeprägtes Mitunternehmerisiko kann eine schwach ausgeprägte Mitunternehmerinitiative kompensieren, so dass nach der Rspr. selbst die nur geringen gesetzlichen Kontrollrechte nach §§ 230 ff. HGB zur Annahme einer Mitunternehmerstellung ausreichen können (BFH v. 27.1.1994 – IV R 114/91, BSStBl. II 1994, 635; v. 7.11.2006 – VIII R 5/04, BFH/NV 2007, 906).

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

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

Stille Gesellschaft an einer Kapitalgesellschaft: Ist bei einer stillen Beteiligung an einer KapGes. der stille Gesellschafter gleichzeitig Gesellschafter der KapGes., so führt die Beherrschung der KapGes. durch den stillen Gesellschafter dazu, dass uE regelmäßig eine atypisch stille Gesellschaft gegeben ist, weil der stille Gesellschafter aufgrund seiner Rechtstellung Mitunternehmerinitiative entfaltet (BFH v. 15.12.1992 – VIII R 42/90, BSStBl. II 1994, 702; v. 18.6.2001 – IV B 88/00, BFH/NV 2001, 1550; v. 14.10.2003 – VIII B 281/02, BFH/NV 2004, 188; v. 26.11.2003 – VIII R 64/03, BFH/NV 2004, 631; glA KNOBBE-KEUK, StuW 1982, 201; aA noch BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BSStBl. II 1983, 563; so auch JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4 160). Dies gilt umso mehr, wenn der Gesellschafter auch Geschäftsführer der GmbH ist (glA PAULICK, GmbHR 1982, 237). Zur Abgrenzung bei der GmbH & Still s. ausführl. § 15 Anm. 397.

Einstweilen frei.

201

c) Darlehensgeber als Mitunternehmer

202

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

Einstweilen frei.

203–204

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

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

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

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

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

206 bb) Voraussetzungen und Rechtsfolge

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

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

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

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

b) Sinngemäße Anwendung des § 15a auf Verlustanteile des stillen Gesellschafters

aa) Ausgleichs- und Abzugsverbot für den zuzurechnenden Verlustanteil bei Entstehung oder Erhöhung eines negativen Kapitalkontos (§ 15a Abs. 1 Satz 1)

(1) Beschränkung der Verlustverrechnung

207

Verlustverrechnungsbeschränkung: Die sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 1 Satz 1 soll bewirken, dass ein Verlust des Handelsgeschäfts, der gesellschaftsrechtl. dem stillen Gesellschafter zugerechnet wird, von diesem nicht mit anderen positiven Einkünften anderer Einkunftsarten, einschließlich der anderer Einkünfte aus Kapitalvermögen, ausgeglichen oder nicht nach § 10d abgezogen werden kann, soweit durch den Verlust ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht. Verluste aus typisch stillen Gesellschaften sollen durch die sinngemäße Anwendung des § 15a solchen aus einer atypisch stillen Gesellschaft gleichgestellt werden (BTDrucks. 8/3648, 15; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4107).

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

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

Zur grundsätzlichen Kritik, die eine sinngemäße Anwendung des § 15a auf eine stille Gesellschaft aus systematischen Gründen ablehnt s. KNOBBE-KEUK, NJW 1980, 2557; KNOBBE-KEUK, StW 1981, 97; DORNFELD, DB 1981, 546; JAKOB/JÜPTNER, FR 1985, 225; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4107 ff.; GROH, DB 2004, 668.

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

Betroffene Verluste: Von der Verlustverrechnungsbeschränkung sind nur Verluste des Unternehmens, an der die stille Beteiligung besteht, betroffen. WK des stillen Gesellschafters selbst, zB Zinsaufwendungen für die Finanzierung der Einlage, werden nicht erfasst (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 235). Für WK

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

Zurechnung von Verlusten: Siehe Anm. 142.

208 (2) Verlustausgleich und Einlage

Verlustausgleich in Höhe der tatsächlich geleisteten Einlage: Die maßgebliche Höhe der für den Verlustausgleich zur Verfügung stehenden Vermögens-einlage bemisst sich nach dem tatsächlich geleisteten, also an den Geschäftsinhaber gezahlten Betrag oder übertragenen Wert der Einlage (BFH v. 5.2.2002 – VIII R 31/01, BStBl. II 2002, 464; v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126; HAMACHER/DAHM in KORN, § 20 Rn. 218; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4114). Sie bemisst sich nicht nach der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten, aber noch nicht geleisteten (rückständigen) Einlage. Dem Geschäftsinhaber gewährte Darlehen oder die Überlassung von WG neben der stillen Beteiligung erhöhen – wie das SonderBV bei gewerblichen Gesellschaften (BFH v. 14.5.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167) – das Verlustausgleichsvolumen nicht (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 235).

§ 15a Abs. 1a: Mit dem JStG 2008 v. 19.1.22008 (BGBl. I 2008, 2794) wurde § 15a um einen Abs. 1a ergänzt, nach welchem nachträgliche Einlagen weder zu einer nachträglichen Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit eines vorhandenen verrechenbaren Verlustes noch zu einer Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit des zukünftig noch zuzurechnenden Verlustes führen, soweit durch den Verlust eine negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht; dies gilt uE auch für stille Gesellschaften (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4121). Der Gesetzgeber ist mit der Gesetzesänderung der Rspr. des BFH zur Berücksichtigung vorgezogener Einlagen (BFH v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359; v. 26.6.2007 – IV R 28/06, BStBl. II 2007, 934) entgegengetreten (s. ausführl. § 15a Anm. 130a ff.).

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

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

Kein erweiterter Verlustausgleich durch Außen- oder Innenhaftung: Eine Erweiterung des Verlustausgleichsvolumens außerhalb des § 15a Abs. 1 Satz 2 lässt sich auch nicht durch eine vertragliche Verpflichtung zur Übernahme von Unternehmensschulden im Außenverhältnis, zB in Form einer Bürgschaft oder Schuldübernahme, erreichen (BFH v. 5.2.2002 – VIII R 31/01, BStBl. II 2002, 464; v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126; glA WACKER in SCHMIDT XXXII, § 15a Rn. 198; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. 174; aA BORDEWIN, FR 1982, 268; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 236). Auch eine im Innenverhältnis eingegangene Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Übernahme von Verlusten

erhöht nicht das Verlustausgleichsvolumen. Ein Verlustausgleich ist nur in Höhe der tatsächlich geleisteten Einlage möglich (BFH v. 16.10.2007 – VIII R 21/06, BStBl. II 2008, 126).

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

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

210

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

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

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

(2) Durchführung der Verlustverrechnung

211

Verrechnung von Amts wegen: Die Verlustverrechnung nach § 15a Abs. 2 ist von Amts wegen vorzunehmen. Eines Antrags des stillen Gesellschafters bedarf es nicht. Die Verlustverrechnung ist unabhängig davon, ob die Gewinnanteile entnommen oder zur Wiederauffüllung der Vermögenseinlage eingesetzt werden (BMF v. 14.9.1981, BStBl. I 1981, 620, str.; glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 238; aA SÖFFING, BB 1980, 1787).

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

Einstweilen frei.

212

dd) Sinngemäße Anwendung des § 15a Abs. 3: Einkünftezurechnung bei Einlageminderung**213 (1) Zurechnung von Einkünften aufgrund einer Einlageminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 1)**

Die nach § 15a Abs. 3 Satz 1 vorgesehene Gewinnzurechnung bei Entnahmen, durch die ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht, ist bei stillen Gesellschaften nur im Falle der Rückzahlung der Einlage anwendbar, denn Entnahmen im estl. Sinn sind beim stillen Gesellschafter nicht denkbar. Dabei kann nur die Rückzahlung aus der Vermögenseinlage, nicht aber die Rückzahlung eines dem Geschäftsinhaber neben der Einlage gewährten Darlehens oder die Auszahlung von Gewinnen früherer Geschäftsjahre, die nicht zur Auffüllung oder Erhöhung der Einlage eingesetzt wurden, zur Zurechnung von Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 führen.

214 (2) Begrenzung der Einkünftezurechnung durch vorangegangene Verluste (§ 15a Abs. 3 Satz 2 und Satz 4)

§ 15a Abs. 3 Satz 2: Einlagerückzahlungen führen nur insoweit zu einer Zurechnung fiktiver Einnahmen aus Kapitalvermögen, als dem stillen Gesellschafter im Jahr der Einlagerückzahlung und in den vorangegangenen zehn Jahren Verluste als ausgleichs- oder abziehbar zugerechnet worden sind. Verlustanteile, die vor diesem Zeitraum als ausgleichs- oder abziehbar zugerechnet wurden, führen bei Rückzahlungen aus der Vermögenseinlage nicht zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 4 Satz 1.

Nach § 15a Abs. 3 Satz 4 mindern beim Kommanditisten die Beträge, die ihm aufgrund einer Einlage- oder Haftungsminderung zuzurechnen sind (§ 15a Abs. 3 Sätze 1 bis 3), die Gewinne, die ihm aus seiner Beteiligung im Jahr der Zurechnung der Beträge oder in späteren Jahren zuzurechnen sind. Diese Regelung gilt mit Ausnahme des Tatbestands der Haftungsminderung sinngemäß auch für den stillen Gesellschafter.

215 (3) Zurechnung von Einnahmen aufgrund einer Haftungsminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 3)

§ 15a Abs. 3 Satz 3 (Zurechnung des Haftungsminderungsbetrags beim Kommanditisten) findet auf den stillen Gesellschafter keine sinngemäße Anwendung, da mangels Handelsregistereintragung auch keine Haftungsminderung eingetragen werden kann (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/4131).

216 (4) Gesonderte Feststellung eines verrechenbaren Verlusts (§ 15a Abs. 4)

Der nach der Anwendung des § 15a verbleibende verrechenbare Verlust ist auch bei einer stillen Gesellschaft in sinngemäßer Anwendung des § 15a Abs. 4 gesondert festzustellen (BFH v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, BStBl. II 2002, 858; HAMACHER/DAHM in KORN, § 20 Rn. 221).

217–229 Einstweilen frei.

IV. Zinsen (Abs. 1 Nr. 5 bis 8)

1. Vorbemerkungen zu Abs. 1 Nr. 5 bis 8

a) Sachlicher Umfang der betroffenen Kapitalerträge

230

Von Abs. 1 Nr. 5–8 werden Zinserträge aus verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen unterschiedlicher Art als Einnahmen aus Kapitalvermögen erfasst.

Abs. 1 Nr. 5 regelt Zinseinnahmen aus Hypotheken, Grundschulden und Renten aus Rentenschulden und enthält eine Bestimmung darüber, welcher Anteil aus Tilgungshypotheken und Tilgungsgrundschulden als stpfl. Einnahme der Besteuerung unterliegt.

Abs. 1 Nr. 6 bestimmt, dass der Unterschiedsbetrag zwischen einer Versicherungsleistung und der auf sie entrichteten Beiträge für Kapitallebensversicherung und für Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht im Erlebensfall als stpfl. Einnahme aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterliegt. Diese Regelung gilt für alle Versicherungsverträge, die nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurden (sog. Neuverträge).

Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 erfasst als Auffangtatbestand alle Erträge aus verbrieften und unverbrieften sonstigen Kapitalforderungen, soweit sie nicht bereits unter eine der übrigen Vorschriften des Abs. 1 fallen.

Abs. 1 Nr. 8 erklärt die Diskontbeträge aus Wechslen und Anweisungen einschließlich der Schatzwechsel zu Einnahmen aus Kapitalvermögen.

b) Verhältnis der Tatbestände zueinander

231

Abs. 1 Nr. 5, 6 und 8 sind jeweils *lex specialis* zu der als Auffangtatbestand einzuordnenden Nr. 7 Satz 1. Alle Zinserträge, die nicht unter eine dieser Vorschriften zu subsumieren sind, werden über Abs. 1 Nr. 7 den stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen zugeordnet. Während die Erträge aus Nr. 6 und 7 unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 7 dem KapErtrStAbzug unterliegen, wird bei den Zinsen iSd. Nr. 5 und 8 kein StAbzug vorgenommen. Derartige Zinserträge sind daher auch ab VZ 2009 in der StErklärung zu deklarieren und werden im Rahmen der besonderen Veranlagung (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem Abgeltungsteuersatz des § 32d Abs. 1 Satz 1 von 25 % besteuert.

2. Zinsen aus Hypotheken usw. (Abs. 1 Nr. 5)

a) Einnahmen aus Hypotheken und Grundschulden sowie Renten aus Rentenschulden (Abs. 1 Nr. 5 Satz 1)

aa) Zinsen aus Hypotheken und Grundschulden

(1) Legaldefinition des Zinsbegriffs

232

Zinsen sind laufzeitabhängige Entgelte (Vergütung) für den Gebrauch eines auf Zeit überlassenen Kapitals (BGH v. 16.11.1978, NJW 1979, 540; BFH v. 3.10.1984 – II R 194/82, BStBl. II 1985, 73; grundlegend CANARIS, NJW 1978, 1891); s. Anm. 281 ff. Auf die Bezeichnung „Zinsen“ kommt es nicht an. Der Rechtsgrund der Kapitalüberlassung (Vertrag, Gesetz, Urteil) ist unerheblich. Zinsen brauchen nicht fortlaufend gezahlt zu werden. Sie können vielmehr sogleich für

die gesamte ND berechnet und – wie beim Damnum oder Disagio (s. Anm. 295 „Disagio“ und „Disagio-Anleihe“) – vom Kapital einbehalten werden. Laufzeit-unabhängige Leistungen des Schuldners, zB Restschuldversicherungen, Beleihungswert-Ermittlungsgebühren, erfüllen den Zinsbegriff nicht. Der Begriff der Zinsen als Einnahmen des Gläubigers der Kapitalforderung deckt sich mit dem Begriff der Zinsen als WK (s. § 9 Anm. 360 ff.). Es genügt, dass die Zinsen wirtschaftlich Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung bilden. Dazu rechnen nach Abs. 3 auch „besondere Entgelte oder Vorteile“ (s. Anm. 551), nicht aber Kapitalrückzahlungen; zur Annuität s. Anm. 551.

Bereitstellungszinsen fallen unter Abs. 1 Nr. 5.

Bereitstellungszinsen aus Bauhandwerkerhypotheken (§ 648 BGB) gehören nach der Zuweisungsregel des Abs. 8 zu den Einnahmen aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 Nr. 1); s. Anm. 651.

Versicherungszinsen fallen in Form des Differenzbetrags zwischen Versicherungsleistung und entrichteten Beiträgen unter Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 (s. Anm. 262).

Zufluss der Zinsen: Siehe Anm. 32 ff.

233 (2) Zinsen aus Hypotheken

Hypotheken sind Belastungen eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt (Gläubiger), eine bestimmte Geldsumme zur Erfüllung einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1113 BGB). Dies bedeutet: Der Gläubiger kann sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück befriedigen, wenn der Schuldner (Grundstückseigentümer oder Dritter) seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachkommt.

Sicherungshypothek: Die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 5 erfasst nach hM nur Zinsen aus Verkehrshypotheken (Brief- und Buchhypotheken), nicht aber Zinsen aus Sicherungshypotheken (§ 1184 BGB). Diese sollen vom Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7 (sonstige Kapitalforderung) erfasst werden (SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 545). Nach aA fallen Zinsen aus allen Hypothekenarten unter Abs. 1 Nr. 5 (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/5 28; DÖTSCH in KSM, § 20 Rn. G 19; JACHMANN/LINDENBERG in LADEMANN, § 20 Rn. 345). Die Beschränkung auf Verkehrshypotheken lässt sich uE dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen und ist sachlich nicht gerechtfertigt. Als Spezialvorschrift für Zinsen aus Grundpfandrechten verdrängt Abs. 1 Nr. 5 den Auffangtatbestand des Abs. 1 Nr. 7 insgesamt. Sowohl Verkehrs- als auch Sicherungshypotheken sind akzessorisch zu einer schuldrechtl. Forderung. Zwar ergibt sich der Zinsanspruch bei Sicherungshypotheken aus der zugrundeliegenden (schuldrechtl.) Forderung und nicht unmittelbar aus dem Grundpfandrecht selbst, doch rechtfertigt das die Differenzierung nicht. Verkehrs- und Sicherungshypothek sind keine grds. verschiedenen Rechtsgebilde, wenn auch die Sicherungshypothek wegen der fehlenden Verkehrsfähigkeit als minderes Recht angesehen wird.

Ausgrenzung der Sicherungshypotheken aus dem Anwendungsbereich des Abs. 1 Nr. 5 war bis zum Inkrafttreten des ZinsabschlagG vom 9.11.1992 zum 1.1.1993 ohne praktische Auswirkungen. Seitdem wird bei Zinsen iSd. Abs. 1 Nr. 7 unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 nach § 43a Abs. 1 Nr. 4 KapErtrSt einbehalten, während Zinsen iSd. Abs. 1 Nr. 5 keinem Abzug unterliegen. Auch aus diesem Gesichtspunkt heraus ist eine unterschiedliche Zuordnung der Zinsen nach Art der jeweiligen Hypothek uE nicht gerechtfertigt.

Eigentümerhypothek: Der Eigentümer eines Grundstücks kann für sich selbst zur Sicherung einer eigenen Forderung keine Hypothek bestellen. Eine Fremdhypothek kann aber nachträglich zur Eigentümerhypothek werden, wenn der Eigentümer die gesicherte Forderung und damit nach §§ 401, 412, 1153 BGB auch die Hypothek erwirbt (BASSENGE in PALANDT, 72. Aufl. 2013, § 1113 BGB Rn. 2). Wegen der Identität von Schuldner und Gläubiger (§§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 1117 BGB) erbringen Eigentümerhypotheken keine Zinserträge. Abs. 1 Nr. 5 ist daher nicht berührt. Das gilt auch, wenn das Grundstück auf Betreiben eines Dritten der Zwangsverwaltung (§ 1197 BGB) unterstellt wird.

(3) Zinsen aus Grundschulden

234

Grundschulden sind Belastungen eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen ist (§ 1192 BGB). Grundschulden setzen – anders als Hypotheken – keine persönliche (schuldrechtl.) Forderung des Berechtigten voraus. Zinsen aus einer Grundschuld sind stl. demjenigen zuzurechnen, der im Zeitpunkt des Zuschlagsbeschlusses aus der Grundschuld berechtigt ist und bei dem deshalb erstmals der Anspruch auf Ersatz des Werts der Grundschuld aus dem Versteigerungserlös entsteht (BFH v. 11.4.2012 – VIII R 28/09, BStBl. II 2012, 496 – Rn. 20).

Eigentümergrundschulden können – anders als Eigentümerhypotheken – auch für den Eigentümer des Grundstücks bestellt werden (§ 1196 BGB). Wegen der Identität von Schuldner und Gläubiger (§§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 1117 BGB) fallen aber auch hier – wie bei der Eigentümerhypothek (s. Anm. 233) – keine Zinserträge an.

Auf eine Nebenleistung (§ 1191 Abs. 2 BGB) entfallende Beträge stellen kein Entgelt für Kapitalüberlassung dar und sind deshalb nicht nach Abs. 1 Nr. 5 stbar (BFH v. 11.4.2012 – VIII R 28/09, BStBl. II 2012, 496 – Rn. 13).

bb) Renten aus Rentenschulden

235

Rentenschulden sind Grundschulden (§ 1199 Abs. 1 BGB), bei denen zu regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück (s. Anm. 233) zu zahlen ist. Die Rentenschuld ist nicht auf Zahlung eines festen Kapitalbetrags, sondern auf die fortlaufende Zahlung eines bestimmten Geldbetrags (Rente) ausgerichtet. Renten sind regelmäßig wiederkehrende Geldleistungen aus einem Rentenstammrecht (Rentenschuld). Die Rentenzahlung ist in voller Höhe stpfl. Einnahme aus Kapitalvermögen und nicht nach § 22 Nr. 1 Satz 1 zu versteuern; s. § 22 Anm. 211 ff.; § 10 Anm. 75 ff. Die Rentenzahlungen mindern den Wert des Rentenstammrechts nicht.

Die Zahlung einer Ablösungssumme zur Aufhebung (Tilgung) der Rentenschuld (§ 1199 BGB) ist keine Einnahme iSv. Abs. 1 Nr. 5.

Einstweilen frei.

236–239

b) Zinsen aus Tilgungshypotheken und -grundschulden (Abs. 1 Nr. 5 Satz 2)

aa) Trennung von Rückzahlung und Zinsen

240

Tilgung (Kapitalrückzahlung) und Zinsen sind zu trennen. Nur die Zinsen bilden Einnahmen aus Kapitalvermögen. Ob eine Zahlung des Schuldners Zins oder Tilgung darstellt, richtet sich nach der Bestimmung des Schuldners (§ 366

Abs. 1 BGB). Fehlt eine solche Bestimmung, gilt die Reihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB (BFH v. 10.6.1975 – VIII R 71/71, BStBl. II 1975, 847). Wird nur ein Teil der Kapitalschuld zurückgezahlt, so sind bürgerlich-rechtl. durch die Zahlung in erster Linie die Zinsen getilgt; dies muss uE auch rechtl. gelten (BFH v. 23.1.1964 – IV 448/60, StRK AO § 217 R. 61; aA RFH v. 16.9.1936, RStBl. 1937, 8).

241 **bb) Tilgungshypothek und Tilgungsgrundschulden**

Bei einer Tilgungshypothek (Tilgungsgrundschuld) zahlt der Schuldner aus Zins- und Tilgungsbeträgen zusammengesetzte gleichbleibende Monats- oder Jahresbeträge (Annuität) in einem bestimmten Prozentsatz des ursprünglichen Kapitals bis zu dessen vollständiger Tilgung. Die bis zur Tilgung gleichbleibenden Leistungen bewirken, dass innerhalb eines Jahres der Zinsanteil ständig geringer, der Kapitalabtrag dagegen ständig größer wird. Nur der Zinsanteil gehört zu den stpfl. Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 5 Satz 2.

242–259 Einstweilen frei.

3. Kapitalerträge aus Versicherungen (Abs. 1 Nr. 6)

Schrifttum vor 2004: MARCHAND, Fondsgebundene Lebensversicherungen im Einkommensteuerreformgesetz, DB 1974, 2430; REUTER, Die fondsgebundene Lebensversicherung, BB 1986, 295; BOUDRÈ, Die Sicherung von Steuervergünstigungen für Policendarlehen, Finanzierung unter Einsatz von Lebensversicherungsansprüchen, Stuttgart, 2. Aufl. 1996; HORLEMANN, Die Kapitallebensversicherung und ihre Erträge im deutschen Einkommensteuersystem, BB 1993, 2129, 2201, 2273; HORLEMANN, Verwendung von Lebensversicherungen zur Finanzierung bei Gesellschaften und Gemeinschaften, insbesondere bei geschlossenen Immobilienfonds, DStR 1993, 1725; PFALZGRAF/MEYER, Ist die kapitalbildende Lebensversicherung als Finanzierungsinstrument noch zu retten?, DB 1993, 2353; REUTER, Die Lebensversicherung im Steuerrecht, Herne/Berlin, 8. Aufl. 1994.

Schrifttum ab 2004: BEHLAU, Neuregelung der Besteuerung von Lebensversicherungen, sj. 2006, Nr. 23; HOHAUS/MITTELSTEN-SCHIED, Reform der Altersbesteuerung: Das neue Alterseinkünftegesetz, DStZ 2004, 591; KRACHT, Die Steuerpflicht bei Versicherungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, BBV 2006, 95; MARX, Wesentliche Steueränderungen durch das Alterseinkünftegesetz, StuB 2004, 717; PAUS, Steuerliche Vorteilhaftigkeit und verfassungsrechtliche Probleme der neuen privaten Altersvorsorgerente, DStZ 2004, 760; RISTHAUS, Neuregelung der Besteuerung von Kapitallebensversicherungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, DB 2006, 232; RISTHAUS, Beseitigung einiger Ungereimtheiten in § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, DStR 2007, 30; SCHNEIDER, Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, StW 2004, 151; WEBER-GRELLET, Das Alterseinkünftegesetz, DStR 2004, 1721; GOVERTS/KNOLL, Zweifelsfragen zum Alterseinkünftegesetz, DStR 2005, 223; GOVERTS/KNOLL, Das BMF-Schreiben vom 22.12.2005 zur neuen Besteuerung von Lebensversicherungserträgen, DStR 2006, 589; HETZER/GÖTZENBERGER, Lebensversicherungen unter Berücksichtigung des neuen BMF-Schreibens vom 1.10.2009, BB 2010, 223.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827, betr. Vertragsänderungen bei Versicherungen auf den Erlebens- oder Todesfall iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstaben cc und dd EStG; BMF v. 25.11.2004, BStBl. I 2005, 1096, betr. Neuregelung der Besteuerung der Erträge aus kapitalbildenden Lebens- und Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht durch das Gesetz zur Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen (aufgehoben); BMF v. 22.12.2005, BStBl. I 2006, 92, betr. Neuregelung der Besteuerung der Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG (aufgehoben); BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172, betr. Besteuerung von Versicherungserträgen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG.

a) Vorbemerkungen zu Abs. 1 Nr. 6

260

Die Vorschrift regelt die Besteuerung von Kapitalerträgen, die aus den Sparanteilen der Versicherungsbeträge von den VU erzielt werden.

Bis zum Veranlagungszeitraum 1974 sah der Gesetzgeber keine Veranlassung, die Erträge aus langfristigen und daher besonders inflationsanfällig angelegten Sparanteilen als stbare Einnahmen aus Kapitalvermögen zu erfassen. Die StFreiheit sollte die eigenverantwortliche Vorsorge fördern und dem Risiko der Geldentwertung bei sehr langfristigen Geldanlagen Rechnung tragen. Erst als erkannt wurde, dass beim Abschluss von Kapitallebensversicherungsverträgen nicht allein der Vorsorgegedanke im Vordergrund stand, sondern die Versicherungsverträge sich immer mehr zu einer alternativen Kapitalanlageform entwickelten, wurde 1974 die generelle StPflcht der Lebensversicherungszinsen eingeführt, von der allerdings die als Vorsorgeaufwendungen förderungswürdigen und daher begünstigten Versicherungsverträge (Sonderausgabenabzug der Prämien) ausgenommen wurden (BTDrucks. 11/2226, 117).

Alterseinkünftegesetz: Dieses Steuerprivileg passte später aber nicht mehr in das mit dem AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) eingeführte System der nachgelagerten Besteuerung gesicherter Altersvorsorge-Produkte, was zu einer grundlegenden Neugestaltung des Abs. 1 Nr. 6 führte. Nicht zu den begünstigten Altersvorsorgeprodukten gehören sollten jene Anlageprodukte, die je nach ihrer konkreten Ausgestaltung alternativ auch der Altersvorsorge dienen können, jedoch nicht zwingend dazu dienen müssen. Bei solchen Anlageprodukten, zu denen auch die Kapitallebensversicherungen und Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht gezählt werden, überwiegt idR der Charakter einer frei verfügbaren Kapitalanlage. Der Gesetzgeber des AltEinkG hat damit an die Begründungen im Jahr 1974 angeknüpft, die zur Einführung einer generellen StPflcht von Versicherungszinsen geführt hatten. Während 1974 allerdings alle Versicherungszinsen als Einnahmen aus Kapitalvermögen erfasst wurden, wird die StPflcht von Erträgen aus Kapitallebensversicherungsverträgen, die nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurden (Neuverträge), unter bestimmten Bedingungen auf die Hälfte des Unterschiedsbetrags zwischen Versicherungsleistung und entrichteten Beiträge beschr. (Abs. 1 Nr. 6 Satz 2). Dieses Steuerprivileg ist nach Einführung des Satz 5 in Nr. 6 durch das JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. II 2009, 97) allerdings sog. vermögensverwaltenden Versicherungsverträgen verwehrt.

b) Zurechnung der Versicherungserträge

261

Die Versicherungserträge sind dem Vertragspartner des Versicherungsunternehmens zuzurechnen, also dem Versicherungsnehmer, der nicht identisch sein muss mit der versicherten Person. Der Versicherungsnehmer hat dem VU Kapital in Form von in den Beiträgen enthaltenen Sparanteilen zur Nutzung zur Verfügung gestellt und erfüllt mit den vom VU erzielten Erträgen den Tatbestand des Abs. 1 Nr. 6 Satz 1.

c) Umfang der steuerbaren Versicherungsleistung (Nr. 6 Sätze 1 und 2)

262

Versicherungsverträge: Ein Versicherungsvertrag iSd.Nr. 6 unterscheidet sich von einer Kapitalanlage ohne Versicherungscharakter dadurch, dass ein wirtschaftliches Risiko abgedeckt wird, das aus der Unsicherheit und Unberechenbarkeit des menschlichen Lebens für den Lebensplan des Menschen erwächst (biometrisches Risiko). Die durch die LV typischerweise abgedeckten Gefahren sind

- der Tod (Todesfallrisiko),
- ungewisse Lebensdauer (Erlebensrisiko, Langlebkeitsrisiko),
- Unfallrisiko (Versicherung mit garantierter Beitragsrückzahlung),
- Risiko der Beitragsrückzahlung im Todesfall.

► *Kein Versicherungsvertrag* iSd. Nr. 6 liegt dagegen vor, wenn der Versicherungsvertrag keine nennenswerte Risikotragung für der Versicherer enthält. Davon geht die FinVerw. aus, wenn bei Risikoeintritt nur eine Leistung der angesammelten und verzinsten Sparanteile zuzüglich einer Überschussbeteiligung vereinbart ist (BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 3). Entspricht ein Lebensversicherungsvertrag oder eine Unfallversicherung mit garantierter Beitragsrückzahlung den Regeln der Versicherungsaufsicht, liegt idR ein unter die Nr. 6 zu subsumierender Vertrag vor.

Einnahmen aus Versicherungsverträgen: Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 6 Satz 1 (ggf. iVm. Satz 4, s. Anm. 267) gehören der Unterschiedsbetrag zwischen ausgezahlter Versicherungssumme und den darauf entrichteten Beiträgen in folgenden Fällen:

- im Erlebens- oder Todesfall,
- bei Rückkauf des Vertrags einer Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht, soweit nicht die lebenslange Rentenzahlung gewählt und erbracht wird,
- bei Kapitalversicherungen mit Sparanteil, wenn der Vertrag nach dem 31.12. 2004 (Neuvertrag) abgeschlossen wurde,
- bei fondsgebundenen Lebensversicherungen,
- im Erlebensfall bei Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht, soweit keine lebenslange Rentenzahlung vereinbart und erbracht wird,
- bei Rückkauf des Vertrags einer Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht.

Erträge aus Unfallversicherungen mit garantierter Beitragsrückzahlung unterliegen ebenfalls der Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 6 (BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 1).

Mit dem Unterschiedsbetrag iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 wird der bis VZ 2004 nicht stbare Ertrag aus dem Risiko- und Verwaltungskostenanteil im Versicherungsbeitrag – jetzt systematisch zutreffend – mit erfasst. Im Gegenzug sind bei dieser Differenzberechnung die Beiträge, die für mitversicherte Zusatzrisiken aufgewendet werden, zB für eine Erwerbs- und/oder Berufsunfähigkeit oder Hinterbliebenenversorgung, nicht abziehbar.

Keine Besteuerung der Erträge in der Ansparphase: Mit der Aufzählung der von der Besteuerung betroffenen Versicherungsverträge in Nr. 6 Satz 1 und Satz 4 wird deutlich, dass alle Kapitalerträge, die in der Ansparphase eines Rentenversicherungsvertrags – mit oder ohne Kapitalwahlrecht – vom VU erzielt werden, beim Versicherungsnehmer zunächst periodengerecht nicht stbar sind. Die Besteuerung der Erträge wird vielmehr auf den Zeitpunkt der Auszahlung der Versicherungsleistung, mit Ausnahme der vermögensverwaltenden Verträge des Satz 5, verlagert. Für Kapitalversicherungen hingegen fehlt eine solche eindeutige Regelung, obwohl auch hier der Versicherungsnehmer im Erlebensfall – je nach Vertragsgestaltung – ein Wahlrecht hinsichtlich der Kapitalauszahlung oder Verrentung des Kapitals haben kann. Daraus herzuleiten, dass die Erträge bei einer Kapitalversicherung mit Rechtenwahlrecht in der Ansparphase stbar seien, wäre angesichts der eindeutigen Bestimmung für Rentenversicherung uE

jedoch nicht sachgerecht. Vielmehr sind die Erträge aus beiden Versicherungsformen während der Ansparphase insgesamt nicht zu versteuern (glA RISTHAUS, DStZ 2007, 30).

Privilegierung von Altersvorsorgeverträgen: Hat der Stpfl. im Zeitpunkt der Auszahlung der Versicherungsleistung das 60. Lebensjahr vollendet und besteht der Versicherungsvertrag schon mindestens zwölf Jahre, wird nach der Begünstigungsregel des Nr. 6 Satz 2 nur die Hälfte des Unterschiedsbetrags als Bemessungsgrundlage bei den Einnahmen aus Kapitalvermögen angesetzt.

Beispiel: Steuerpflichtiger B zahlt in eine Kapitallebensversicherung in 30 Jahren 50 000 € Versicherungsbeiträge einschließlich des Risikoanteils für den Todesfall ein. Für das im Vertrag mit versicherte Berufsunfähigkeitsrisiko zahlt er zusätzlich Beiträge iHv. 20 000 €. Dieses Risiko tritt nicht ein. Im 62. Lebensjahr erhält B aus dem Versicherungsvertrag 100 000 € ausgezahlt. Da die zeitlichen Bedingungen des Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 eingehalten sind, sind die stpfl. Kapitalerträge wie folgt zu berechnen:

Versicherungsleistung	100 000 €
Entrichtete Beiträge ./.	50 000 €
Unterschiedsbetrag	50 000 € × 50 % = 25 000 € zu versteuern mit dem Tarifsteuersatz (vgl. § 32d Abs. 2 Nr. 2).

Die Beiträge zur Berufsunfähigkeitsversicherung (20 000 €) sind nicht abziehbar (zu Berufsunfähigkeitsversicherungen vgl. auch BFH v. 27.9.2011 – X B 241/10, BFH/NV 2012, 31).

► *Hälftiger Unterschiedsbetrag bei Kapitalversicherungen auf verbundene Leben:* Kapitalversicherungen auf verbundene Leben liegen vor, wenn die Erlebensfall-Leistung erst bei Erleben aller im Vertrag genannten versicherten Personen zu erbringen ist. Fließt die Versicherungsleistung den verbundenen Personen gemeinschaftlich zu, ist für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen, inwieweit er in seiner Person die Voraussetzungen des Satzes 2 erfüllt. Die Aufteilung erfolgt dann nach Köpfen, wenn kein abweichendes Ergebnis vereinbart ist.

Beispiel (nach BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 77 ff.):

Versicherte sind die Eheleute A und B. Beide sind gemeinsam Bezugsberechtigte der Versicherungssumme über 30 000 €. Die Laufzeit des Vertrags beträgt 20 Jahre. Geleistete Beiträge betragen 20 000 €. Bei Auszahlung im Erlebensfall ist A 62 Jahre, B 58 Jahre alt.

Berechnung:

Versicherungsleistung	30 000 €
./.. Beitragsleistung	./.. <u>20 000 €</u>
Zwischensumme	10 000 € (StAbzug 25 %)
Aufteilung in der VA	
A 50 %	5 000 €
B 50 %	5 000 €
Ansatz nach Nr. 6 Satz 2 bei A 50 %	2 500 €
Ansatz nach Nr. 6 Satz 1 bei B	5 000 €
steuerfrei	2 500 €

d) Steuersätze

263

Als Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen die Erträge aus Versicherungen grds. dem besonderen (Abgeltung-)StSatz von 25 % (§ 32d Abs. 1). Bei privilegierten Altersvorsorgeverträgen iSd. Nr. 6 Satz 2 wird hingegen auf den hälftigen Unterschiedsbetrag die tarifliche ESt angewendet (§ 32d Abs. 2 Nr. 3). In diesen

Fällen ist auch eine Verlustverrechnung ohne die Einschränkungen des Abs. 6 zulässig. Negative Versicherungserträge, die zB bei vorzeitiger Kündigung des Versicherungsvertrags und Auszahlung des meist sehr niedrigen Rückkaufswerts entstehen, können also mit positiven Einkünften auch anderer Einkunftsarten verrechnet werden. Anders als in den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 und 3 ist jedoch kein WK-Abzug, zB von Fremdfinanzierungszinsen, möglich (kein Ausschluss von Abs. 9 in § 32d Abs. 2 Nr. 2 Satz 2); zu den verfassungsrechtl. Bedenken s. Anm. 8.

264 Einstweilen frei.

265 e) Versicherungsverträge iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 1

Die StPflcht der nach Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 ermittelten Kapitalerträge setzt ein, wenn der Versicherungsnehmer – nicht die versicherte Person – den Ablauf des Versicherungsvertrags erlebt oder seinen Rentenversicherungsvertrag während der Laufzeit zurückkauft und von dem vertraglich vereinbarten Kapitalwahlrecht Gebrauch macht. Betroffen sind von dieser Regelung nur nach dem 31.12.2004 abgeschlossene Versicherungsverträge (§ 52 Abs. 36 Satz 5). Für Verträge, die vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden, ist weiterhin das alte Recht mit der weitgehenden StFreiheit der rechnungsmäßigen und außerrechnungsmäßigen Zinsen im Fall des Sonderausgabenabzugs der Beiträge nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b anzuwenden (Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 aF).

Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht: Mit der Umstellung der Besteuerung der Versicherungserträge durch das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) wurden Rentenversicherungsverträge mit Kapitalwahlrecht im Erlebensfall – soweit die Rentenzahlung gewählt wird – insoweit stl. privilegiert, als bei ihnen nur die Ertragsanteile in der Auszahlungsphase nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb der Besteuerung unterworfen werden. Die Zinserträge aus der Anspar- oder Aufschubphase sind dagegen stfrei. Mit der Klarstellung durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) gelten diese Regeln allerdings nur, wenn der Versicherungsnehmer eine „lebenslange“ Rentenzahlung wählt.

► *Abgekürzte Leibrenten oder Zeitrenten:* Erträge aus Versicherungsverträgen mit einer vertraglich vereinbarten Höchstlaufzeit (abgekürzte Leibrenten) oder wiederkehrenden Bezügen, die nicht auf Lebenszeit, sondern auf eine vorher festgelegte Dauer erbracht werden (Zeitrenten), bei denen der Versicherungsnehmer also keine lebenslangen Rentenzahlungen wählt oder vom VU erhält, verbleibt es bei der Grundregel der Nr. 6 Satz 1. Die Erträge dieser Verträge sind nicht privilegiert, da die nachgelagerte Besteuerung nur des Ertragsanteils keine Anwendung findet.

► *Beendigung der Rentenzahlung durch Ausübung des Kapitalwahlrechts:* Die Privilegierung der Rentenversicherung in Nr. 6 Satz 1 tritt auch ein, wenn eine lebenslange Rentenzahlung „erbracht“ wird. Die Rentenzahlung muss dafür tatsächlich lebenslang an den Bezugsberechtigten geleistet werden. Übt der Bezugsberechtigte dagegen bei der Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht die Option aus und kündigt die Rentenzahlung gegen Zahlung einer Kapitalleistung, ist die Versicherungsleistung nach den Regeln des Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 stpfl. Für die stl. Begünstigung muss also neben der lebenslang vereinbarten Rentenzahlung noch die tatsächliche Rentenzahlung hinzukommen.

► *Beendigung der Rentenzahlung durch Tod des Bezugsberechtigten:* Die lebenslange Rentenzahlung kann nicht nur durch Ausübung des Kapitalwahlrechts, sondern

auch durch den Tod des Bezugsberechtigten innerhalb der Rentengarantiezeit enden. In diesem Fall bleiben Zahlungen zur Abfindung der Rentengarantiezeit weiterhin begünstigt. Insoweit handelt es sich bei der Abfindungszahlung um eine Todesfallleistung, auf die Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 nicht zur Anwendung kommt (BMF v. 22.12.2005, BStBl. I 2006, 92; RISTHAUS, DStZ 2007, 30).

Rentenversicherung gegen Einmalbetrag auf Lebenszeit mit garantierter Grundrente und nicht garantierter „Bonusrente aus Überschussbeteiligung“: Nr. 6 Satz 1 ist uE auf diese Versicherungsform nicht anwendbar. Die FinVerw. war bislang davon ausgegangen, dass sowohl der Sockelbetrag (Grundrente) als auch die variable Überschussbeteiligung der Ertragsanteilbesteuerung aus § 22 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb unterliegen. Der BFH hingegen hat mit Urt. v. 15.6.2005 (X R 64/01, BStBl. II 2006, 245) zu einer einheitlichen Besteuerung beider Teile nach Abs. 1 Nr. 7 tendiert und entschieden, dass beide Bestandteile einheitlich als wiederkehrende Leistungen zu beurteilen seien. Unbeantwortet blieb in dieser Entscheidung allerdings die Frage, ob die Renteneinnahmen dem Bereich des § 22 Nr. 1 als sonstige Einkünfte oder des Abs. 1 Nr. 7 als Kapitalerträge zuzuordnen sind. Werden beide Leistungsteile aber einheitlich betrachtet, fehlt es an der für den Leibrentenbegriff erforderlichen Gleichmäßigkeit der Leistung, da die Überschussbeteiligung keine konstante Größe darstellt. Insoweit kommt uE nur eine Besteuerung aus Abs. 1 Nr. 7, also als Kapitalertrag, in Betracht.

Mindestzeitrenten: Der Ausschluss des Nr. 6 Satz 1 auf Versicherungsverträge mit einer vertraglich vereinbarten Mindestlaufzeit ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig. Problematisch ist die Einordnung dieser Vertragsform als „lebenslange“ Rentenversicherung. Folgt man dieser im Schrifttum teilweise vertretenen Einordnung (BIERGANS, Renten und Raten, 4. Aufl. 1993, 74; RICHTER in HdR, Fach 3.2., Rn. 106) – wofür manches spricht – kommt beim Bezugsberechtigten nicht Nr. 6 Satz 1, sondern die Ertragsanteilsbesteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb iVm. § 55 EStDV zur Anwendung.

Führt ein Rechtsnachfolger des Erstbezugsberechtigten die Mindestzeitrente fort, liegt uE eine Zeitrente vor, die nach § 22 Nr. 1 Satz 1 in vollem Umfang der Besteuerung unterliegt (so auch RISTHAUS, DB 2006, 232).

Kapitallebensversicherungen: Das Versicherungsrecht unterscheidet zwischen sog. reinen Risikolebensversicherungen, deren Beiträge regelmäßig keinen Sparanteil enthalten und deshalb keine Zinserträge entstehen lassen und Kapitallebensversicherung mit Sparanteil, durch deren Anl. Zinserträge durch das VU generiert werden. Während bei reinen Risikolebensversicherungen nur der Eintritt des Versicherungsfalles (Tod der versicherten Person) die Zahlung einer Versicherungsleistung auslöst, garantieren Kapitallebensversicherungen auch im Erlebensfall, also bei Ablauf der vereinbarten Versicherungslaufzeit, die Auszahlung der Versicherungsleistung einschließlich angesammelter Sparanteile und deren Erträge. Der Ablauf der Versicherungszeit bei Risikolebensversicherungen führt dagegen zu keiner Auszahlung. Während Erträge aus Kapitallebensversicherungen (Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004) von Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 erfasst sind, sind Erträge aus reinen Risikolebensversicherungen (ohne Sparanteil) von der Vorschrift nicht betroffen, unabhängig davon, ob der Vertrag vor dem 1.1.2005 oder nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurde.

Kombinationsverträge: Enthält ein Versicherungsvertrag neben einer Kapitallebensversicherung zB noch eine Berufsunfähigkeitsversicherung und/oder eine

Unfallversicherung, wird die einheitliche Versicherungsprämie teilweise für die Abdeckung dieser Versicherungsrisiken gezahlt. Die Vorschrift umfasst, ausgedrückt durch den Wortlaut „auf sie entrichtete Beiträge“, nur den auf die Lebens- oder Rentenversicherung entfallenden Beitragsteil. Der auf die Unfallversicherung oder Berufsunfähigkeitsversicherung entfallende Beitragsteil ist also nicht in die Unterschiedsberechnung einzubeziehen. Die Versicherungsverträge müssen deshalb so gestaltet sein, dass eine Aufteilung der Beiträge auf die einzelnen Risiken vorgenommen werden kann.

Fondsgebundene Versicherungen: Kapitalerträge aus fondsgebundenen Kapitallebensversicherungen sind nach Nr. 6 Satz 4 ebenfalls von der StPflcht erfasst. Bei diesen Verträgen kann der Versicherungsnehmer bei Ablauf der Versicherung im Erbensfall wählen, ob er sich neben der garantierten Versicherungssumme den der Höhe seiner Beiträge entsprechenden Teil der im Fonds gehaltenen Wertpapiere oder einen Geldbetrag in Höhe des Kurswerts dieser Wertpapiere auszahlen lassen will. Beide Bestandteile gehen in die Unterschiedsberechnung nach Nr. 6 Satz 1 ein. Der als Kapitalertrag zu erfassende Unterschiedsbetrag ist im Jahr der Auszahlung (Zufluss der Versicherungsleistung) stl. zu erfassen.

Investmentrentenverträge: Hier ist uE nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Verträge zu differenzieren, denn eine ausdrückliche Regelung dazu fehlt in Nr. 6. Handelt es sich um einen reinen Vermögenanlagevertrag, nach dem innerhalb einer vereinbarten Vertragslaufzeit eine der Höhe nach bestimmte Geldleistung ausgezahlt wird, sind die Erträge uE nicht aus Nr. 6 Satz 1, sondern als Zinsen iSd. Abs. 1 Nr. 7 stbar (glA RISTHAUS, DStZ 2007, 30). Nach der Umqualifizierung der gesamten Investorerträge in § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 kommt diese Vorschrift als Rechtsgrundlage einer Besteuerung in Betracht. Sieht der Vertrag allerdings eine lebenslange Auszahlung der Investorerträge vor, liegt uE die Absicherung eines biometrischen Risikos in Form einer Kapitallebensversicherung mit Teilleistung vor mit der Folge, dass eine Besteuerung aus Nr. 6 Satz 1 in Betracht zu ziehen ist; dazu BMF v. 22.12.2005, BStBl. I 2006, 92 – Tz. 61.

266 f) Berechnung der steuerpflichtigen Erträge bei entgeltlichem Erwerb des Versicherungsvertrags (Nr. 6 Satz 3)

Nach Nr. 6 Satz 1 werden die stpfl. Kapitalerträge aus den betroffenen Versicherungsverträgen aus dem Saldo von Versicherungsleistung und entrichteten Beiträgen ermittelt. Wird der Anspruch auf die Versicherungsleistung während der Laufzeit entgeltlich im Wege der Abtretung übertragen, bezieht der Rechtsnachfolger (Übernehmer) des ursprünglichen Versicherungsnehmers im Erbensfall oder bei einem Vertragsrückkauf mit Auszahlung der Versicherungsleistung ebenfalls Einnahmen aus Kapitalvermögen. Für diesen Fall stellt Nr. 6 Satz 3 sicher, dass der Übernehmer nur besitzzeitanteilig die Erträge zu versteuern hat, die während seiner Zeit als Versicherungsnehmer (ab Vertragsübernahme) mit den Versicherungsbeiträgen erwirtschaftet wurden. Die stbaren Einnahmen des Übernehmers werden aus der Differenz zwischen Versicherungsleistung abzgl. der AK und den eigenen ab Übernahme gezahlten Versicherungsbeiträgen errechnet. So treten die aus dem Entgelt für die Übertragung bestehenden AK an die Stelle der vor der Übernahme – vom Rechtsvorgänger – entrichteten Beiträge. Die AK bestimmen sich nach § 255 HGB und umfassen in erster Linie den Kaufpreis sowie etwaige ANK (§ 255 Abs. 1 Satz 1 HGB; vgl. BFH v. 24.5.2011 – VIII R 46/09, BStBl. II 2011, 920 – Rn. 16). Eine Auftei-

lung des Kaufpreises in aufgelaufene rechnungsmäßige und außerrechnungsmäßige Zinsen sowie einen auf das Versicherungsstammrecht entfallenden Betrag erfolgt nicht (BFH v. 24.5.2011 – VIII R 46/09, BStBl. II 2011, 920 – Rn. 18).

Beispiel: Ü erwirbt von V eine Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme vom 100 000 €. Der Kaufpreis beträgt 10 000 €. Ü entrichtet bis zum Ablauf der Versicherung eigene Beiträge iHv. 40 000 €. Bei Vertragsende nach mehr als zwölf Jahren erhält er im 65. Lebensjahr von dem Versicherer 100 000 € ausgezahlt. Seine sbaren Erträge errechnen sich wie folgt:

Versicherungsleistung	100 000 €
./. AK in Höhe des Kaufpreises	10 000 €
./. eigene Beiträge	40 000 €
Saldo	<u>50 000 €</u>
./. StBegünstigung Nr. 6 Satz 2	<u>25 000 €</u>
steuerbarer Kapitalertrag (tarifbesteuert)	25 000 €

g) Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 bis 3 (Nr. 6 Satz 4)

267

Die Regelungen zur Bemessung der Kapitalerträge aus Versicherungsverträgen (Satz 1), die StBegünstigung bei Auszahlung der Versicherungssumme nach Vollendung des 60. Lebensjahres (Satz 2) und die Berechnung der Kapitalerträge im Fall eines Zwischenerwerbs (Satz 3) sind nach Nr. 6 Satz 4 entsprechend anwendbar auf

- fondsgebundene Lebensversicherungen,
- Rentenversicherung ohne Kapitalwahlrecht und
- Erträge aus dem Rückkauf eines Rentenversicherungsvertrags ohne Kapitalwahlrecht.

Fondsgebundene Lebensversicherungen sind versicherungsrechtl. normale Lebensversicherungen auf den Erlebens- oder Todesfall (MARCHAND, DB 1974, 2430), deren Versicherungsbeiträge ebenfalls ua. einen Sparanteil enthalten. Im Unterschied zu herkömmlichen Lebensversicherungen wird dieser jedoch nicht in verschiedenen Wertpapieren, sondern in einem Investmentvermögen angelegt. Die Erträge dieses Investmentvermögens werden nicht ausgeschüttet, sondern thesauriert und wieder angelegt. Dadurch nimmt der Versicherungsnehmer an der Wertentwicklung des Investmentvermögens teil (REUTER, BB 1986, 295).

► *Auszahlung der Versicherungssumme und Kapitalerträge:* Bei Eintritt des Versicherungsfalls durch Tod der versicherten Person erhält der Versicherungsnehmer neben seinem Anteil am Investmentvermögen die bei Vertragsschluss garantierte Versicherungssumme ausgezahlt. Diese Auszahlung ist nicht stbar. Bei Ablauf der Versicherung im Erlebensfall kann der Versicherungsnehmer wählen, ob er sich den der Höhe seiner Beiträge entsprechenden Teil der im Investmentvermögen enthaltenen Wertpapiere oder einen Geldbetrag in Höhe des Kurswerts seines Anteils auszahlen lassen will (MARCHAND, DB 1974, 2430; PRÖLSS/MARTIN, VVG, vor § 159 Rn. 20). Durch Abzug der entrichteten Beiträge ergibt sich die stpfl. Bemessungsgrundlage für die Kapitalerträge (Nr. 6 Satz 1).

Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht stehen nach Nr. 6 Satz 4 den Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht gleich. Ist der Versicherungsvertrag nach dem 31.12.2004 abgeschlossen, wird im Erlebensfall die Differenz zwischen der Versicherungsleistung und der Summe der auf den Vertrag entrichtete-

ten Beiträge als Kapitalertrag iSd. Nr. 6 Satz 1 besteuert. Etwas anderes gilt allerdings, wenn keine lebenslange Rentenzahlung vereinbart, aber diese tatsächlich erbracht wird; s. Anm. 265.

Rentenversicherung mit Teilkapitalauszahlung sind Versicherungen, die für den Erlebensfall vorsehen, dass ein Teil der Ablaufleistung verrentet, der andere Teil in einer Summe ausgezahlt wird (RISTHAUS, DB 2006, 323). Auch diese Art von Versicherungsverträgen fällt unter Nr. 6 Satz 4, allerdings nur, soweit die Verträge nach dem 31.12.2006 abgeschlossen wurden. Für Verträge, die in der Zeit nach dem 31.12.2004 und vor dem 1.1.2007 abgeschlossen wurden, fehlt es im JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) allerdings an einer ausdrücklichen Anwendungsregel (§ 52 Abs. 36 Satz 8).

Rückkauf von Versicherungsverträgen: Versicherungsverträge, die zwischen dem 31.12.2004 und dem 31.12.2006 abgeschlossen wurden, unterliegen nach § 52 Abs. 36 im Fall des Rückkaufs ebenfalls der Besteuerung aus Nr. 6 Satz 1, wenn der Rückkauf nach dem 31.12.2006 erfolgt ist. Die Regelung der Nr. 6 Satz 4 wurde durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 1652; BStBl. I 2007, 28) zunächst als Satz 3 eingeführt und vom Gesetzgeber als Klarstellung bezeichnet, weshalb bereits alle nach dem 31.12.2004 abgeschlossenen und nach dem 31.12.2006 zurückgekauften Versicherungsverträge von der Besteuerung betroffen sind (BTDrucks. 16/2712, 49).

268 h) Abgrenzung Alt- und Neuverträge

Bis zum Inkrafttreten des AltEinkG setzten sich die stpfl. Versicherungserträge aus den rechnungsmäßigen und außerrechnungsmäßigen Zinsen der angelegten Sparanteile zusammen. Von der Neuregelung des Abs. 1 Nr. 6 zum 1.1.2005 sind nur die nach dem 31.12.2004 abgeschlossenen Versicherungsverträge (Neuverträge) erfasst (§ 52 Abs. 36 Satz 5). Für die Frage, welche Fassung des Abs. 1 Nr. 6 anzuwenden ist, kommt es somit auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an. Der Versicherungsvertrag kommt mit dem Zugang der Annahmeerklärung des Versicherungsunternehmens beim Versicherungsnehmer wirksam zustande. Die strechtl. Einordnung als Alt- oder Neuvertrag hängt grds. vom Datum der Ausstellung des Versicherungsscheins ab (BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827 – Tz. 8). Die FinVerw. sieht im Abschluss sog. Vorratsverträge regelmäßig einen Gestaltungsmissbrauch iSd. § 42 AO.

Verträge mit Versicherungsbeginn nach dem 31.3.2005, die aber noch vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden, sieht die FinVerw. als im Jahr 2005 abgeschlossen an mit der Folge, dass diese Verträge dem ab 1.1.2005 geltenden Recht unterworfen werden. Das alte Steuerprivileg entfällt in solchen Verträgen. Damit wird – abw. vom Vertragsschluss im Zeitpunkt der Ausstellung des Versicherungsschein – der Vertragsschluss im Zeitpunkt des Versicherungsbeginns fingiert (BMF v. 25.11.2004, BStBl. I 2004, 1096 – Tz. 1).

Vertragsabschluss 2004 mit Beitragsanpassungen in 2005 führt nach Verwaltungsauffassung ebenfalls zur Prüfung einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung (BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827 – Tz. 38). Ein Gestaltungsmissbrauch wird insbes. dann aber nicht angenommen, wenn die Beitragserhöhung pro Jahr 20 % des bisherigen Beitrags nicht übersteigt. Übersteigt die jährliche Beitragssteigerung 20 %, muss nicht automatisch eine missbräuchliche Gestaltung mit der Folge, dass der Vertrag als Neuvertrag zu werten ist, angenommen werden. Eine solche Beitragsgestaltung ist dann unschädlich (BMF v. 25.11.2004, BStBl. I 2004, 1096 – Tz. 2), wenn

- die jährliche Beitragserhöhung nicht mehr als 250 € beträgt oder
- der Jahresbeitrag bis zum 5. Jahr der Vertragslaufzeit auf nicht mehr als 4800 € angehoben wird und der im ersten Jahr der Vertragslaufzeit zu zahlende Versicherungsbeitrag mindestens 10 % dieses Betrags ausmacht oder
- der erhöhte Beitrag nicht höher ist, als der Beitrag, der sich bei jährlicher Beitragserhöhung um 20 % seit Vertragsschluss ergeben hätte.

Folgen missbräuchlicher Gestaltung: Stuft die FinVerw. einen Versicherungsvertrag als gestaltungsmisbräuchlich ein, sind die insgesamt auf die Beitragserhöhungen entfallenden Vertragsbestandteile stl. als gesonderter „neuer Vertrag“ zu behandeln. Der Neuvertrag gilt in dem Zeitpunkt als abgeschlossen, zu dem der auf den Erhöhungsbetrag entfallende Versicherungsbeginn folgt; zu weiteren Einzelheiten zum Beginn der Versicherungsverträge s. BMF v. 25.11.2004, BStBl. I 2004, 1096.

i) Abweichende Zurechnung der Erträge aus vermögensverwaltenden Versicherungsverträgen (Nr. 6 Satz 5)

269

Mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2795; BStBl. I 2009, 74) wurde Nr. 6 zur Verhinderung von als missbräuchlich empfundenen Vertragsgestaltungen um einen Satz 5 ergänzt, der eine nachgelagerte Besteuerung der Erträge in der Ansparphase des Vertrags – wie in Satz 1 und die StVergünstigung wie in Satz 2 vorgesehen – verhindern soll. Die Sätze 1 bis 4 finden insgesamt keine Anwendung, wenn die Kapitalerträge aus einem vermögensverwaltenden Versicherungsvertrag heraus erzielt werden.

Vermögensverwaltender Versicherungsvertrag: Mit der Regelung in Satz 5 werden Inhaber bestimmter auf ihre individuellen Bedürfnisse zusammengestellter Versicherungsverträge strechtl. wie Direktanleger behandelt. Auf die von ihnen über das VU erzielten Kapitalerträge sind ab VZ 2009 die Vorschriften über die abgeltende KapErtrSt anzuwenden, wenn im Versicherungsvertrag folgende Regelungen enthalten sind:

- gesonderte Verwaltung von speziell nur für einen Vertrag (und für den individuellen Versicherungsnehmer) zusammengestellten Kapitalanlagen,
- Kapitalanlagen sind nicht auf öffentlich vertriebene Investmentfondsanteile (Publikumsfonds) oder auf Kapitalanlagen beschränkt, die die Entwicklung eines veröffentlichten Index abbilden,
- Einflussmöglichkeit des Versicherungsnehmers (Berechtigten) auf die Anlage- und Ausschüttungspolitik des Versicherers.

Satz 5 ist ebenfalls anzuwenden, wenn der Vertrag als fondsgebundene Kapital-Lebensversicherung ausgestaltet ist (Nr. 6 Satz 4).

Einflussnahme durch Versicherungsnehmer auf Anlageverhalten: Hinzukommen muss nach Satz 5, dass der wirtschaftlich Berechtigte, idR der Versicherungsnehmer, unmittelbar oder mittelbar über die Veräußerung der Vermögensgegenstände (Kapitalanlagen) und die Wiederanlage der Erlöse aus den Anlagen bestimmen kann. Die bloße Übertragung eines Wertpapierportfolios als Versicherungsprämie kann noch nicht als Indiz für eine Einflussnahme auf das Anlageverhalten gesehen werden (HETZER/GÖTZENBERGER, BB 2010, 223 [226]).

Rechtsfolgen: Der Gesetzgeber geht bei diesen Spezialversicherungsverträgen von einer missbräuchlichen Gestaltung zur Vermeidung der periodengerechten Ertragsbesteuerung und zur Nutzbarmachung des Versicherungsprivilegs bei

Auszahlung der Versicherungssumme nach Vollendung des 60. Lebensjahres – Ansatz des hälftigen Differenzbetrags – aus. Handelt es sich bei einem Versicherungsvertrag um einen derartigen vermögensverwaltenden Vertrag, sind die vom VU erwirtschafteten Kapitalerträge dem Versicherungsnehmer unmittelbar und periodengerecht zuzurechnen. Rechtsfolgen dieser von den Grundregeln der Sätze 1 bis 4 abweichenden Bestimmung sind:

- keine nachgelagerte Besteuerung der Kapitalerträge im Zeitpunkt der Auszahlung der Versicherungssumme (Satz 1),
- keine stl. Privilegierung der Auszahlung nach Vollendung des 60. Lebensjahres (Satz 2),
- periodengerechte Zurechnung und Versteuerung der Kapitalerträge beim berechtigten Versicherungsnehmer,
- StAbzug von 25 % durch den Versicherer mit Abgeltungswirkung und Anwendung der Vorschriften über die Abgeltungssteuer.

Bedeutung der Systemabweichung: Die betroffenen Vertragsgestaltungen wurden offensichtlich durch die Systemumstellung auf die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen ohne jegliche Behaltensfrist besonders interessant und führten im Vergleich zur Besteuerung von Investmentvermögen zu Wettbewerbsverzerrungen. Veräußerungsgewinne aus der Direktanlage oder aus der Investmentanlage genießen bislang keine dem Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 vergleichbare StVergünstigung. Vermögensverwaltende Versicherungsverträge werden deshalb aus den allgemeinen Regelungen über die Besteuerung von Versicherungserträgen herausgenommen. Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 bis 4 sehen vor, dass beim Versicherungsnehmer während der Ansparphase keine laufende Besteuerung der vom VU erzielten Erträge stattfindet. Die Besteuerung setzt vielmehr erst bei Auszahlung der Versicherungsleistung an den Versicherungsnehmer im Erlebensfall ein. Diese Privilegierung sollen sich nach Angaben des FinAussch. (BTDrucks. 16/11108, 18) VU zunutze gemacht haben, indem sie Versicherungsverträge mit minimalistischer Risikoabsicherung nur für eine oder eine sehr begrenzte Anzahl von Versicherungsnehmern angeboten haben. Der Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 soll demgegenüber eine transparente, zeitnahe Besteuerung beim wirtschaftlich Berechtigten, dem Versicherungsnehmer, sicherstellen.

270 j) Keine Anwendung der Steuervergünstigung aus Nr. 6 Satz 2 (Nr. 6 Satz 6)

Neben der Einführung des Satz 5 in Nr. 6 mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2795; BStBl. I 2009, 74) wurde ein neuer Satz 6 eingefügt, der die Anwendbarkeit der StVergünstigung aus Satz 2 – Ansatz des hälftigen Differenzbetrags – ausschließt, wenn der Versicherungsvertrag nicht bestimmte Mindeststandards hinsichtlich des Todesfallschutzes (Risikoleistung) erfüllt. Die stl. Privilegierung der Auszahlung ist dann nach Satz 6 ausgeschlossen

- bei Verträgen, bei denen die vertragliche Todesfalleistung (Mindesttodesfallschutz) nicht mindestens 50 % der bis zum Erlebensfall (Auszahlungszeitpunkt) einzuzahlenden Versicherungsprämien beträgt (Buchst. a);

Beispiel: Der Versicherungsvertrag hat eine Laufzeit von 20 Jahren. Die jährliche Prämie beträgt 1000 €, so dass insgesamt 20000 € Prämien zu zahlen sind. Beträgt die Todesfalleistung (Risikoleistung) 9999 €, entfällt die stl. Vergünstigung bei Auszahlung der Versicherungsleistung nach Vollendung des 60. Lebensjahres. Beträgt die Leistung im Todesfall dagegen 10000 €, kommt stl. nur die Hälfte des Unterschiedsbetrags aus Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 zum Ansatz.

- bei Kapitallebensversicherungsverträgen, bei denen die Todesfallleistung das Deckungskapital, den Zeitwert oder die Summe der gezahlten Beiträge nach spätestens fünf Versicherungsjahren nicht um mindestens 10 % des Deckungskapitals oder des Zeitwerts oder der Summe der gezahlten Beiträge übersteigt (Buchst. b).

Beispiel: Der Versicherungsvertrag hat eine Laufzeit von 20 Jahren. Die jährliche Prämie beträgt 1000 €. Nach fünf Versicherungsjahren sind 5000 € Prämie gezahlt. Die Todesfallleistung (Risikoleistung) muss diesen Betrag um mindestens 10 % (= 500 €) übersteigen, dh. insgesamt mindestens 5500 € betragen, um die stl. Vergünstigung nach Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 zu erhalten.

Deckungskapital: Das Deckungskapital einer LV besteht aus der Ansammlung der Sparanteile zuzüglich Zinsen. Da beim Versicherungsabschluss die Kosten für Versicherungsschutz, Vermittlerprovision und Policenverwaltung abgezogen werden, entspricht das Deckungskapital zunächst nicht der Gesamtsumme der eingezahlten Beiträge. Wird der Vertrag vorzeitig gekündigt, erhält der Versicherungsnehmer den Rückkaufwert, auch Rückvergütung genannt, ausbezahlt. Der Rückkaufwert setzt sich aus dem Deckungskapital und den Überschussanteilen zusammen. Üblicherweise wird ein geringer Kostenabschlag (Stornoabschlag) vorgenommen.

Zeitwert: Wurde eine LV vorzeitig gekündigt, wurde die Berechnung des Rückkaufwerts nach dem Zeitwert vorgenommen. Dies hat sich ab 2008 insoweit geändert, als nunmehr der Rückkaufwert nach dem Deckungskapital der LV gerechnet wird (§ 169 VVG). Der nach dem Deckungskapital berechnete Rückkaufwert ist idR höher als der nach dem Zeitwert berechnete Rückkaufwert.

Mindesttodesfallschutz: Begünstigt sind nach der Neuregelung schon Verträge, in denen die Todesfallleistung den Zeitwert der Versicherung oder das Deckungskapital um mindestens 10 % übersteigt. Unschädlich ist, dass der Prozentsatz von mindestens 10 % bis zum Vertragsende in gleichen Raten auf null sinkt (Nr. 6 Satz 6 Buchst. b Satz 2). Nr. 6 Satz 6 Buchst. b Satz 2 lässt zu, die vertraglich vereinbarte Leistung in bestimmten Fällen auf die Summe der gezahlten Beiträge zu beziehen.

Differenzierung der Mindesttodesfallschutzvoraussetzungen nach Abschlussdatum: Die Anforderungen an den Mindesttodesfallschutz sind unterschiedlich, je nach Abschlussdatum des Versicherungsvertrags. Die Regelungen zum Mindesttodesfallschutz sind anzuwenden für Verträge, die vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden (Alt-Verträge). Sie sind nicht anzuwenden für Verträge, die nach dem 31.12.2004 abgeschlossen wurden (BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 3). Nr. 6 Satz 6 ist nur auf Verträge anzuwenden, die nach dem 31.3.2009 abgeschlossen wurden (§ 52 Abs. 36 Satz 11).

Betroffene Versicherungen: Satz 6 betrifft in erster Linie

- Kapital-Lebensversicherungen gegen Einmalbetrag,
- Versicherungen mit abgekürzter Beitragszahlungsdauer und
- fondsgebundene Lebensversicherungen.

Während Nr. 6 Satz 6 Buchst. a auf die Summe der Versicherungsbeiträge (50 %-Regel) abstellt, wird in Satz 6 Buchst. b der Vorschrift an den Mindesttodesfallschutz, auf das jeweilige Deckungskapital und den Zeitwert (fondsgebundene Versicherungen) abgestellt. Erfüllt ein Versicherungsvertrag nicht die Bedingungen des Buchst. a, ist er gleichwohl hinsichtlich der Auszahlung im Erlebensfall begünstigt, wenn er die Bedingungen des Buchst. b erfüllt und eine Karenzzeit von fünf Jahren abgelaufen ist. Die zeitliche Vorgabe bezieht sich

auf Versicherungsverträge, die erst im fortgeschrittenen Alter ohne eine Gesundheitsprüfung abgeschlossen werden und bei denen deshalb für die Auszahlung der Todesfallsumme eine Karenzzeit von fünf Jahren einzuhalten ist.

► *Nr. 6 Satz 6 Buchst. a (50 %-Regel)*: Die Vorschrift betrifft kapitalbildende Lebensversicherungen mit einer vereinbarten Beitragszahlung bis zum Erlebensfall. Mindestens 50 % der über die gesamte Laufzeit zu zahlende Beiträge werden als Mindesttodesfallschutz vorausgesetzt. Nicht betroffen von dieser Regelung sind Versicherungsverträge, bei denen die Todesfallsumme mindestens der Erlebenssumme entspricht. Hier ist die Festlegung eines Mindesttodesfallschutzes entbehrlich.

► *Nr. 6 Satz 6 Buchst. b (10 %-Regel)*: Von dieser Vorschrift sind insbes. kapitalbildende Lebensversicherungen gegen Einmalbeitrag oder Versicherungen mit abgekürzter Beitragszahlungsdauer betroffen. Anstatt auf die Beitragssumme (Buchst. a) werden bei diesen Verträgen die Anforderungen an den Mindesttodesfallschutz auf den Zeitwert des Vertrags oder auf die Summe der gezahlten Beiträge bezogen. Bei diesen Verträgen reicht es deshalb aus, wenn die Todesfall-Leistung das Deckungskapital oder den Zeitwert um mindestens 10 % des Deckungskapitals, des Zeitwerts oder die Summe der gezahlten Beiträge übersteigt (BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 78j).

Rechtsfolgen der Nr. 6 Satz 6: Erfüllt ein Versicherungsvertrag diese Anforderungen nicht, sind die stl. Vergünstigungen des Satzes 2 im Fall einer Auszahlung der Versicherungsleistung nach Vollendung des 60. Lebensjahres ausgeschlossen. Es verbleibt bei der nachgelagerten Besteuerung der gesamten Differenz aus Versicherungsleistung und der darauf entrichteten Beiträge, allerdings unter Anwendung des Abgeltungsteuersatzes von 25 %.

271–274 Einstweilen frei.

275 k) Steuerabzug bei Versicherungserträgen

Erträge und Bemessungsgrundlage: Sowohl die Erträge aus den von Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 erfassten Versicherungsverträgen als auch diejenigen aus fondsgebundenen Lebensversicherungen, Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht sowie die Erträge aus einem Rückkauf der Versicherungsansprüche (Abs. 1 Nr. 6 Satz 4) unterliegen – soweit sie stbar sind – nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 dem KapErtrStAbzug von 25 % (§ 43a Nr. 1). Erträge aus privilegierten Versicherungen iSv. Nr. 6 Satz 2 unterliegen in voller Höhe dem KapErtrStAbzug (aA offenbar BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 85, gegen amtliche Begründung, BTDrucks. 16/4841, 65); ebenso sind bei entgeltlichem Erwerb die AK (Nr. 6 Satz 3) für Zwecke des KapErtrStAbzugs nicht zu berücksichtigen (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2).

Bei einem vermögensverwaltenden Versicherungsvertrag iSv. Nr. 6 Satz 5 werden die vom VU erzielten Kapitalerträge hingegen periodengerecht dem Versicherungsnehmer direkt zugerechnet und nicht nachgelagert erst im Auszahlungszeitpunkt besteuert. Die KapErtrSt wird in diesen Fällen von den dem Inhaber des Anspruchs auf die Versicherungsleistung gem. Nr. 6 Satz 5 zugerechneten Einkünften nach Maßgabe der übrigen Bestimmungen des § 43 und im Zeitpunkt des Zuflusses der Erträge beim VU (und nicht nachgelagert) erhoben.

Abgeltende Wirkung/Veranlagung/Anrechnung: Mit dem KapErtrStAbzug ist die auf diese Erträge entfallende ESt gem. § 43 Abs. 5 Satz 1 abgegolten. Bei Erträgen aus privilegierten Versicherungen (Nr. 6 Satz 2) hat der KapErtr-

StAbzug hingegen keine abgeltende Wirkung (§ 43 Abs. 5 Satz 2 iVm. § 32d Abs. 2 Nr. 2). Diese Erträge müssen vielmehr in die StErklärung aufgenommen werden. Im Rahmen der Veranlagung wird die StBegünstigung des Nr. 6 Satz 2 berücksichtigt, auf die Hälfte des Differenzbetrags der Tarifsteuersatz angewendet, einbehaltene KapErtrSt angerechnet und ggf. erstattet. Die abgeltende Wirkung muss uE auch in den Fällen der Nr. 6 Satz 3 wegfallen, weil der StPfl. anderenfalls keine Möglichkeit hätte, seine AK geltend zu machen. Es muss daher auch insoweit eine Veranlagung unter Berücksichtigung der AK (allerdings zum Abgeltungssteuertarif von 25 %) mit Anrechnung und ggf. Erstattung der KapErtrSt zulässig sein (im Ergebnis glA amtliche Begründung, BTDrucks. 16/4841, 65).

Bei beschränkter Steuerpflicht ist ebenfalls KapErtrSt einzubehalten (vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a), die allerdings Abgeltungswirkung gem. § 50 Abs. 2 Satz 1 hat. Eine Erstattung von KapErtrSt nach DBA ist nur nach § 50d möglich (BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 87).

Übersicht zum Steuerabzug bei Versicherungserträgen:

Vertragsabschluss/Auszahlungsmodalitäten	StAbzug von 25 %		kein StAbzug
	mit Abgeltungswirkung	Vorauszahlung, Tarifbesteuerung	
Vertragsabschluss vor dem 1.1.2005 und steuerschädliche Auszahlung bzw. Abtretung des Vertrags		ja	
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Auszahlung vor Vollendung des 60. Lebensjahres oder Nichteinhaltung der Zwölfjahresfrist	ja		
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Auszahlung nach Vollendung des 60. Lebensjahres		ja Steuerabzug aber vom vollen Differenzbetrag	
Veräußerung/Abtretung des Versicherungsvertrags			
Vertragsabschluss vor dem 1.1.2005, Verkauf vor dem 1.1.2009			
Vertragsabschluss vor dem 1.1.2005 und Verkauf nach dem 31.12.2008			ja Veräußerungsgewinn muss erklärt werden
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Verkauf vor dem 1.1.2009			
Vertragsabschluss nach dem 31.12.2004 und Verkauf nach dem 31.12.2008			

Fälligkeit der Kapitalertragsteuer: Die KapErtrSt wird grds. im Zeitpunkt des Zuflusses der Versicherungsleistung beim Versicherungsnehmer (Gläubiger, § 44 Abs. 1 Satz 1) im Erlebensfall und nicht im Zeitpunkt der Fälligkeit der vom VU erzielten Kapitalerträge erhoben (BMF v. 31.8.1979, BStBl. I 1979, 592 – Tz. 13.1 und 6; BMF v. 4.9.1995, FR 1995, 872).

Abstandnahme vom Steuerabzug: Die KapErtrSt wird nicht erhoben, wenn

- der Differenzbetrag iSd. Nr. 6 Satz 1 den Sparer-Pauschbetrag von 801 € bei Ledigen bzw. 1 602 € bei zusammen veranlagten Ehegatten (Abs. 9) nicht übersteigt (§ 44a Abs. 1 Nr. 1) oder
- anzunehmen ist, dass für den Versicherungsnehmer eine Veranlagung zur ESt nicht in Betracht kommt (§ 44a Abs. 1 Nr. 2).

Im ersten Fall ist dem VU ein Freistellungsauftrag nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck (§ 44a Abs. 2 Nr. 1) zu erteilen, im anderen Fall muss der Versicherungsnehmer dem Unternehmen eine Nicht-Veranlagungsbescheinigung (§ 44a Abs. 2 Nr. 2) vorlegen.

276–289 Einstweilen frei.

4. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen (Abs. 1 Nr. 7)

Schrifttum ab 1993: LINDBERG, Die Besteuerung der Zinseinkünfte ab 1.1.1993, DStR 1992, 1493; WAGNER/WANGLER, Kombizinsanleihen – Eine Finanzinnovation als Steuersparmodell?, DB 1992, 2405; ZEITLER, Neuregelung der Zinsbesteuerung ab 1993, DStZ 1992, 513; BIRK, Neuregelung der Zinsbesteuerung, StVj. 1993, 97; BORCHERS, Swapgeschäfte in Zivil- und Steuerrecht, Frankfurt 1993; EICH, Kapitalerträge aus Wertpapier-, Options- und Devisengeschäften, KÖSDI 1/1993, 9225; JONAS, Kapitalerträge aus Optionsgeschäften? – Zur Besteuerung synthetischer Zero-Bonds, BB 1993, 2421; HARENBERG/IRMER, Besteuerung privater DTB-Geschäfte und anderer Finanzinstrumente, NWB 1993 Fach 3, 9229; BULTHAUPT, Einkommensteuerpflicht bei fiktiven Renditen in Fällen des Kapitalanlagebetrugs, DStZ 1994, 614; KESSLER, Festverzinsliche Wertpapiere mit hohem Emissionsdiskont, DB 1994, 1525; SCHÄFER/ZIMMERMANN, Besteuerung von „Floater“ und „Reverse Floater“, DB 1994, 2207; FLEISCHER, Bewertungsrechtliche Behandlung von DTB-Optionsscheinen und DTB-Futures, DB 1995, 1780; GUMPP, Doppelbesteuerung nicht erzielter Zinsen?, DStZ 1995, 329; HARENBERG, Kapitalanlage in Genufscheine NWB 1995 Fach 21, 1193; WENGER/KASERER/BAYER, Die erfolgskonforme Abbildung von Zins- und Währungsswaps in der Handels- und Steuerbilanz, DStR 1995, 948; KRAWITZ, Die einkommensteuerliche Abgrenzung gewinnunabhängiger Erträge bei innovativen Wertpapieren des Privatvermögens, DStR 1996, 1265 (Teil I) und 1310 (Teil II); SCHEURLE, Unterschiedliche Formen ab- oder aufgezinster Kapitalforderungen und ihre ertragsteuerliche Behandlung, NWB 1996 Fach 3, 9659; DELP, Gestaltungs- und Problemzonen bei der Besteuerung von verzinslichen Anlagemedien, Inf. 1997, 774; HARENBERG, Kapitalanlage in Bundeswertpapieren und ihre Besteuerung, NWB 1997 Fach 21, 1257; HARENBERG, Die neuen Stripped Bonds des Bundes und ihre Besteuerung, NWB 1997 Fach 3, 10145; HARENBERG/IRMER, Ertragsteuerliche Behandlung von Optionsanleihen, NWB 1997 Fach 3, 10221; SCHEURLE, „Stripped Bonds“ – Getrennte Kapital- und Zinsansprüche aus Anleihen, DB 1997, 1839; HARENBERG, Die Behandlung diverser Kapitalanlageformen im Rahmen des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i. V. m. § 20 Abs. 2 EStG aus Verwaltungssicht, FR 2002, 819; HARENBERG, Bonusaktien der Telekom sind steuerfrei, GStB 2002, 357; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin, 4. Aufl. 2006; WENGENROTH/MAIER, Zinseinkünfte und private Veräußerungsgeschäfte, EStB 2006, 73; BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 10125; BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, Köln 2007; CARLÉ, Steuerstundungsmodelle bei Einkünften aus Kapitalvermögen, ErbStB 2007, 150.

Schrifttum ab 2007 (Abgeltungsteuer): BEHRENS, Abgeltungsteuer ab 2009 – Handlungsmöglichkeiten des Privatanlegers im Übergangszeitraum, DStR 2007, 1998; EBNER, Umsetzungsprobleme bei der Abgeltungsteuer, NWB 2008 Fach 3, 15139; EBNER, Änderungen für Investmentfonds, NWB 2009, 203; HAISCH, Besteuerung von Finanzprodukten unter der Abgeltungsteuer, DStZ 2007, 762; FEYERABEND/VOLLMER, Investmentfonds-

besteuerung und Abgeltungsteuer, BB 2008, 1088; GEURTS, Mehr Klarheit bei der Besteuerung von Finanzinnovationen, DStZ 2007, 393; HÖRSTER/MERKER, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, NWB 2008 Fach 2, 9351; HAISCH/DANZ, JStG 2009 – Beabsichtigte Änderungen bei der Vermögensanlage, DStZ 2008, 392; HAISCH/HELIOS, Corporate Actions, Abgeltungsteuer und Teileinkünfteverfahren, Ubg 2009, 250; HARENBERG, Veräußerung von Indexzertifikaten, FR 2008, 552; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009, Herne 2008; HECHTNER, Die Anrechnung ausländischer Steuern im System der Schedule nach Änderungen durch das JStG 2009, BB 2009, 76; KRETZSCHMANN, JStG 2009 – Änderungen der Besteuerung der Investmentanlagen, FR 2009, 416; MAIER/WENGENROTH, Künftige Besteuerung privater Kapitalerträge, Auswirkungen der Abgeltungsteuer im Unternehmenssteuerreformgesetz, ErbStB 2007, 89; MELCHIOR, Unternehmensteuerreform und Abgeltungsteuer, DStR 2007, 1229; MERKER, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009, StuB 2008, 513; NUSSE, Abgeltungsteuer und Einkommenssteuererklärung, NWB, Beratung Aktuell, 2008, 2207; KRACHT, Auslandsanlagen – Schwierigkeiten unter der Abgeltungsteuer, PISTB 2008, 103; KRACHT, Abgeltungsteuer: Neue Zeitrechnung für die Rendite bei der Geldanlage, NWB 2008 Fach 2, 9883; KRACHT, Renditeschub durch Anleihen mit fiktiver Quellensteuer, PFB 2008, 314; o.V., Jahressteuergesetz 2009: Geplante Änderungen, StWK Gruppe 10, 271; PHILIPOWSKI, Werbungskosten bei fehlgeschlagenen Termingeschäften, DStR 2007, 1615; SCHUKA, Jahressteuergesetz 2009: Überblick zum Regierungsentwurf, sj. 2008, Nr. 14, 17; WATRIN/HANSEN, Finanzgeschäfte nach Einführung der Abgeltungssteuer, ErbStB 2007, 178; HAISCH/KRAMPE, Einzelfragen zur Abgeltungssteuer (Teil I), FR 2010, 311; SCHMITT-HOMANN, Abgeltungssteuer: Verlustanteil, Forderungsausfall, Bezugsrecht und Wertpapierleihe, BB 2010, 351; ZIEGLER, Erstattungs zinsen nicht mehr steuerbar – was ist zu beachten?, StuB 2010, 818; RUBLACK, Zur Einführung der Steuerpflicht auf Erstattungs zinsen durch das JStG 2010, FR 2011, 173; BALLIET, Besteuerung von Erstattungs zinsen, DStZ 2012, 436; PAUS, Gibt es eine sachliche Rechtfertigung für die widersprüchliche Behandlung von Steuerzinsen bei Kapitalgesellschaften?, DStZ 2012, 432; THIEMANN, Rechtsmäßigkeit der Besteuerung von Erstattungs zinsen, FR 2012, 673; WEISSBRODT/MICHALKE, Die sonstige Kapitalforderung i. S. von § 20 Abs. 1 Nr. 7, DStR 2012, 1533.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 24.1.1985, BStBl. I 1985, 77, und BMF v. 1.3.1991, BStBl. I 1991, 422 (Zero-Bonds-Erlaß mit Ergänzung); BMF v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539 (Emissionsdisagio-Erlaß); BMF v. 5.3.1987, BStBl. I 1987, 394 (Bilanzierung von Zero-Bonds); BMF v. 28.2.1990, BStBl. I 1990, 124 (Bausparzinsen); BMF v. 30.4.1993, BStBl. I 1993, 343 (neue Kapitalanlagemodelle); BMF v. 30.3.1994, BStBl. I 1994, 312 (Zinsen aus Mietkautionen); BMF v. 22.2.1995, DStR 1995, 605 (Null-Zins-Variante bei Bausparverträgen); BMF v. 29.5.1995, DB 1995, 1205 (Einnahmen aus festverzinslichen Anleihen und Schuldverschreibungen mit Vorschaltkupons); BMF v. 6.6.1995, DB 1995, 1252 (Zurechnung von Kapitalerträgen aus Anderkonten); BMF v. 16.3.1999, BStBl. I 1999, 433 (Rückzahlung von Kapitalvermögen); BMF v. 14.7.2004, BStBl. I 2004, 611 (Einnahmen aus der Veräußerung einer Kapitalanlage bei vorübergehender oder endgültiger Zahlungseinstellung des Emittenten); BMF v. 20.12.2005, BB 2006, 72 (Behandlung von Bezugsrechten).

Verwaltungsanweisungen (Abgeltungsteuer): BMF v. 13.6.2008, StEK EStG § 32d Nr. 5 (Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009); BMF v. 15.8.2008, StEK EStG § 32d Nr. 6 (Weitere Anwendungs- und Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009); BMF v. 2.3.2009, StEK EStG § 43 Nr. 104 (Kapitalertragsteuerpflicht für Zahlungen an die Deutsche Bundesbank); BMF v. 1.4.2009, StEK EStG § 32d Nr. 9 (Weitere Anwendungs- und Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009); BMF v. 18.8.2009, BStBl. I 2009, 931 (Investmentsteuergesetz); BMF v. 9.12.2012, BStBl. I 2012, 953 (Einzelfragen zur Abgeltungsteuer).

a) Vorbemerkungen zu Abs. 1 Nr. 7

Die Vorschrift bildet den Auffangtatbestand für alle nicht in Abs. 1 Nr. 1 bis 6 und 8 erfassten Zinseinnahmen aus Kapitalvermögen. Sie enthält seit 1994 nicht mehr die beispielhafte Aufzählung von Zinsen aus Einlagen und Guthaben bei Kreditinstituten, aus Darlehen und Anleihen als Einnahmen aus Kapitalver-

290

mögen. Der durch das StMBG v. 21.12.1993 (BStBl. I 1994, 50) eingeführte und durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BStBl. I 2007, 630) erweiterte Wortlaut zielt darauf ab, alle Erträge aus verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen, zB herkömmliche Schuldverschreibungen, Kombi-, Gleitzins- oder Indexanleihen, Garantiezertifikaten, *step up/step down*-Anleihen, *Capped Warrants* und andere optionsähnlichen Rechtsverhältnisse, bei denen ganz oder teilweise Erträge in den Bereich der erst ab 2009 stbaren Wertzuwächse verlagert sind, aber auch Erträge aus Risikozerifikaten, ohne jegliche Rückzahlungsgarantie zu erfassen. Steuerbar sind seit der Systemumstellung auf die abgeltende KapErtrSt alle Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung zugesagt oder geleistet worden ist. Der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7 ist nicht nur erfüllt, wenn die Höhe des Entgelts – wie bei Indexanleihen – von einem ungewissen Ereignis abhängt. Seit der Systemumstellung sind vom Tatbestand zudem auch die Erträge aus Wertpapieren und Kapitalforderungen erfasst, bei denen sowohl die Zahlung eines Entgelts als auch die Rückzahlung des Kapitals von einem ungewissen Ereignis abhängen.

Unbeachtlich ist für die Besteuerung, welche Bezeichnung oder Produktamen die an der Kapitalnutzung Beteiligten dem Rechtsgeschäft geben oder welche zivilrechtl. Gestaltung der Kapitalnutzung zugrunde liegt (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2). Erforderlich ist jedoch, dass dem Ertrag eine als Kapitalforderung einzuordnende Anlageform zugrunde liegt. Hat der stpfl. Anleger gegen den Emittenten lediglich ein Anspruch auf Lieferung eines anderen privaten WG, zB die Lieferung einer bestimmten Menge eines Edelmetalls (Lieferschuldverschreibung), kommt eine Besteuerung der Erträge nicht aus Nr. 7 Satz 1, sondern allenfalls unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 in Betracht.

Nach der Neufassung des Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630) sind vier Tatbestandsalternativen zu unterscheiden, nach denen Einnahmen aus sonstigen Kapitalforderungen zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen:

- Einnahmen aus Kapitalforderungen, wenn die Rückzahlung des überlassenen Kapitals und eine (gleichmäßige oder ungleichmäßige) Verzinsung vom Schuldner zugesagt sind;
- Einnahmen aus Kapitalforderungen mit ungewissem Kapitalertrag, aber zugesagter oder gewährter Rückzahlung des überlassenen Kapitals;
- Erträge aus Kapitalforderungen mit zugesagter oder gewährter Verzinsung, aber ungewisser Rückzahlung des überlassenen Kapitals;
- Erträge aus Kapitalforderungen, bei denen sowohl die Verzinsung als auch die Rückzahlung des Kapitals ungewiss ist.

Sind nicht wenigstens die Voraussetzungen einer der vier Tatbestandsalternativen erfüllt, so liegen keine stbaren Kapitalerträge iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 vor. Damit sind nach der Erweiterung des Tatbestands durch das UntStReformG 2008 auch Erträge aus Kapitalanlagen mit rein spekulativem Charakter, zB Indexanleihen ohne Ertrags- und Rückzahlungsvereinbarung oder Optionen (s. Anm. 297), nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 stbar. Die Neuregelung gilt erstmals für alle Kapitalerträge, die dem Stpfl. im VZ 2009 zufließen (§ 52a Abs. 10 Satz 6).

b) Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 7**aa) Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art (Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 erster Satzteil)****(1) Erträge**

292

Zu den Erträgen gehört – dem Sinn einer Generalklausel entsprechend – alles, was der Stpfl. „für die Gestattung seiner Kapitalnutzung“ erhält (RFH v. 16.5.1933, RSStBl. 1933, 1005; BFH v. 12.12.1969 – VI R 301/67, BStBl. II 1970, 212; v. 25.5.1974 – VIII R 106/69, BStBl. II 1974, 735; v. 16.1.1979 – VIII R 38/76, BStBl. II 1979, 334; v. 20.5.1980 – VIII R 64/78, BStBl. II 1981, 6; v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; v. 5.8.2005 – VIII B 133/04, BFH/NV 2005, 2187; v. 20.11.2006 – VIII R 97/02, BStBl. II 2007, 555; v. 13.12.2006 – VIII R 79/03, BStBl. 2007, 562; v. 4.12.2008 – VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563). Der Begriff „Erträge“ ist identisch mit den „Entgelten oder Vorteilen“ iSd. Abs. 3.

In Betracht kommt alles, was Einnahme iSd. § 8 sein kann, dh. „alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen“ (s. § 8 Anm. 22 ff.). Dazu gehören auch Sachleistungen und Nutzungen. Nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 23.3.1993, BStBl. I 1993, 343) gehören zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen Zinsen, Entgelte und Vorteile, die unabhängig von ihrer Bezeichnung und der zivilrechtl. Gestaltung bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Überlassung von Kapitalvermögen erzielt werden. Kapitalertrag (Zins) kann beim Empfänger einer Zahlung auch dann vorliegen, wenn der vermeintliche zivilrechtl. Zinsanspruch dem Grunde oder der Höhe nach gar nicht besteht (BFH v. 6.4.1993 – VIII R 68/90, BStBl. II 1993, 825) oder wenn Zahlungen in ungleichmäßiger Höhe geleistet werden. Entscheidend für die Annahme von stbarem Kapitalertrag ist die Vorstellung der Beteiligten. So liegt ein Zinsertrag auch dann vor, wenn die Beteiligten davon ausgehen, dass ein zwischen ihnen gezahlter Geldbetrag das Entgelt für die Nutzungsüberlassung eines Kapitals sein soll (BFH v. 6.4.1993 – VIII R 68/90, BStBl. II 1993, 825).

Entgelt: Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 verwendet – im zweiten Satzteil wie in Abs. 3 – das Wort „Entgelt“ als Nutzungsentschädigung für die Überlassung von Kapitalvermögen. Der Begriff wird im Gesetz nicht definiert. Unter Entgelt ist mithin all das zu verstehen, was wirtschaftlich gesehen dem Gläubiger für die Kapitalüberlassung gewährt wird. Mit der Systemumstellung zum abgeltenden KapErtrStAbzug fallen jedoch nur noch laufende Erträge unter Abs. 1 Nr. 7. Insbesondere Einlösungs- und Rückzahlungsvorgänge fallen unter Abs. 2, auch wenn sie wirtschaftlich laufende Ertragsbestandteile enthalten (s. Anm. 421).

Zinsen: Die bis zum 31.12.1993 geltende Fassung des Abs. 1 Nr. 7 nannte als stbare Erträge ausdrücl. „Zinsen aus sonstigen Kapitalforderungen“. Der jetzige Wortlaut („Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen“) beruht auf der Änderung durch das StMBG v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50). Eine sachliche Änderung war durch den Wegfall dieser Formulierung nicht eingetreten. Zinsen sind gewinn- und umsatzunabhängige Vergütungen (Entgelte) für die Möglichkeit des Gebrauchs eines auf Zeit überlassenen Kapitals (BFH v. 3.10.1984 – II R 194/82, BStBl. II 1985, 73; v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; BGH v. 20.11.1970 – V ZR 71/68, LM § 248 BGB Nr. 2; BGH v. 9.11.1978 – III ZR 21/77, NJW 1979, 805; BGH v. 16.11.1978 – III ZR 47/77, NJW 1979, 540; grundlegend CANARIS, NJW 1978, 1891; CANARIS, Bankvertragsrecht Rn. 1324; K. SCHMIDT, Geldrecht, § 246 HGB Rn. 25, § 248 HGB Rn. 5). Zinsen setzen das Bestehen einer auf die Hauptleistung gerichteten

Kapitalschuld (Zahlung eines Kaufpreises, Rückzahlung eines Darlehens) voraus, zu der sie als Nebenleistung gehören (BGH v. 20.11.1970 – V ZR 71/68, BB 1971, 107). Zinsen müssen begriffsnotwendig nicht fortlaufend gezahlt werden (GRÜNEBERG in PALANDT, 72. Aufl. 2013, § 246 BGB Rn. 1). Auch das für die gesamte ND berechnete und vom Kapital einbehaltene Nutzungsentgelt ist Zins im Rechtssinne (BELKE, BB 1968, 1220). Das gilt selbst dann, wenn das Entgelt (Zins und Zinseszins) zusammen mit dem Kapital aE der Nutzungszeit (Laufzeit) ausgezahlt wird.

- ▶ *Kapitalrückzahlungen (Tilgung)* sind von Zinsen zu trennen. Sie gehören nicht zu den stbaren Einnahmen; zu Einzelheiten s. Anm. 296. Ob in einer Zahlung an den Gläubiger Zins oder Tilgung zu sehen ist, bestimmt nach § 366 Abs. 1 BGB der Schuldner. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, getilgt (§ 366 Abs. 2 BGB).
- ▶ *Kreditgebühren* sind Zinsen, wenn sie laufzeitabhängig berechnet werden.
- ▶ *Bearbeitungsgebühren* werden idR laufzeitunabhängig berechnet und sind deshalb keine Zinsen (GRÜNEBERG in PALANDT, 72. Aufl. 2013, § 246 BGB Rn. 6; aA HARENBERG, NJW 1981, 99, zur Ermittlung des Effektivzinssatzes).
- ▶ *Kreditvermittlungsgebühren und -provisionen* sind Zinsen, da sie im Regelfall in Abhängigkeit von der Laufzeit festgelegt werden.
- ▶ *Gewinn- und Umsatzbeteiligungen* sind keine Zinsen, da sie vom wirtschaftlichen Ergebnis der Kapitalüberlassung abhängig sind (BFH v. 8.3.1984 – I R 31/80, BStBl. II 1984, 623; BGH v. 27.9.1982 – II ZR 16/82, BGHZ 81, 124). Eine Steuerbarkeit solcher Erträge kann sich jedoch aus Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Satz 2 ergeben.
- ▶ *Sittenwidrigkeit* eines Darlehensvertrags, zB wegen wucherisch überhöhter Zinsvereinbarungen (§ 138 BGB), steht der Besteuerung der Zinsen nicht entgegen (§ 41 AO).
- ▶ *Zinslose Stundung von Kapitalforderungen*: Siehe Anm. 295.

Die Rückzahlung des überlassenen Kapitals gehört nicht zu den Erträgen. Wird dagegen ein Mehrbetrag zum überlassenen Kapital zurückgewährt, liegt in Höhe des Mehrbetrags ein stbarer Ertrag iSv. Abs. 2 vor (s. Anm. 421).

Beispiel: A erwirbt aus der Neuemission eine verzinsliche Schuldverschreibung zum Nennwert (Kaufpreis) von 1000 € und erhält aE der Laufzeit einen Betrag von 1100 € zurück. Neben den Zinserträgen ist auch der Mehrbetrag von 100 € stbarer Ertrag nach Nr. 7 Satz 1. Unerheblich ist, ob die Kapitalrückzahlung in einem Barbetrag oder in Form von Wertpapieren, zB Aktien, erfolgt.

Veräußerungserlöse: Vermögensmehrungen, die durch eine Änderung des Kapitalmarktzins entstehen und realisiert werden, fließen dem Inhaber des Kapitalvermögens (Gläubiger) bei Veräußerung der Kapitalforderung zwar nicht vom Schuldner der Erträge zu, sie sind aber ab VZ 2009 gleichwohl stbarer Kapitalertrag nach Abs. 2 Satz 1, wenn die Kapitalanlage nach dem 31.12.2008 angeschafft wurde. Liegt die Anschaffung vor dem 1.1.2009, wird eine Steuerbarkeit lediglich unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 in der bis 2008 geltenden Fassung begründet.

Realisierte Kursgewinne, die auf Zinsansammlungen beruhen, zB bei Veräußerung einer Kombizinsanleihe aE der zinslosen Phase, bei flat gehandelten oder Nullkupon-Anleihen, sind ab VZ 2009 ebenfalls von Abs. 2 Satz 1 erfasst (s. Anm. 421 sowie zu Nullkupon-Anleihen auch BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 55). Da es sich bei dieser Art von Schuldverschreibungen um

sog. finanzinnovative Wertpapiere iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF handelt, hat das Anschaffungsdatum hier keine Bedeutung. Der bei Erweiterung des § 20 durch das UntStReformG 2008 vom Gesetzgeber eingeräumte Bestandschutz für sog. Altanlagen (Anschaffungen vor dem 1.1.2009) gilt für diese Art von Schuldverschreibungen nicht (§ 52a Abs. 10 Satz 7); s. Anm. 512.

Stückzinsen, also die bei einer Veräußerung von Schuldverschreibungen zwischen zwei Zinsterminen anfallenden zeitanteiligen Zinsbeträge, gehörten bis zum VZ 2008 zu den stbaren Kapitalerträgen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 aF, soweit sie dem Käufer von der Bank besonders in Rechnung gestellt wurden. Mit der Umstellung auf das System der abgeltenden KapErtrSt sind sie Bestandteile des Veräußerungserlöses und im Rahmen der Veräußerungbesteuerung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu versteuern, und zwar unabhängig davon, ob ein gesonderter Ausweis der Stückzinsen erfolgt (s. Anm. 511 und zur Übergangsregelung Anm. 513).

(2) Persönlicher Geltungsbereich

293

Steuerpflichtig ist bei Kapitalforderungen mit fester oder variabler Verzinsung sowohl der Ersterwerber als auch jeder weitere Erwerber (Inhaber) der Forderung oder des entsprechenden Wertpapiers. Entsteht der Kapitalertrag erst bei Rückzahlung des Kapitals (Einlösung des Wertpapiers) durch den Schuldner, werden die Erträge mit dem Systemwechsel zur abgeltenden KapErtrSt insbes. auch beim Ersterwerber nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 besteuert; s. Anm. 421, 511.

(3) Sonstige Kapitalforderungen jeder Art

294

Kapitalforderungen sind auf Geldleistungen, nicht auf Lieferung anderer WG gerichtete Forderungen ohne Rücksicht auf die Dauer der Kapitalüberlassung oder den Rechtsgrund des Anspruchs (BFH v. 26.6.1996 – VIII R 67/95, BFH/NV 1997, 175). Der Anspruch auf Rückzahlung des überlassenen Kapitals ist keine Voraussetzung für die Annahme einer Kapitalforderung (BÖDECKER/GEITZENAUER, FR 2003, 1209, mwN). Sonstige Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 sind alle auf eine Geldleistung gerichteten Forderungen, soweit sie nicht bereits unter Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 bis 6 und 8 fallen. Rechtsgrundlage und Rechtsnatur der Forderung sind unerheblich. Sie können sowohl vertraglich als auch gesetzlich, privatrechtl. als auch öffentlich-rechtl. Natur sein (BFH v. 18.2.1975 – VIII R 104/70, BStBl. II 1975, 568; v. 29.9.1981 – VIII R 39/79, BStBl. II 1982, 113; v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 1986, 557). Selbst Forderungen aus nichtigen oder anfechtbaren Verträgen werden unter den Voraussetzungen des § 41 AO vom Tatbestand erfasst.

Erzwungene Kapitalüberlassung: Die Kapitalüberlassung muss nicht auf einem Vertrag beruhen. Auch bei einer vom Schuldner erzwungenen Kapitalüberlassung kann eine entgeltliche Nutzungsüberlassung angenommen werden (BFH v. 29.9.1981 – VIII R 39/79, BStBl. II 1981, 113; v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 1986, 557; v. 30.4.1991 – VIII R 38/87, BStBl. II 1991, 574; v. 25.10.1994 – VIII R 79/91, BStBl. II 1995, 121). Die StPflcht der Zinsen ist nicht davon abhängig, ob die Auszahlung des Kapitals selbst stpfl. ist. Die fehlende Steuerbarkeit der Hauptleistung erstreckt sich nicht zugleich auf die Zinsen (BFH v. 13.11.2007 – VIII R 36/05, BStBl. II 2008, 292).

295 (4) Wichtige Einzelfälle von sonstigen Kapitalforderungen

Ab- oder aufgezinste Kapitalforderungen stellen sonstige Kapitalforderungen iSv. Abs. 1 Nr. 7 dar. Zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7 gehören aber seit 2009 nur noch laufende Erträge, so dass etwaige Einlösungsgewinne sowohl beim Erst- als auch beim Zweiterwerber zu den Einkünften iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 gehören (SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 663; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/7 17). Die sog. Disagiostaffel (BMF v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539) ist nicht mehr anwendbar (s. Anm. 421, 511).

Anleihen sind der Sammelbegriff für Schuldverschreibungen (Obligationen) aller Arten, mit denen der Aussteller (Emittent, Schuldner) den Anleihegläubigern (Obligationären) in einer Sammel- oder Einzelurkunde (Wertpapier) die Rückzahlung des in der Schuldverschreibung ausgewiesenen Anleihebetrags und die Auszahlung der vorher festgelegten Zinsen und/oder Gewinnbeteiligung (Gewinnschuldverschreibung) verspricht. Eine Verbriefung der Gläubigerrechte ist nicht begriffsnotwendig. Schuldverschreibungen können auch als Wertrechte an einer Schuldbuchforderung (Bucheffekten) begründet werden. Zinserträge sind nach Nr. 7 Satz 1, Veräußerungsgewinne nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Einlösungsgewinne nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 stbar.

Bausparverträge: Guthabenzinsen aus Bausparverträgen, die zur Finanzierung einer selbstgenutzten Immobilie mit sog. Auffüllkrediten oder Vorausdarlehen bespart werden, ordnet die FinVerw. aus Billigkeitsgründen als stl. unbeachtlich ein (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 126, für bis zum 30.6.2010 abgeschlossene Finanzierungsverträge). Sofern die Bausparkasse von den Guthabenzinsen KapErtrSt einbehält, sollte dieser Sachverhalt mit der StErklärung in der Anl. KAP (§ 32d Abs. 4) offengelegt werden, damit die einbehaltene KapErtrSt erstattet werden kann.

Bankguthaben (Einlagen) bei Kreditinstituten sind idR zivilrechtl. Darlehen iSv. §§ 488 ff. BGB, es sei denn, es liegt eine unregelmäßige Verwahrung nach § 700 BGB vor. Diese unterscheidet sich vom Darlehen dadurch, dass die Hingabe eines Geldbetrags überwiegend im Interesse des Hinterlegers und nicht – wie beim Darlehen – im Interesse des Empfängers liegt. Nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG enthält das Einlagengeschäft der Kreditinstitute die Annahme fremder Gelder als Einlage mit oder ohne Verzinsung aufgrund typisierter Verträge als Darlehen oder zur unregelmäßigen Verwahrung. Zinsen auf Sparguthaben, Festgelder und Girokonten fallen unter Nr. 7 Satz 1.

Darlehen: Seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz v. 26.11.2001 (BGBl. I 2001, 3138) wird zwischen dem (Geld-)Darlehensvertrag (§§ 488 ff. BGB) und dem Sachdarlehen (§§ 607 ff. BGB) unterschieden, mit dem sich der Darlehensgeber zur Übertragung vertretbarer Sachen in das Vermögen des Darlehensnehmers, dieser zur Rückgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge (§ 607 BGB) verpflichtet. Die Vorschrift erfasst in erster Linie nur Gelddarlehen.

► *Forderungen aus (Geld-)Darlehen* iSv. § 488 BGB stellen stets Kapitalforderungen iSv. Abs. 1 Nr. 7 dar. Die Zinsen (Entgelt) für die Nutzungsüberlassung sind somit nach Nr. 7 Satz 1 stbar.

► *Sachdarlehen* iSv. § 607 BGB enthalten keine Kapitalforderung, weil mit ihnen nicht Geldbeträge (Kapital), sondern Sachen geschuldet werden. Ihre Erträge fallen deshalb nicht unter Nr. 7, sondern sind als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 stbar. Das gilt auch, wenn die Erträge (Darlehensentgelte) in Geld zu leisten sind. Abs. 1 Nr. 1 ist dagegen nicht betroffen, da mit der Vorschrift nur Beteiligungserträge erfasst werden. Die bloße Hingabe eines Sachdarlehens stellt

aber keine gesellschaftsrechtl. Beteiligung dar; zum partiarischen Darlehen s. Anm. 191 ff.

► *Vereinbarungsdarlehen* liegen vor, wenn Geld oder andere Sachen aus einem anderen Schuldgrund, zB aus einem Kaufvertrag, geschuldet werden und die Beteiligten vereinbaren, diesen Schuldgrund in ein Darlehen umzuwandeln. Seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz v. 26.11.2001 (BGBl. I 2001, 3138) handelt es sich dabei nicht mehr um Darlehensverträge iSv. § 488 BGB, sondern um die Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses gem. § 311 Abs. 1 BGB (WEIDENKAFF in PALANDT, 72. Aufl. 2013, § 488 BGB Rn. 20; vgl. zum bisherigen Recht § 607 Abs. 2 BGB aF). Vereinbarungsdarlehen gehören zu den Kapitalforderungen iSd. Nr. 7 Satz 1, soweit sie eine Geldforderung enthalten.

► *Gesellschafterdarlehen*: Die Zinsen gehören bei gewerblich tätigen PersGes. oder PersGes. iSv. § 15 Abs. 3 zu den Einnahmen des Gesellschafters aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1). Bei nicht gewerblich tätigen PersGes., die auch nicht die Voraussetzungen von § 15 Abs. 3 erfüllen, gehören Zinsen hingegen zu den Einnahmen des Gesellschafter gem. Nr. 7 Satz 1 (s. Anm. 23). Bei KapGes. gehören die Zinsen ebenfalls zu den Einnahmen des Gesellschafters gem. Nr. 7 Satz 1, es sei denn, das Darlehen ist verdeckte Einlage oder es liegt eine vGA vor.

► *Arbeitnehmerdarlehen* sind Darlehen des ArbN an seinen ArbG. Die Zinsen sind – ebenso wie Zinsen für rückständigen Arbeitslohn (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83, BStBl. II 1990, 352) – Einnahmen iSd. Nr. 7 Satz 1. Etwas anderes gilt allerdings, wenn das Darlehen stl. nicht anzuerkennen ist und die als Zinsen bezeichneten Leistungen deshalb keine Darlehenszinsen, sondern zusätzlicher Arbeitslohn sind (BFH v. 18.6.1980 – I R 72/76, BStBl. II 1980, 741).

► *Garantierter Wertzuwachs an Aktien als Darlehensentgelt*: Kapitalerträge iSd. Nr. 7 Satz 1 liegen auch vor, wenn der Stpfl. für die Überlassung von Kapital als Darlehen, das dem Erwerb bestimmter Aktien dient, die mit diesen Aktien verbundene „Wertzuwachsgarantie“ ausgezahlt erhält (FG Köln v. 14.10.1982 – V (XIII) 58/77 E, EFG 1983, 351, rkr.). Das gilt ebenso, wenn einem Broker Geldbeträge zur Durchführung von Warentermingeschäften überlassen werden, der Broker aus diesen Geschäften Ausschüttungen an den Darlehensgeber vornimmt und der Darlehensgeber auf Art, Umfang und Zeitpunkt der Termingeschäfte keinen Einfluss ausübt (FG Rhld.-Pf. v. 15.9.1982 – 1 K 53/82, EFG 1983, 288, rkr.).

Genussrechte fallen unter Abs. 1 Nr. 7, wenn sie nicht die Voraussetzungen von Abs. 1 Nr. 1 erfüllen, dh. entweder die Beteiligung am Gewinn oder am Liquidationserlös fehlt. Nach SCHMITT-HOMANN (BB 2010, 351 [352]) sollen Verluste aus Genussrechten ähnlich wie bei stillen Beteiligungen (s. Anm. 142) stmindernd geltend gemacht werden können.

Gesetzlich begründete Kapitalforderungen, wie zB Prozess- (§ 291 BGB; s. aber zu § 236 AO Anm. 308) oder Verzugszinsen (§ 288 BGB), werden von Nr. 7 erfasst (BFH v. 24.5.2011 – VIII R 3/09, BStBl. II 2012, 254 – Tz. 13 f. mwN). Insoweit ist keine Einkünfteerzielungsabsicht erforderlich (BFH v. 24.5.2011 – VIII R 3/09, BStBl. II 2012, 254 – Tz. 18). Zu Erstattungsinsen gem. § 233a AO s. Nr. 7 Satz 3 und Anm. 308.

Kapitalforderungen mit ungleichmäßiger Verzinsung (Finanzinnovationen) wie zB Kombi-, Gleitzins- oder step up/step down Anleihen fallen unter Nr. 7 Satz 1. Einnahmen iSv. Nr. 7 liegen allerdings nur bei laufenden Erträgen vor. Die Einlösung dieser Anleihen führt sowohl beim Ersterwerber als auch bei je-

dem weiteren Erwerber zu Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 (s. Anm. 421, 511).

- ▶ *Kombizinsanleihen* haben unterschiedlich lange Laufzeiten und werden in den ersten Jahren nicht verzinst. Als Ausgleich dafür bieten sie von einem bestimmten Zeitpunkt an bis zur Endfälligkeit eine überdurchschnittlich hohe Verzinsung.
- ▶ *Gleitzinsanleihen* bieten eine während der Laufzeit gleichmäßig steigende oder fallende Verzinsung.
- ▶ *Step up-/step down-Anleihen* haben in den ersten Jahren ihrer Laufzeit eine unter- oder überdurchschnittliche Verzinsung, die zum Ausgleich in den folgenden Jahren über oder unter Marktniveau steigt oder fällt; zB Laufzeit zehn Jahre, 1. bis 7. Jahr: 3,5 %; 9. bis 10. Jahr: 10,5 % (*step up*); 1. bis 3. Jahr 15 %; 4. bis 10. Jahr 1,5 % (*step down*).

Lieferschuldverschreibungen mit physischer Deckung: Entsprechendes gilt nach Ansicht der FinVerw. bei verbrieften Ansprüchen, die börsenfähige Wertpapiere darstellen, auch wenn der Lieferanspruch in physischer Form, zB in Gold, gedeckt ist (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 57). Das ist zweifelhaft, da diese (unverzinslichen) Lieferschuldverschreibungen eine Kapitalrückzahlung in den Emissionsbedingungen gerade ausschließen und dem Stpfl. nur bei Vorlage der Schuldverschreibung einen Anspruch auf eine bestimmte Menge zB Goldes gewähren. Vertretbar wäre deshalb, in diesen Schuldverschreibungen ein als Termingeschäft ausgestaltetes Finanzinstrument iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 zu sehen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass nach den Emissionsbedingungen die Auslieferung des Edelmetalls im Normalfall mit derart hohen Kosten verbunden ist, dass die Mehrzahl der Inhaber auf eine Auslieferung verzichten und lediglich marktbedingte Kurssteigerungen der Schuldverschreibungen realisieren wird. Eine Ablehnung der Anwendbarkeit des § 20 auf derartige Schuldverschreibungen würde zur Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 führen. Realisierte Kursgewinne wären dann außerhalb der Jahresfrist nicht stbar.

Lieferschuldverschreibungen ohne physische Deckung: Werden Inhaberschuldverschreibungen veräußert oder eingelöst, die einen Lieferanspruch auf Gold oder einen anderen Rohstoff verbriefen und durch Gold oder einen anderen Rohstoff in physischer Form nicht gedeckt sind, liegen nach Auffassung der FinVerw. Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 vor. Einnahmen aus der Veräußerung oder Einlösung sind danach Einkünfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 57; aA HAISCH/KRAMPE, FR 2010, 311 [318]; WEISSBRODT/MICHALKE, DStR 2012, 1533 [1535 f.]).

Schuldverschreibungen sind eine besondere Form des Darlehens, bei dem einem Schuldner mehrere Gläubiger gegenüberstehen. Herkömmliche Schuldverschreibungen weisen grds. eine feste, über die Laufzeit gleichbleibende Verzinsung auf, während sog. finanzinnovative Wertpapiere, wie Kombizins-, Gleitzins-, Index- oder step-up/step-down-Anleihen, mit einer ungleichmäßigen Verzinsung ausgestattet sind. Diese Art der Verzinsung bietet dem Stpfl. die Möglichkeit, die Besteuerung der Zinsen zu minimieren, in dem er – je nach Ausgestaltung des Wertpapiers – die Zinsinnahmen in VZ mit geringer oder geringerer Steuerprogression verlagert. Einnahmen iSv. Nr. 7 liegen nur bei laufenden Erträgen vor. Ferner führt die Einlösung von Zinsscheinen dieser Anleihearten sowohl beim Ersterwerber als auch bei jedem weiteren Erwerber zu Einnahmen iSd. Nr. 7 Satz 1. Die Veräußerung von Zinsscheinen ohne die da-

zugehörige Schuldverschreibung führt zu Einnahmen aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b. Gleiches gilt für unverbriefte Zinsansprüche.

► *Zinsvariable Anleihen (Floater, reversible Floater)* sind Wertpapiere mit unterschiedlich langen Laufzeiten, bei denen die Verzinsung in regelmäßigen Abständen dem aktuellen Kapitalmarktzins angepasst wird. Die Zinsen aus derartigen Wertpapieren gehören zu den nach Nr. 7 Satz 1 stbaren Kapitalerträgen.

► *Endfälligkeit von Anleihen:* Von der Einlösung der Zinsscheine ist die Einlösung der Anleihe, dh. die Rückzahlung des überlassenen Kapitalbetrags durch den Schuldner (Emittenten), zu unterscheiden. Ein über die Rückzahlung des hingegen Kapital zusätzlich gezahlter Betrag ist stbare Einnahme nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 (s. Anm. 421, 511).

Zinslose Stundung von Kapitalforderungen: Nach der Rspr. des BFH enthält jede Kapitalforderung, die über eine längere Zeit als ein Jahr gestundet ist, einen Zinsanteil. Insbesondere Kaufpreisen, deren Laufzeit mehr als ein Jahr beträgt und die zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig werden, werden auch ohne diesbezügliche Vereinbarung in einen Zins- und einen Kapitalanteil zerlegt (stRspr.: BFH v. 25.6.1974 – VIII R 163/71, BStBl. II 1975, 431; v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160; v. 11.12.1986 – IV R 222/84, BStBl. II 1987, 553; v. 26.11.1992 – X R 187/87, BStBl. II 1993, 298; v. 15.7.1998 – I R 24/96, BStBl. II 1998, 728; BVerfG v. 7.6.1993 – 2 BvR 335/93, HFR 1993, 542). Hieraus ergibt sich bei Gegenleistungsrenten die durch die zeitliche Streckung des Entgelts bedingte Notwendigkeit, den Kapitalwert der Leistungen und deren Zinsanteil/Zinsanteile zu ermitteln. Gleiches gilt nach BFH v. 26.6.1996 (VIII R 67/95, BFH/NV 1996, 175) für Erbaugleichzahlungen, die in zwei Raten geleistet werden. Der Zinsanteil ist Einnahme nach Nr. 7 Satz 1; zur Frage der Doppelbesteuerung durch Schenkungsteuer GUMPP, DStZ 1995, 329. Die Modalitäten der Berechnung des Zinsanteils sind umstritten (BFH v. 26.11.1992 – X R 187/87, BStBl. II 1993, 298; v. 18.10.1994 – IX R 46/88, BStBl. II 1995, 169; KALMES, BB 1991, 1609). Bei der Berechnung des Zinsanteils ist nach § 12 Abs. 3 Satz 2 BewG regelmäßig ein Zinsfuß von 5,5 % zugrunde zu legen (BFH v. 20.8.1970 – IV 143/64, BStBl. II 1970, 807; v. 26.6.1996 – VIII R 67/95, BFH/NV 1996, 175). Diese Gesetzesauslegung hat das BVerfG in seinem Kammerbeschluss vom 7.6.1993 (2 BvR 335/93, HFR 1993, 542) als eine zulässige Auslegung des einfachen Rechts im Einzelfall angesehen und eine Überschreitung der durch das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 und Art. 28 iVm. Art. 2 Abs. 2 GG) dem Gericht bei der Auslegung von Gesetzen und bei der Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen nicht angenommen. Anders dagegen die Entscheidung BFH v. 14.2.1984 (VIII R 41/82, BStBl. II 1984, 550) in der die Zerlegung einer gestundeten Kaufpreisforderung in einen Kapital- und einen Zinsanteil mit der Folge, dass der Zinsanteil als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu besteuern wäre, abgelehnt wird, weil die Vertragsparteien den Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung weitgehend offen gelassen haben.

► *Verzicht auf Einnahmen:* Verzichtet der Verkäufer durch Vorverlegung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs auf Abzinsungsbeträge, so können die dadurch entgangenen Einnahmen auch bis VZ 2008 nicht als WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen abgezogen werden (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160). Ist die Forderung des Verkäufers fälschlicherweise in voller Höhe als Veräußerungsentgelt behandelt worden, so rechtfertigt die Aufteilung der Forderung in AK und Zinsaufwand beim Erwerber es nicht, die bestandskräftige Veranlagung des Veräußerers durch Zerlegung in Entgelt und Zinsein-

nahmen nach § 174 AO zu ändern (BFH v. 21.10.1980, BStBl. II 1981, 388; zust. MARTENS, StRK AO § 174 R. 4).

► *Zahlung der Kaufpreistraten ungewiss*: Lassen die Vertragspartner die Fälligkeit der Kaufpreisforderung bewusst offen, weil der Kaufpreis erst gezahlt werden soll, wenn der Käufer über die erforderlichen Mittel verfügt, so kann sie wirtschaftlich nicht einer Kapitalforderung iSd. Nr. 7 Satz 1 gleichgestellt werden. Eine Aufteilung in Zins- und Tilgungsanteil mit der Folge, dass ein nach Nr. 7 Satz 1 stbarer Zinsanteil vorliegt, ist nicht möglich (BFH v. 14.2.1984 – VIII R 41/82, BStBl. II 1984, 550).

Ertragsanteile aus Rentenrechten: Ertragsanteile von Bezügen aus Leibrenten, die Gegenleistung für den Erwerb eines WG des PV sind, werden mit ihrem vollen Nennbetrag – ohne Berücksichtigung eines Sparer-Freibetrags – nicht von Nr. 7 Satz 1, sondern von § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a erfasst. Der Sparer-Freibetrag des Abs. 4 aF ist dabei nicht zu berücksichtigen (BFH v. 18.5.2010 – X R 32-33/01, BStBl. II 2011, 675).

bb) Bedeutung von Kapitalrückzahlung und Entgelt in Nr. 7 (Satz 1 zweiter Satzteil)

296 (1) Rechtsentwicklung

Nach der bis einschließlich 31.12.1993 geltenden Gesetzesfassung unterlagen die Einnahmen aus sonstigen Kapitalforderungen nach Abs. 1 Nr. 7 nur dann der Besteuerung, wenn die Rückzahlung des überlassenen Kapitals zwischen Schuldner (Emittenten) und Gläubiger vereinbart worden war. Klassischer Anwendungsfall waren die im alten Gesetzestext noch ausdrücl. genannten Zinsen aus Darlehen oder Anleihen. In beiden Fällen stellen die Zinsen das Entgelt für die Überlassung des Kapitals dar. Zivilrechtlich liegt beiden Nutzungsformen die Abrede zugrunde, dass das überlassene Kapital aE der Laufzeit in Höhe des ursprünglich hingebenden Betrags vom Darlehensschuldner oder Anleiheemittenten an den Gläubiger zurückgezahlt werden muss.

In der vom 1.1.1994 bis 31.12.2008 geltenden Fassung des Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 war auch dann von stbaren Kapitalerträgen auszugehen, wenn

- die Kapitalrückzahlung nicht zugesagt ist, aber der Gläubiger für die Kapitalüberlassung ein Entgelt erhält oder es ihm zugesagt wird, wobei die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängen kann, zB Capped oder Range Warrants (gedeckte Optionsscheine, Bandbreiten-Optionen) oder
- die Rückzahlung des Kapitals zugesagt, aber die Zahlung eines Entgelts dem Grunde und der Höhe nach ungewiss ist, zB Anleihen mit indexierter Verzinsung; s. Anm. 297.

Kapitalanlagen, bei denen sowohl die Zahlung eines Ertrags als auch die Kapitalrückzahlung von einem ungewissen Ereignis abhängen, bei denen also beide Komponenten ungewiss sind (Anlagen mit Totalverlustrisiko wie zB Full-Index-Link Anleihen), wurden bis VZ 2008 nicht von Nr. 7 Satz 1 erfasst. Erträge aus solchen Schuldverschreibungen wurden nur unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF erfasst.

Mit der Umstellung der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte auf das System der abgeltenden KapErtrSt und der damit einhergehenden Ausweitung der Tatbestände des § 20 Abs. 1 und 2 ab 2009 sind nunmehr auch laufende Erträge aus Kapitalforderungen als Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Nr. 7 Satz 1 stbar, wenn sowohl die Kapitalrückzahlung als auch das Entgelt von einem un-

gewissen Ereignis abhängen und das Entgelt oder die Rückzahlung zugesagt oder geleistet wurde. Gewinne aus der Veräußerung, Einlösung oder Rückgabe unterliegen hingegen Abs. 2 (s. Anm. 421).

(2) Zusage der Kapitalrückzahlung ohne Zusage oder Gewährung des Entgelts für die Kapitalnutzung 297

Die Erweiterung des Begriffs „Kapitalforderungen“ durch das StMBG hatte dazu geführt, dass seit 1994 neben Kapitalforderungen mit einer festen gleichmäßigen oder ungleichmäßigen Verzinsung auch die Kapitalforderungen von Abs. 1 Nr. 7 erfasst werden, bei denen die Höhe der Erträge von einem ungewissen Ereignis abhängt. Dazu gehören in erster Linie sog. Indexanleihen, bei denen – wie bei herkömmlichen Anleihen – die Rückzahlung des zur Nutzung überlassenen Nennkapitals zugesagt, die Höhe des Nutzungsentgelts (Zinsen) aE der Laufzeit aber an die Entwicklung eines bestimmten Index, zB den Deutschen Aktienindex (sog. DAX-Money-Back-Certificate), den Rentenindex (REX), den Lebenshaltungs- oder Goldindex oder einen ausländ. Aktienindex (Nikkei-Index, Dow Jones Index ua.) gekoppelt ist. Der Stpfl. nimmt mit solchen Wertpapieren und Kapitalforderungen indirekt an der Wertentwicklung eines bestimmten Marktes (Aktien- oder Rentenmarkt) teil.

Indexierte Zinserträge sind – wie bei herkömmlichen Anleihen – mit Fälligkeit der Zinsscheine oder Zinsforderungen erzielte Kapitalerträge iSd. Nr. 7 Satz 1, wenn die Rückzahlung des Kapitals vom Schuldner zugesagt ist.

Indexierte Kapitalrückzahlung mit Rückzahlungsgarantie: Hat der Schuldner die Rückzahlung des Kapitals in Höhe des gezahlten Nennbetrags und darüber hinaus einen an einen Index gekoppelten Mehrbetrag zugesagt, so ist die Differenz (Mehrertrag) zwischen dem überlassenen Kapital (Nennbetrag) und dem aE der Laufzeit vom Emittenten an den Ersterwerber zurückgezahlten Kapitalbetrag stpfl. Ertrag iSd. Nr. 7 Satz 1 (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 106/69, BStBl. II 1974, 735). In diesen Fällen ist die Rückzahlung des Nennbetrags zugesichert, die Höhe des Differenzbetrags aber ungewiss.

(3) Zusage oder Leistung des Entgelts für die Kapitalnutzung ohne Zusage der Kapitalrückzahlung 298

Schuldverschreibungen können in bestimmten Fällen (zB Inhaber-Schuldverschreibungen mit DAX-gebundenem Rückzahlungsrecht) derart ausgestattet sein, dass sie fest oder variabel verzinst werden, die Rückzahlung des überlassenen Kapitals jedoch an einen bestimmten Index (DAX, REX ua.) gebunden ist. Diese Art von Anleihen fallen ebenfalls unter den Tatbestand des Nr. 7 Satz 1, auch wenn lediglich die Zahlung eines Nutzungsentgelts zugesagt oder geleistet wird, die Rückzahlung des Kapitals dagegen ungewiss ist. Je nach Ausgestaltung des Papiers besteht die Möglichkeit, dass das Kapital nur teilweise oder gar nicht zurückgezahlt wird. Ob und in welcher Höhe eine Kapitalrückzahlung stattfindet, hängt von der Höhe des Stands des Index zu einem im Voraus bestimmten Zeitpunkt und der Vereinbarung einer Mindestkapitalrückzahlung ab. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass der Stpfl. – wieder in Abhängigkeit vom Stand des Index – eine höhere Kapitalsumme zurückerhält als er dem Schuldner überlassen hat. Dieser Mehrertrag ist allerdings anders als die laufenden Zinsen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 stbarer Kapitalertrag.

299 **(4) Keine Zusage oder Leistung der Kapitalrückzahlung und des Entgelts**

Entsprechend der gesetzgeberischen Intention bei der Erweiterung des § 20 und der Einführung der Abgeltungsteuer durch das UntStReformG 2008, alle Erträge und Vermögensmehrungen aus der Anl. privaten Kapitals der Besteuerung zu unterwerfen, werden seit 2009 nunmehr auch Erträge aus risikobehafteten Kapitalanlageprodukten erfasst. Produkte, bei denen sowohl das Entgelt als auch die Kapitalrückzahlung von einem ungewissen Ereignis abhängen, fielen bis 2008 nicht in den Anwendungsbereich der Nr. 7 Satz 1, sondern gehörten zu den Termingeschäften, deren Erträge nur unter den zeitlichen Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF stbar waren. Mit Einbeziehung dieser Erträge in die Nr. 7 Satz 1 ist der Anwendungsbereich der Vorschrift wesentlich erweitert. Es kommt mithin für die Anwendung der Nr. 7 nicht mehr darauf an, dass die Rückzahlung des überlassenen Kapitals oder ein Entgelt für die Überlassung zugesagt oder „gewährt“ worden ist. Nach der Neufassung genügt es, wenn die Rückzahlung oder das Entgelt zugesagt oder tatsächlich „geleistet“ wird. Während der bisherige Begriff „gewährt“ als eine Art der Garantiezusage gewertet wurde, lässt sich aus dem Begriff „geleistet“ eine solche Garantiezusage nicht mehr ableiten (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmenssteuerreform 2008, Köln 2007, 40). Die Nr. 7 Satz 1 korrespondiert zudem jetzt mit Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 nach dem alle Einnahmen aus der Rückzahlung, Einlösung, Veräußerung oder Abtretung von Wertpapieren oder unverbrieften Kapitalforderungen, auch wenn sowohl die Rückzahlung und als auch das Entgelt ungewiss sind, ohne Berücksichtigung der Besitzzeit als Kapitalertrag stbar sind.

Erträge aus Risiko-Zertifikaten ohne Kapitalgarantie: In den Anwendungsbereich des Nr. 7 Satz 1 fallen nunmehr die Erträge aus vollindexierten Schuldverschreibungen, sog. Full-Index-Link-Anleihen, bei denen sowohl die Zinsen als auch die Kapitalrückzahlung von einem im vorhinein bestimmten Index abhängen. Ebenso werden die Erträge aus Options- und Termingeschäften sowie aus Zertifikaten, die keine Kapitalrückzahlungsgarantie in ihren Emissionsbedingungen vorsehen, erfasst. Die Unterscheidung von Garantie-Zertifikaten (bisher Nr. 7 Satz 1) und solchen ohne Kapitalgarantie (bisher § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 aF) ist somit seit 2009 obsolet. Die Erträge beider Zertifikatsarten werden nunmehr gleich behandelt. Nicht stbare Kapitalerträge gibt es in diesem Bereich nicht mehr.

300 **(5) Erträge aus Risiko-Zertifikaten mit nur teilweiser Kapitalrückzahlungsgarantie (alte Rechtslage)**

Bis zur Entscheidung des BFH v. 4.12.2007 (VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563; Anm. HARENBERG, FR 2008, 522; GEURTS, DStZ 2008, 177; MORITZ, BBEV 2008, 153) war umstritten, ob das Tatbestandsmerkmal „Rückzahlung des Kapitalvermögens“ immer eine vollständige Rückzahlung des investierten Kapitals voraussetzt oder ob von einer Kapitalrückzahlung auch bei einer Rückzahlungsgarantie über 10 % des Kapitals auszugehen ist. Die FinVerw. lies eine Garantie von 10 % ausreichen, um diese Zertifikate als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 aF einzuordnen und die Erträge ohne eine Behaltensfrist nach § 20 als stbar anzusehen (BMF v. 16.3.1999, BStBl. I 1999, 433). Nach der Entscheidung des VIII. Senats des BFH v. 4.12.2007 (VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563) ist der Überschuss aus der Veräußerung von Indexzertifikaten mit einer garantierten Mindestrückzahlung nur hinsichtlich des Teils stbar, der der garantierten Min-

destrückzahlung zuzuordnen ist. Soweit der Stpfl. das der Höhe nach eindeutig bestimmbare Risiko eines Kapitalausfalls eingegangen ist, soll der bei Veräußerung der Zertifikate erzielte Mehrbetrag nicht zum stbaren Bereich der Nr. 7 Satz 1 gehören. Die Höhe des stbaren Teils des insgesamt erzielten Mehrbetrags bestimmt sich dabei nach der Relation zwischen der Mindestrückzahlung und der Differenz aus dem Nominalbetrag der Anl. und der Mindestrückzahlung (Risikobereich).

Beispiel: A ist Inhaber eines Zertifikats, bei dem die Rückzahlung des Kapitals an die Wertentwicklung des DAX gebunden ist. Laufende Zinsen werden nicht gezahlt. Der Emissionspreis betrug 4000 €. Steht der DAX im Zeitpunkt der Rückzahlung 2008 unter 4000 Punkten, erhält A eine Rückzahlung von 10 % des hingegebenen Kapitals. Am Ende der Laufzeit (2008) erhält er 5000 € ausgezahlt. Von der Differenz aus Rückzahlung und AK von 1000 € sind nur 100 € (10 %) als Einnahmen aus Nr. 7 Satz 1 stbar. Der restliche Betrag von 900 € ist nur unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF stl. zu erfassen

(6) Neue Rechtslage für Teil-Garantie-Zertifikate ab 2009

301

Die Ergänzung des Wortlauts von Nr. 7 Satz 1 durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BStBl. I 2007, 630), mit der ausdrükl. die Abhängigkeit der Höhe der Kapitalrückzahlung und die Abhängigkeit der Entgeltzahlung von einem ungewissen Ereignis für unbeachtlich erklärt wurde, nahm die Entscheidung des VIII. Senats des BFH v. 4.12.2007 (VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563) bereits vorweg (BTDrucks. 16/5377, 90). Ab VZ 2009 fallen auch sonstige Kapitalforderungen, bei denen sowohl die Höhe des Entgelts (Zinsen) als auch die Höhe der Kapitalrückzahlung von einem ungewissen Ereignis abhängen unter den Tatbestand der Nr. 7. Davon sind auch Zertifikate mit nur teilweiser Kapitalrückzahlungsgarantie erfasst (glA Haisch, DSStZ 2007, 762; Geurts, DSStZ 2007, 342). Auf eine Aufteilung des Rückzahlungsmehrbetrags – wie vom BFH entschieden – kommt es zukünftig nicht mehr an.

Zeitlicher Anwendungsbereich des erweiterten Abs. 1 Nr. 7 Satz 1: Die Nr. 7 Satz 1 idF des UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BStBl. I 2007, 630) ist gem. § 52a Abs. 8 erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden, die dem Stpfl. nach dem 31.12.2008 zufließen. Die Anschaffung der Kapitalanlage spielt bei der Besteuerung der Erträge keine Rolle. Einen Bestandsschutz für Anschaffungen vor dem 1.1.2009 gibt es nicht, da es lediglich auf den Zufluss der Erträge, nicht auf die Anschaffung des Wertpapiers ankommt. Somit sind laufende Erträge, zB aus Risiko-Zertifikaten, die vor dem 1.1.2009 bzw. 15.3.2007 erworben wurden, erst ab 2009 nach Nr. 7 Satz 1 zu versteuern.

Zeitlicher Anwendungsbereich für teilgarantierte Zertifikate: Mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BStBl. I 2009, 74) wurde § 52a Abs. 10 Satz 7 um eine zeitliche Anwendungsregel für teilgarantierte Zertifikate und andere Schuldverschreibungen ergänzt, bei denen eine leichte Trennung zwischen Ertrags- und Vermögensebene, also zwischen Zinszahlung und Wertzuwachs, möglich ist. Diese Anleihearten wurden damit in den Bereich der Finanzinnovationen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF) einbezogen. Da es für Schuldverschreibungen iSd. alten Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 beim Übergang zur Abgeltungsteuer generell keinen Bestandsschutz für Anschaffungen vor dem 1.1.2009 gibt (§ 52a Abs. 10 Satz 7), entfällt der Bestandsschutz nunmehr auch für teilgarantierte Zertifikate und andere Schuldverschreibungen dieser Art wie zB Floating Rate Notes (Floater) oder Down-Rating-Anleihen.

Bedeutung der Versagung des Bestandsschutzes: Die Versagung des Bestandsschutzes für Teilgarantiezertifikate kann erhebliche materiell-rechtl. Auswirkung haben, da in den Kreis der vom Bestandsschutz ausgenommenen, für vor dem 31.12.2008 erworbene Schuldverschreibungen, die allesamt Finanzinnovationen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF sind, nunmehr auch Schuldverschreibungen einbezogen werden, die ursprünglich bei Verabschiedung des UntStReformG 2008 – zumindest dem Wortlaut des § 52a Abs. 10 Satz 7 nach – nicht dazu gehören sollten. Der Auslöser für diese Ergänzung der Anwendungsvorschrift liegt in der Entscheidung des BFH v. 4.12.2007 (VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563), mit der Indexzertifikate mit garantierter Teilrückzahlung – soweit die Erträge den Garantiebereich betrafen – als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 angesehen wurden. Damit ist der Bestandsschutz für Zertifikate mit teilgarantierter Kapitalrückzahlung oder von Anleihen, bei denen eine leichte Trennung von Ertrags- und Vermögensebene möglich ist, wie zB bei Floating Rate Notes (Floater) oder Aktienanleihen, ebenfalls ausgeschlossen. Der ab 2009 erzielte Veräußerungsgewinn auch aus solchen Anlageprodukten unterliegt ab 2009 immer den neuen Regeln des Abs. 2 und damit der Abgeltungsteuer, unabhängig davon, wann die Schuldverschreibung (Zertifikat) oder Kapitalforderungen angeschafft wurden.

Verfassungsrechtliche Bedenken: Aus Sicht des Stpfl. kann sich die Neuregelung sowohl belastend als auch – in Verlustfällen – begünstigend auswirken.

Beispiel 1: Der Stpfl. A hat im Jahr 2005 eine Stufenzinsanleihe zum Preis von 1000 € erworben, die er im Jahr 2009 zum Kurs von 1100 € verkauft. Nach der Ergänzung des Abs. 10 Satz 7 unterliegt der Gewinn von 100 € bereits der Abgeltungsteuer (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 4). Bestandsschutz – wie bei herkömmlichen Festzinsanleihen – tritt nicht ein.

Beispiel 2: Der Stpfl. B hat im Jahr 2005 eine Unternehmensschuldverschreibung zum Preis von 1000 € erworben, deren Verzinsung vom Rating des emittierenden Unternehmens abhängt. Im Jahr 2009 veräußert er die Schuldverschreibung zum Kurs von 800 €. Der Verlust von 200 € ist als negative Einnahme aus Kapitalvermögen mit positiven Kapitalerträgen verrechenbar.

Die Ergänzung des § 52a Abs. 10 Satz 7 enthält scheinbar eine unechte Rückwirkung, da in der Vergangenheit liegende Anschaffungen betroffen sind, aber die Rechtsfolgen erst bei Veräußerung oder Einlösung ab dem 1.1.2009 eintreten. Regelungen mit unechter Rückwirkung sind nach der Rspr. des BVerfG grds. zulässig. Jedoch bestehen aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit verfassungsrechtl. Schranken, wobei Rechtssicherheit in erster Linie für den Stpfl. Vertrauensschutz bedeutet.

► *Schranken des Vertrauensschutzes:* Das Vertrauen des stpfl. Kapitalanlegers ist namentlich dann enttäuscht, wenn das Gesetz einen entwertenden Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht zu rechnen brauchte, den er also auch bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte. Indessen kann sich der Einzelne dann nicht auf den Schutz seines Vertrauens berufen, wenn sein Vertrauen auf den Fortbestand einer ihm günstigen Regelung eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber billigerweise nicht beanspruchen darf (BVerfG v. 9.2.1983 – 1 BvL 8/80, 1 BvL 16/81, 1 BvR 257/80, 1 BvR 890/80, 1 BvR 1357/81, BVerfGE 63, 152; v. 28.11.1984 – 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287). Der Stpfl. kann grds. nicht darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber StVergünstigungen und stl. Freiräume aufrechterhält sowie von der Erhebung zusätzlicher Steuern absieht (BVerfG v. 8.3.1983 – 2 BvL 27/81, BVerfGE 63, 312, mwN). Der verfassungsrechtl. Vertrauensschutz geht aber nicht soweit, den Begünstigten vor jeder „Enttäuschung“ seiner Erwartungen in die Dauerhaftigkeit der Rechtslage zu

bewahren; vielmehr müssen auf seiner Seite gewichtige zusätzliche Interessen angeführt werden können, die den öffentlichen Interessen vorgehen. Ein derartig überwiegendes, schutzwürdiges Vertrauen der Stpfl. dürfte hier nicht anzunehmen sein. Vertrauen auf die Nichtsteuerbarkeit von realisierten Kursgewinnen bestimmter finanzinnovativer Schuldverschreibungen kann sich allenfalls bei deren Anschaffung nach der angeführten Rspr. des BFH gebildet haben, denn zuvor ergab sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, dass bei allen Finanzinnovationen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. a–d aF generell die Emissionsrendite oder Marktrendite zu stbarem Kapitalertrag führte. Dagegen kann das vom Gesetzgeber angeführte überwiegende öffentliche Interesse an einer einfachen und praktikablen Besteuerung privater Kapitalerträge im Rahmen des Abgeltungsteuersystems, unabhängig davon, dass sich die Neuregelung auch zugunsten des Stpfl. auswirken kann, uE die Rückwirkung nicht rechtfertigen.

Stellungnahme: Die Ergänzung des § 52a Abs. 10 Satz 7 enthält uE lediglich eine Klarstellung und keine rückwirkende Regelung. § 52a Abs. 10 Satz 7 idF des UntStReformG 2008 schloss bereits die Bestandsschutzregel des § 52a Abs. 10 Satz 6 für Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF, also für sog. Finanzinnovationen, aus. Darunter fallen dem Wortlaut nach alle Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen, die die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a–d aF erfüllen. Auch nach der zuvor genannten Rspr. des BFH gehören dazu beispielsweise variabel verzinsten Schuldverschreibungen (Floater), auf- oder abgezinste Anleihen (Zero-bonds), Stripped Bonds, Stufenzinsanleihen oder Down-Rating-Anleihen. Die Rspr. des BFH bezog sich lediglich auf die Frage, ob bei einer Veräußerung oder Einlösung dieser Wertpapiere als Bemessungsgrundlage für den stbaren Kapitalertrag nach Wahl des Stpfl. die Emissionsrendite oder die Differenz von Verkaufserlös und AK, also die Marktrendite, anzusetzen ist. Die Zuordnung der einzelnen Schuldverschreibungen zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF wurde nicht in Zweifel gezogen. Lediglich die Ermittlung des Kapitalertrags machte der BFH davon abhängig, ob die Schuldverschreibungen eine Emissionsrendite hatten und ob die Ertragsebene (Zinsertrag) von der Vermögensebene (Wertzuwachs) leicht abgrenzbar war oder nicht. Das Problem der Rückwirkung stellt sich wegen der Änderung des § 52a Abs. 10 Satz 7 uE nicht.

Einstweilen frei.

302–304

c) Bezeichnung und zivilrechtliche Ausgestaltung der Kapitalanlage ohne Bedeutung (Abs. 1 Nr. 7 Satz 2)

aa) Bezeichnung der Kapitalanlage

305

Für die stl. Erfassung von Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 kommt es nach dessen Satz 2 nicht auf die von den Beteiligten gewählte Bezeichnung für die Kapitalanlage an. Ausschlaggebend ist allein, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Entgelt für die Überlassung von Kapital vereinbart oder geleistet wird (zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise BVerfG v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90, BStBl. II 1991, 212 [213 f.]). Dieser Grundsatz galt bereits vor Einfügung des Satz 1 in die Nr. 7 durch das StBMG 1994 (BFH v. 22.10.1987 – IV R 17/84, BStBl. II 1988, 62; BMF v. 30.4.1993, BStBl. I 1993, 343). Insoweit enthält Satz 2 lediglich eine Klarstellung dieses allgemeinen Grundsatzes (SCHUMACHER, DStR 1996, 1505). Demnach ist die Besteuerung zB von Erträgen aus *Capped* oder *Range Warrants* grds. unabhängig davon, dass diese Produkte als „Optionscheine“ (*Warrants*) bezeichnet werden, obwohl sie wirtschaftlich keine klassi-

schen Optionsgeschäfte darstellen. Vielmehr werden bei diesen Kapitalanlagekonstruktionen außerhalb eines Wertpapiers zwei gegenläufige oder mehrere (*Range Warrants*) sich einander ergänzende „Optionen“ verbrieft und formal an einen Index gekoppelt. Die Index-Stände werden dabei aber so gewählt, dass – wie immer der Index sich tatsächlich entwickelt – dem Inhaber ein Kapitalertrag sicher ist (SCHEURLE, DB 1994, 445).

306 bb) Ausgestaltung der Kapitalanlage

Die Steuerbarkeit von Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 ist nach Satz 2 der Vorschrift unabhängig davon, welche zivilrechtl. Gestaltung die Kapitalanlage hat. Auch hierbei handelt es sich uE lediglich um eine Klarstellung (aA SCHUMACHER, DStR 1996, 1505), auch wenn der Gesetzgeber mit dem StBMG v. 1994 versucht hatte, den Umfang der stbaren Einnahmen dadurch zu erweitern, dass nunmehr auch Kapitalanlagen in die Besteuerung einbezogen werden, die sich aufgrund ihrer rechtl. Gestaltung zunächst nicht als Kapitalüberlassungsverhältnis darstellen. Satz 2 enthält uE also keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern bezieht sich eindeutig auf den Satz 1 der Nr. 7. Das bedeutet, dass – wie immer die Beteiligten ihre Kapitalanlage bezeichnen und wie immer sie die Anl. rechtl. ausgestalten – eine Kapitalüberlassung gegen Entgelt und damit – zumindest wirtschaftlich – eine Kapitalforderung vorliegen muss. Deshalb fallen klassische Optionsgeschäfte nicht unter Abs. 1 Nr. 7, sondern allenfalls unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b. Erst die mit der Systemumstellung auf die Abgeltungsteuer in Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und b und Satz 1 eingefügten Tatbestände machen eine Besteuerung von Erträgen aus Options- und Termingeschäften möglich, soweit die Geschäfte nach dem 31.12.2008 eingegangen oder begründet wurden.

Verhältnis des Satzes 2 zu § 42 AO: Nr. 7 Satz 2 muss als besondere Ausprägung des allgemeinen Missbrauchstatbestands in § 42 AO gesehen werden (SCHUMACHER, DStR 1996, 1505). Beide Tatbestände unterscheiden sich lediglich dadurch, dass Satz 2 keine Unangemessenheit der rechtl. Gestaltung verlangt. Somit werden auch rechtl. Gestaltungen erfasst, die nicht nur durch stl., sondern durch andere wirtschaftliche, nicht stl. Gründe motiviert sind. Die Rechtsfolgen beider Vorschriften sind identisch. Erträge aus Kapitalanlagen, die nach ihrer zivilrechtl. Gestaltung keine Kapitalforderung iSd. Satzes 1 enthalten, werden gleichwohl von Nr. 7 Satz 1 erfasst, wenn sie sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Entgelt für eine Kapitalüberlassung darstellen.

Beispiel: Anleger A erwirbt 2009 eine unverzinsliche Schuldverschreibung ohne Laufzeitbegrenzung oder Kapitalrückzahlungsanspruch zum Preis von 100 €. Die Schuldverschreibung gewährt lediglich auf Verlangen des Gläubigers (Inhaber der Schuldverschreibung) die Auslieferung einer bestimmten Menge eines Edelmetalls, zB Gold. Die Kosten der Auslieferung hat der Gläubiger (Inhaber) zu tragen. Nach Ablauf von 13 Monaten verkauft er die Schuldverschreibung zu 120 €. Nach der zivilrechtl. Ausgestaltung liegt hier keine Kapitalforderung iSd. Nr. 7 Satz 1 vor, da A nur einen Lieferanspruch auf eine bestimmte Menge Goldes, nicht aber einen Anspruch auf Kapitalrückzahlung hat. Gleichwohl könnte die zivilrechtl. Gestaltung hier unbeachtlich sein und der Gewinn aus der Veräußerung von 20 € allerdings nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu erfassen sein, da keine laufende Verzinsung vereinbart ist.

d) Steuerpflicht von Erstattungszinsen gem. § 233a AO (Abs. 1 Nr. 7 Satz 3)**aa) Rechtsentwicklung**

307

Mit Urt. v. 15.6.2010 (VIII R 33/07, BStBl. II 2011, 503) hat der BFH seine bisherige Auffassung zur Steuerbarkeit von Erstattungszinsen gem. § 233a AO (s. BFH v. 8.11.2005 – VIII R 105/03, BFH/NV 2006, 527, mwN) aufgeben. Die Regelung in § 12 Nr. 3 enthalte einen allgemeinen Rechtsgedanken dahingehend, dass Erstattungszinsen gem. § 233a AO schlechthin dem nicht stbaren Bereich zuzuweisen sind (BFH v. 15.6.2010 – VIII R 3/07, BStBl. II 2011, 503 – Tz. 19 ff.). Der Gesetzgeber hat darauf mit dem JStG 2010 reagiert und Satz 3 an Abs. 1 Nr. 7 angefügt. Danach sind Erstattungszinsen gem. § 233a AO (wieder) stpfl. Die Vorschrift ist in allen Fällen anzuwenden, in denen die Steuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist (§ 52a Abs. 8 Satz 2). Die geänderte BFH-Rspr. dürfte allerdings nur auf VZ ab 2000 anwendbar sein, weil Nachzahlungszinsen gem. 10 Abs. 1 Nr. 5 aF bis VZ 1999 als SA abziehbar waren (FG Berlin-Brandenb. v. 21.12.2011 – 12 K 12212/10, EFG 2012, 1275, rkr., betr. VZ 1997).

bb) Steuerbarkeit von Erstattungszinsen

308

Es ist zunächst bezweifelt worden, ob der Gesetzgeber mit Abs. 1 Nr. 7 Satz 3 sein Ziel überhaupt habe erreichen können. Vielmehr sei die Zuweisung zum nicht stbaren Bereich durch § 12 Nr. 3 ungeachtet der Gesetzesänderung zu beachten (zB ZIEGLER, StuB 2010, 810 [820]; FG Münster v. 10.5.2012 – 2 K 1947/00 E, EFG 2012, 1750, nrkr., Az. BFH VIII R 28/12). Dieser Auffassung kann uE nicht gefolgt werden. Zwar handelt es sich – anders als in der amtlichen Gesetzesbegründung behauptet (vgl. BTDrucks. 17/3549, 17) – nicht lediglich um eine Klarstellung, sondern angesichts der geänderten BFH-Rspr. um eine konstitutive Regelung. Gleichwohl ist der Gesetzgeber berechtigt, derartige rechtsprechungsdurchbrechende Gesetze zu erlassen. Auch steht § 12 Nr. 3 einer Steuerbarkeit nicht entgegen. § 12 betrifft nur den Abzug von Aufwendungen und wird durch spezielle Regelungen in § 10 Abs. 1 Nr. 1, 2 bis 5, 7 und 9 sowie den §§ 10a, 10b, 33 bis 33b verdrängt. Demzufolge muss aber auch der vom BFH aus § 12 Nr. 3 herausgelesene Grundsatz der Nichtsteuerbarkeit entsprechender Einkünfte durch spezielle Regelungen in §§ 13 bis 24 verdrängt werden können (glA FG Rhld.-Pf. v. 29.5.2012 – 3 K 1954/11, EFG 2012, 1656 [1657], nrkr., Az. BFH VIII R 26/12; RUBLACK, FR 2011, 173 [174 f.]; BALLIET, DStZ 2012, 436 [437 f.]; THIEMANN, FR 2012, 673 [678 ff.]; aA KANZLER, FR 2010, 1045). Es liegt auch kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz darin, dass Nachzahlungszinsen nicht abziehbar sind (BFH v. 12.11.2013 – VIII R 36/10, DStR 2014, 316 – Tz. 21 ff., glA FG Münster v. 16.12.2010 – 5 K 3626/03 E, EFG 2011, 649 [650 f.], nrkr., Az. BFH VIII R 1/11; FG Hamb. v. 22.3.2013 – 6 K 69/11, EFG 2013, 1234 [1236], nrkr., Az. BFH VIII R 30/13; THIEMANN, FR 2012, 673 [678]; krit. RUBLACK, FR 2011, 173 [174]; BALLIET, DStZ 2012, 436 [437 f.]).

Rückwirkung: Die mit der Anwendungsregelung (§ 52a Abs. 8 Satz 2) verbundene Rückwirkung ist ausnahmsweise zulässig, weil sich nach der Änderung der Rspr. noch kein schutzwürdiges Vertrauen herausbilden konnte (BFH v. 12.11.2013 – VIII R 36/10, DStR 2014, 316 – Tz. 26 ff.).

GlA FG Münster v. 16.12.2010 – 5 K 3626/03 E, EFG 2011, 649, nrkr., Az. BFH VIII R 1/11; FG Düss. v. 28.7.2011 – 13 K 1097/08 E, AO, Haufe-Index 3415814, nrkr., Az. BFH VIII R 38/11; FG Düss. v. 28.7.2011 – 13 K 1098/08 E, AO, Haufe-Index

3415815, nrkr., Az. BFH VIII R 39/11; Nds. FG v. 21.9.2011 – 5 K 332/06, Haufe-Index 2945025, nrkr., Az. BFH VIII R 48/11; FG München v. 7.2.2012 – 6 K 1151/09 DSr-E 2013, 521, rkr.; FG Rhld.-Pf. v. 29.5.2012 – 3 K 1954/11, EFG 2012, 1656, nrkr., Az. BFH VIII R 26/12; FG Hamb. v. 22.3.2013 – 6 K 69/11, EFG 2013, 1234, nrkr., Az. BFH VIII R 30/13; BALLIET, DStZ 2012, 436 (440); THIEMANN, FR 2012, 673 (683 f.). Ernstliche Zweifel (§ 69 FGO) an der Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung äußern hingegen BFH v. 22.12.2011 – VIII B 146/11, BFH/NV 2012, 575; v. 22.12.2011 – VIII B 190/11, BStBl. II 2012, 243; v. 9.1.2012 – VIII B 95/11, BFH/NV 2012, 575 (aA Vorinstanz Schl.-Holst. FG v. 1.6.2011 – 2 V 35/11, EFG 2011, 1687); Schl.-Holst. FG v. 27.1.2012 – 1 V 226/11, EFG 2012, 619, rkr.; FG Sachs.-Anh. v. 9.2.2012 – 4 V 953/11, EFG 2012, 1469, rkr.; krit. auch RUBLACK, FR 2011, 173 (174 f.). Der BFH hält die im summarischen Verfahren geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung indes nach Prüfung im Hauptsacheverfahren nicht mehr für durchgreifend (BFH v. 12.11.2013 – VIII R 36/10, DSr 2014, 316 – Tz. 29). Im betrieblichen Bereich besteht hingegen keine Rückwirkungsproblematik (BFH v. 15.2.2012 – I B 97/11, BStBl. II 2012, 697; krit. PAUS, DStZ 2012, 432).

Erstattungsinsen: Abs. 1 Nr. 7 Satz 3 erfasst sämtliche Erstattungsinsen iSv. § 233a AO. Unerheblich ist insbes., bei welcher Steuerart diese angefallen sind. Die Rückzahlung von Nachzahlungszinsen aufgrund einer Änderung der StFestsetzung stellen keine Erstattungsinsen dar (BayLfSt., DStR 2011, 411). Fraglich ist allerdings, ob damit sämtliche Erstattungsinsen stbar sind. Insbesondere handelt es sich bei Prozesszinsen auf Erstattungsbeträge (§ 236 AO) nicht um Erstattungsinsen iSv. § 233a AO. Die Überlegungen des BFH sind uE jedoch insoweit übertragbar, so dass diese Zinsen ebenfalls nicht (mehr) stbar sind. Aufgrund der Argumentation des BFH beträfe dies aber wohl nur Zinsen zu den in § 12 Nr. 3 genannten Steuern.

Zeitliche Erfassung: Unerheblich ist es ferner, für welchen VZ die Erstattungsinsen zu zahlen sind. Maßgeblich für die Besteuerung ist der VZ, in dem die Erstattungsinsen tatsächlich zugeflossen sind. Zur StErhebung (Pflichtveranlagung, kein KapErtrStAbzug) s. Anm. 312.

Die Rückzahlung von Erstattungsinsen aufgrund einer späteren Änderung der StFestsetzung soll nach Auffassung des BayLfSt. (DStR 2011, 411) zu neg. Einnahmen und nicht zu WK führen, die sich auch im Rahmen der Abgeltungssteuer stmindernd auswirken.

309 Einstweilen frei.

e) Sonderfälle der Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen

310 aa) Darlehen zwischen nahen Angehörigen

Verträge zwischen nahen Angehörigen sind mit ertragstl. Wirkung nur anzuerkennen, wenn sie

- ausreichend klar, ernsthaft und zivilrechtl. wirksam vereinbart sind,
- einem Fremdvergleich standhalten und
- tatsächlich entsprechend der Vereinbarung durchgeführt werden.

Dies gilt auch für Darlehensverträge zwischen nahen Angehörigen. Entsprechen die Verträge nicht den vorgenannten Voraussetzungen, hat der nahe Angehörige die ihm zugeflossenen Darlehenserträge nicht nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 zu versteuern (stRSpr., zB BFH v. 2.8.1994 – VIII R 65/93, BStBl. II 1995, 264).

Hinsichtlich der Einzelheiten der für die stl. Anerkennung notwendigen Voraussetzungen s. Anm. 165 ff.

Zum Fremdvergleich bei Darlehensverträgen zwischen nahen Angehörigen s. BFH v. 18.12.1990 – VIII R 290/82, BStBl. II 1991, 391; BMF v. 1.12.1992, BStBl. I 1992, 729; zur Frage, ob ausreichende Sicherheiten gewährt werden, s. BFH v. 7.11.1990 – X R 126/87, BStBl. II 1991, 291; v. 18.12.1990 – VIII R 290/82, BStBl. II 1991, 391; BMF v. 25.5.1993, BStBl. I 1993, 410.

Verfahrensfragen: Ist bei einer EStVeranlagung des Darlehensempfängers der Darlehensvertrag nach den vorstehenden Grundsätzen stl. nicht anerkannt und der Abzug der Zinsen zB als BA versagt worden, so kann die bereits bestandskräftige Veranlagung des Darlehensgebers, der die Zinsen nach Abs. 1 Nr. 7 bereits versteuert hat, nach § 173 Abs. 1 Satz 2 AO wegen neuer Tatsachen geändert werden, wenn dem VeranlagungsFA nicht bekannt war, dass es sich um ein Darlehen unter nahen Angehörigen gehandelt hat (BFH v. 2.8.1994 – VIII R 65/93, BStBl. II 1995, 264). Diese Änderung ist versagt, wenn das Angehörigenverhältnis bekannt war. Die Versagung des Abzugs selbst ist keine neue Tatsache iSd. § 173 Abs. 1 AO.

bb) Schenkweise Überlassung der Darlehensmittel durch den Darlehensempfänger 311

Der BFH (v. 10.4.1984 – VIII R 134/81, BStBl. II 1984, 705; v. 12.2.1993 – X R 121/88, BStBl. II 1993, 468) hat entschieden, dass die vom Darlehensschuldner gezahlten Darlehenszinsen nicht als BA abziehbar (und damit vom Darlehensempfänger nicht nach Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 zu versteuern) sind, wenn sich ein Stpfl. (Vater) notariell verpflichtet, seinen Kindern unentgeltlich Geldbeträge zuzuwenden, die laut Vertrag sogleich dem Vater wieder als Darlehen zur Verfügung zu stellen sind; diese Gestaltung sei stl. nicht anzuerkennen; die gezahlten Zinsen seien Zuwendungen iSd. § 12 Nr. 2. Zum gleichen Ergebnis ist der BFH (v. 26.3.1996 – IX 51/92, BStBl. II 1996, 443) in einem Fall gekommen, in dem zwischen Schenkung durch die Eltern und Darlehensgewährung durch ein minderjähriges Kind ein Zeitraum vom sechs Monaten lag; der BFH hat dies damit begründet, dass ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts iSd. § 42 AO vorliege, weil dem Rechtsgeschäft ein Gesamtplan der Darlehensempfänger (Eltern) zur Schaffung von WK zugrunde gelegen habe. Dieser Auffassung kann uE zumindest dann nicht zugestimmt werden, wenn das Kind, das das Darlehen gewährt, volljährig ist.

Die FinVerw. (BMF v. 1.12.1992, BStBl. I 1992, 729) hat sich der Auffassung der BFH v. 1.10.1984 (VIII R 134/81, BStBl. II 1984, 705) und v. 12.2.1993 (X R 121/88, BStBl. II 1993, 468) angeschlossen. Danach ist die Gestaltung stl. nicht anzuerkennen, wenn die Zuwendung des Geldbetrags davon abhängig gemacht wird, dass der Empfänger den Betrag als Darlehen wieder zurückgeben muss.

Diese Abhängigkeit wird in folgenden Fällen unwiderlegbar vermutet:

- Vereinbarung von Schenkung und Darlehen in ein und derselben Urkunde, oder zwar in mehreren Urkunden, aber innerhalb einer kurzen Zeit,
- Schenkung unter der Auflage der Rückgewähr als Darlehen,
- Schenkungsversprechen unter der aufschiebenden Bedingung der Rückgabe als Darlehen.

Die Abhängigkeit wird widerlegbar vermutet bei

- Vereinbarungsdarlehen nach § 607 Abs. 2 BGB aF (s. zum Vereinbarungsdarlehen auch Anm. 295),

- Darlehenskündigung mit Zustimmung des Schenkers,
- Zulässigkeit von Entnahmen durch den Beschenkten zulasten des Darlehenskontos nur mit Zustimmung des Schenkers.

Zur schenkweisen Überlassung der Darlehensmittel s. auch Anm. 177 ff.

312 f) Steuerabzug bei Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 7

Die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 7 war Grundlage für den nach der Entscheidung des BVerfG v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654) erstmals zum 1.1.1993 eingeführten KapErtrStAbzug auf Zinserträge mit einem StStz von 30 %. Die Kapitalerträge iSd. Nr. 7 unterlagen bis VZ 2008 auch dann dem StAbzug (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7), wenn es sich um Zinsen aus Anleihen und Forderungen handelte, die in ein öffentliches Schuldbuch (Bundeswertpapiere bzw. Wertrechtsanleihen) oder ein ausländ. Register eingetragen waren. Mit Zufluss ab 1.1.2009 unterliegen Zinserträge iSd. Nr. 7 erstmals der Abgeltungsteuer, die insoweit den bisherigen anrechenbaren Zinsabschlag – allerdings mit niedrigerem StStz von 25 % und abgeltender Wirkung – ersetzt; s. Anm. 14. Zum Einbehalt der Abgeltungsteuer sind allerdings Privatpersonen für Zinsleistungen im Rahmen privater Darlehensverträge und die FÄ für Erstattungszinsen iSd. § 233a AO (Nr. 7 Satz 3, s. Anm. 308) nicht verpflichtet. Diese Zinserträge müssen auch nach dem VZ 2008 weiterhin erklärt werden (§ 32d Abs. 3; Pflichtveranlagung). Im Veranlagungsverfahren kommt es – neben der Veranlagung zu den anderen Einkunftsarten – zur Versteuerung mit dem StStz von 25 %.

313–329 Einstweilen frei.

5. Diskontbeträge aus Wechseln, Anweisungen und Schatzwechselln (Abs. 1 Nr. 8)

330 a) Sachlicher Umfang der Vorschrift

Abs. 1 Nr. 8 bestimmt, dass Diskontbeträge aus Wechseln und Anweisungen, einschließlich der Schatzwechsel, zu den stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören. Die Vorschrift ist lex specialis zu Abs. 1 Nr. 7 Satz 1. Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist gering. Die Erträge unterliegen auch nach der Einführung der abgeltenden KapErtrSt nicht dem StAbzug.

331 b) Diskontbeträge aus Wechseln und Anweisungen

Diskont ist der für die Zeit vom Ankaufstag einer noch nicht fälligen, nominal unverzinslichen Forderung bis zum Fälligkeitstag abgezogene Geldbetrag. Diskontbeträge sind eine besondere Form von Zinsen, die der Erwerber beim Ankauf einer Forderung vorweg vom Nominalbetrag der Forderung abzieht. Der Nominalbetrag der Forderung abzgl. des Diskonts ergibt den Kaufpreis der Forderung. Dieser Vorwegabzug (Diskontierung) unterscheidet den Diskont von den idR nachträglich berechneten Zinsen herkömmlicher Art; zum Zinsbegriff s. Anm. 232.

Wechsel sind Wertpapiere, in denen der Wechselaussteller die unbedingte Zahlung einer bestimmten Geldsumme an einem bestimmten Tag und an einem festgelegten Ort verspricht (Art. 1 WG).

Rechtsfolgen: Abs. 1 Nr. 8 erfasst Diskontbeträge aus einem nicht betrieblich veranlassten Ankauf von Wechseln. Diskontbeträge, die von einem Gewerbetreibenden beim Ankauf von Wechseln, die zur Bezahlung von Waren- oder

Dienstleistungen begeben wurden, abgezogen werden, fallen nach der Zurechnungsregel des Abs. 8 nicht unter Abs. 1 Nr. 8. Diskonte aus diesen Wechseln gehören zu den Einnahmen aus Gewerbebetrieb (BFH v. 26.4.1995 – I R 92/94, BStBl. II 1995, 594).

Anweisungen (§ 783 BGB) sind die Grundform des Wechsels. Mit ihnen weist der Aussteller (Anweisender) einen anderen (Angewiesener) an, auf Rechnung des Anweisenden an einen Berechtigten (Anweisungsempfänger) Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen zu leisten. Zugleich wird der Berechtigte ermächtigt, die Leistung im eigenen Namen vom Angewiesenen verlangen zu dürfen. Auch Diskontbeträge aus Anweisungen sind grds. Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 8.

c) Diskontbeträge aus Schatzwechselln

332

Schatzwechsel sind unverzinsliche, dh. nicht laufend verzinste, kurzfristige Wechsel, die hauptsächlich von Bund, Bahn, Post und den Ländern zur Überbrückung eines vorübergehenden Geldbedarfs ausgegeben werden. Sie haben eine Laufzeit von einem bis zu sechs Monaten und werden idR von Banken oder der Deutschen Bundesbank angekauft. Diskontbeträge aus Schatzwechselln fallen unter Abs. 1 Nr. 8, soweit nicht die Zuordnungsregel des Abs. 8 entgegensteht.

d) Nicht unter Abs. 1 Nr. 8 fallende Einnahmen

333

Schatzanweisungen fallen nicht unter Abs. 1 Nr. 8. Bei ihnen handelt es sich um festverzinsliche oder unverzinsliche (U-Schätze) Inhaberschuldverschreibungen mit einer Laufzeit von sechs Monaten bis zu zwei Jahren. Sie gehören zu den sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7.

Finanzierungsschätze sind abgezinste Schuldverschreibungen, die nicht zu den Wertpapieren des Abs. 1 Nr. 8, sondern zu Abs. 1 Nr. 7 gehören.

Liquidationstitel (Bundesliquidationsschätze – Bulis) sind ebenfalls kurzlaufende Schuldverschreibungen, deren Zinsen von Abs. 1 Nr. 7 erfasst werden.

Einstweilen frei.

334–339

V. Einnahmen aus nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Steuersubjekten, Betrieben gewerblicher Art und wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben (Abs. 1 Nr. 9 und 10)

Schrifttum: ORTH, Stiftungen und Unternehmensteuerreform, DStR 2001, 325; SCHIFFERS, Kapitalertragsteuer bei Betrieben gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit, BB 2003, 398; WASSERMEYER, Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 9 auf Auskehrungen von Stiftungen, DStR 2006, 1733; KIRCHHAIN, Stiftungsbezüge als Kapitaleinkünfte?, BB 2006, 2387; BOTT, Betriebe gewerblicher Art und Kapitalertragsteuer, DStZ 2009, 710; SCHIFFERS, Betriebe gewerblicher Art und Kapitalertragsteuer: Bemessungsgrundlage der Kapitalertragsteuer bei Investitionen, DStZ 2010, 378; BÜRSTINGHAUS, Betriebe gewerblicher Art und Kapitalertragsteuer, DStZ 2011, 345; DESENS/HUMMEL, Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung der Destinatäre bei der Auflösung einer Stiftung mit Einkommen- und Schenkungsteuer, DStZ 2011, 710.

340 1. Einführung neuer Einnahmetatbestände

Einführung neuer Einnahmetatbestände: Abs. 1 Nr. 9 und 10 stellen Einnahmetatbestände dar, die mit dem StSenkG v. 23.1.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428) eingeführt wurden. Die Einführung der Besteuerungstatbestände war nach dem Systemwechsel der Unternehmensbesteuerung durch das StSenkG notwendig geworden, um den Gewinn von nicht von der KSt befreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG, von Betrieben gewerblicher Art (BGA) iSd. § 4 KStG und von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben aus Gründen der stl. Gleichbehandlung einer nochmaligen Besteuerung zuzuführen, damit er im Ergebnis derselben StBelastung wie Gewinne anderer StSubjekte unterworfen ist (BTDDrucks. 14/2683, 114; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Im System des Halb-/Teileinkünfteverfahrens (s. § 3 Nr. 40 Anm. 7) ist wegen der niedrigen Besteuerung des Einkommens der Körperschaft eine Nachversteuerung auf der Ebene des Anteilseigners notwendig, um eine Einmalbesteuerung des von der Körperschaft erzielten und an den Anteilseigner ausgeschütteten Gewinns zu gewährleisten (BTDDrucks. 14/2683, 114). Während unter dem KStAnrechnungsverfahren 1977 nicht von der KSt befreite StSubjekte iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG, BGA und wirtschaftliche Geschäftsbetriebe mit einer definitiven KSt von 40 % belastet wurden, beträgt die KSt nach dem Systemwechsel durch das StSenkG nur noch 25 % (bis zum VZ 2007) bzw. 15 % (seit dem VZ 2008). Da nach der UntStReform auch diese KStSubjekte einem niedrigen StSatz unterliegen, ist es notwendig geworden, einen neuen Einnahmetatbestand zu schaffen, um aus Gründen der Wettbewerbsneutralität eine Besteuerung auf der Ebene der hinter diesen KStSubjekten stehenden Personen sicher zu stellen (BFH v. 21.8.2007 – I R 78/06, BStBl. II 2008, 317; v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Mit der Besteuerung von Vermögensübertragungen dieser KStSubjekte auf der Ebene der hinter diesen stehenden Personen wird die Einmalbesteuerung des weitergeleiteten Gewinns erreicht.

Zweck der Regelung des Abs. 1 Nr. 9: Die Vorschrift soll aus Gründen der stl. Gleichbehandlung die Nachversteuerung von Leistungen an die hinter einer Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG stehenden Personen im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens sichern, soweit die Leistungen mit einer regulären Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sind (BFH v. 14.7.2010 – X R 62/08, BFH/NV 2011, 113; WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 112).

► *Anteilige Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 40 und § 8b Abs. 1 KStG:* Da die weitergeleiteten Einnahmen aus Leistungen iSd. Nr. 9 bereits mit KSt vorbelastet sind, werden sie bei einem estpfl. Empfänger nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d zu 40 % (bzw. bis zum VZ 2008 zur Hälfte) stfrei gestellt (s. § 3 Nr. 40 Anm. 121). Bei einem kstpfl. Empfänger werden die Einnahmen nach § 8b Abs. 1 KStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz gelassen (s. § 8b KStG Anm. 34).

► *Abgeltungssteuer:* Gehören die Einnahmen der Nr. 9 trotz Abs. 8 beim Empfänger zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, werden sie ab dem VZ 2009 nach § 32d mit einem linearen StSatz von 25 % besteuert, der nach § 43 Abs. 5 abgeltende Wirkung hat (Abgeltungssteuer).

► *Anwendung auf Leistungen ausländischer Körperschaften:* Der Besteuerungstatbestand der Nr. 9 beschränkte sich zunächst auf Leistungen, die von einer unbeschr. stpfl., nicht von der KSt befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG stammen. Die Be-

schränkung auf Leistungen von inländ. sonstigen Körperschaften wird durch den mit dem JStG 2010 v. 13.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) neu eingefügten Satz 2 aufgehoben, so dass auch Leistungen von vergleichbaren Körperschaften, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben, zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen. Der Gesetzgeber will Leistungen von inländ. und ausländ. sonstigen Körperschaften gleich behandeln, weil auch „reguläre“ Gewinnausschüttungen von ausländ. Körperschaften im Rahmen des Abs. 1 Nr. 1 unterschiedslos erfasst werden. Dementsprechend ist es gerechtfertigt, dass auch im Anwendungsbereich der Nr. 9 die Beschränkung auf Leistungen von inländ. sonstigen Körperschaften aufgegeben wird (BTDrucks. 17/2249, 52).

Zweck der Regelung des Abs. 1 Nr. 10: Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind gem. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG nur mit ihren Betrieben gewerblicher Art (BgA) nach § 4 KStG unbeschr. kstpfl (s. § 4 KStG Anm. 5). BgA unterliegen mit ihren Gewinnen ebenfalls einem definitiven KStSatz von 15 % (bzw. bis zum VZ 2007 von 25 %). Auch bei einem BgA ist es nach Einführung des Halbeinkünfteverfahrens durch das StSenkG daher notwendig geworden, eine Nachbelastung des bei dem BgA niedrig besteuerten Gewinns auf der Ebene der Trägerkörperschaft aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit vorzunehmen (BTDrucks. 14/2683, 114; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573; v. 16.11.2011 – I R 108/09, BStBl. II 2013, 328). Die Einführung des Einnahmetatbestands der Nr. 10 für BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. a) und ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. b) ermöglicht eine solche Nachbelastung (Borr, DStZ 2009, 710 [711]). Für die hinter dem BgA stehende juristische Person des öffentlichen Rechts wird allerdings nur eine beschränkte KStPflicht gem. § 2 Nr. 2 KStG ausgelöst, so dass sich die Besteuerung in einem KapErtrStAbzug iHv. 15 % nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7b und 7c iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 mit abgeltender Wirkung (§ 32 Abs. 1 Satz 2 KStG) erschöpft (WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. JB 1).

► *Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe:* Die Regelungen des Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b werden nach dessen Satz 4 auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von kstbefreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen erstreckt, weil diese sich in einer mit einem BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit systematisch vergleichbaren Situation befinden.

2. Einnahmen aus Leistungen einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG (Nr. 9)

a) Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 9

aa) Einnahmen aus Leistungen

Besteuerungsgegenstand der Nr. 9 sind Einnahmen aus Leistungen, die von einer nicht von der KSt befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse stammen. Die KStSubjekte des § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG zeichnen sich dadurch aus, dass sie keine Gewinnausschüttungen an die hinter ihnen stehenden Personen vornehmen können. Daher wurde ein eigenständiger Einnahmetatbestand geschaffen, der Leistungen von diesen Gebilden als Einnahmen beim Empfänger erfasst.

Einnahmen: Der Begriff der Einnahmen ergibt sich auch im Anwendungsbereich der Nr. 9 aus § 8 Abs. 1 (s. § 8 Anm. 21 ff.).

341

Leistungen: Unter Leistungen ist in Anlehnung an § 22 Nr. 3 jedes Tun, Dulden und Unterlassen zu verstehen (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 339). Dieser weite Leistungsbegriff umfasst alle Arten von Vermögenstransfers von den KStSubjekten auf die dahinter stehenden Personen in Form von Geld-, Sach- und Dienstleistungen sowie Nutzungsüberlassungen (WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. JA 10). Eine notwendige tatbestandliche Einschränkung erfährt der Leistungsbegriff jedoch dadurch, dass die Nr. 9 nur auf Leistungen anzuwenden ist, die mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sind (s. Anm. 342). Eine weitere Einschränkung des Leistungsbegriffs ergibt sich aus der gesetzlich angeordneten entsprechenden Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3, so dass Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten, keine Einnahmen iSd. Nr. 9 darstellen (s. Anm. 348).

342 **bb) Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1**

Nicht jede Vermögensübertragung zwischen einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse und den hinter diesen stehenden Personen soll von der Vorschrift erfasst werden. Mit dem UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35) wurde der Tatbestand dahingehend präzisiert, dass die fragliche Leistung mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sein muss, wobei die Vergleichbarkeit sowohl mit offenen als auch mit vGA bestehen kann (BFH v. 14.7.2010 – X R 62/08, BFH/NV 2011, 113; zu vGA s. Anm. 348). Die Ergänzung hat lediglich klarstellende Bedeutung, weil sich die Voraussetzung der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit einer Gewinnausschüttung uE schon vor der Änderung aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift ergab (glA WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. JA 3).

Leistung mit Gewinnausschüttung wirtschaftlich vergleichbar: Damit die Leistung einer Gewinnausschüttung vergleichbar ist, muss sie sich bei der leistenden Körperschaft als Gewinnverwendung darstellen, während dem Empfänger die Einnahmen im Rahmen seiner Beteiligung zufließen (zu Einzelheiten s. Anm. 61 ff.). Mit beiden Kriterien müssen die Einnahmen aus Leistungen wirtschaftlich vergleichbar sei (WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. JA 11).

Leistungen aufgrund von schuldrechtlichen Beziehungen: Stehen der Leistung einer Körperschaft Leistungen des Empfängers – wie zB Mitgliedsbeiträge – gegenüber, liegen keine Einnahmen iSd. Nr. 9 vor (BFH v. 3.11.2010 – I R 98/09, BStBl. II 2011, 417). Daher ist eine Leistung nicht mit einer Gewinnausschüttung vergleichbar, wenn sie auf einer schuldrechtl. Beziehung beruht (FG Köln v. 14.1.2010, EFG 2010, 1066, rkr.; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII, § 20 Rn. 61; ORTH, DStR 2001, 325). Zahlt die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse zB für die Überlassung von Kapital oder WG, für die Erbringung von Dienstleistungen oder für den Erwerb von WG ein angemessenes Entgelt, liegen keine Leistungen iSd. Nr. 9 vor. Dagegen kann ein unangemessenes Entgelt eine vGA darstellen, die nach Nr. 9 Halbs. 2 zu den stpfl. Einnahmen gehört (zu Einzelheiten s. Anm. 348).

Beispiele: Zu Einnahmen, die mit einer Gewinnausschüttung wirtschaftlich vergleichbar sind, können die Übernahme von Kosten, die den Mitgliedern aus ihrem Mitgliedschaftsverhältnis entstehen, oder die Übernahme von Aufwendungen eines Vereinsmitglieds durch den Verein gehören (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 337; WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. JA 11). Leistungen eines Vereins an seine Mitglieder außerhalb seiner satzungsmäßigen Zwecke können mit Gewinnausschüttungen vergleichbar sein (FG Köln v. 14.1.2010 – 13 K 3157/05, EFG 2010, 1066, rkr.). Ebenso sind Auskehrungen von Überschüssen aus dem nicht versicherungstechnischen Geschäft eines VVaG an

seine Mitglieder nach Nr. 9 zu erfassen. Leistungen eines Vereins, die in Erfüllung seiner satzungsgemäßen Aufgaben gegenüber den Mitgliedern erbracht werden und die durch die Zahlung des Vereinsbeitrags abgegolten sind, fallen dagegen nicht unter die Nr. 9 (VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 61). Auch die Rückerstattung von Beiträgen aus nichtversicherungsmäßigen Überschüssen stellt keine Leistung nach Nr. 9 dar (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 339).

Leistungen von Stiftungen: Nach Auffassung der FinVerw. stellen alle Leistungen einer nicht stbefreiten Stiftung, die an den Stifter und seine Angehörigen erbracht werden, Einnahmen iSd. Nr. 9 dar.

BMF v. 27.6.2006, BStBl. I 2006, 417; glA. BFH v. 3.11.2010 – I R 98/09; BStBl. II 2011, 417; Schl.-Holst. FG v. 7.5.2009 – 5 K 277/06, EFG 2009, 1558, rkr.; WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXII. § 20 Rn. 114; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 339; aA WASSERMAYER, DStR 2006, 1733; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 61: nicht mit Gewinnausschüttung vergleichbar, höchstens Einnahmen nach § 22 Nr. 1; s. zur Abgrenzung auch § 3 Nr. 40 Anm. 160. Einschränkend für den Fall der Auflösung DENS/HUMMEL, DStZ 2011, 710.

cc) Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG 343

Zu den KStSubjekten, die Leistungen iSd. Nr. 9 erbringen können, gehören Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VVaG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 KStG), sonstige juristische Personen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG, insbes. Vereine) und nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG).

Zu Einzelheiten der KStSubjekte iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG s. § 1 KStG Anm. 45 ff.

Unbeschränkte Steuerpflicht: Die KStSubjekte iSd. Satzes 1 müssen der unbeschränkten StPflcht unterliegen (VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 61; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 336). Durch den mit dem JStG 2010 neu eingeführten Satz 2 wird der Anwendungsbereich der Nr. 9 auch auf ausländ. KStSubjekte ausgedehnt (s. Anm. 340).

Nicht von der Körperschaftsteuer befreit: Es werden nur Leistungen von nicht von der KSt befreiten KStSubjekten erfasst. Nur bei stpfl. KStSubjekten ist es aus Gründen der Wettbewerbsneutralität im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens geboten, eine Besteuerung auf der Ebene der hinter diesen stehenden Personen sicherzustellen (s. Anm. 340). Dabei muss die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse selbst gem. § 5 KStG von der KSt befreit sein. StBefreiungen (zB aufgrund eines DBA), die sich nur auf Teile des Einkommens beziehen, schließen die Anwendung der Nr. 9 nicht aus (WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. JA 9).

dd) Keine Einnahmen iSv. Abs. 1 Nr. 1 344

Erfüllen die Leistungen, die eine Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG gewährt, sowohl die Voraussetzungen der Nr. 9 als auch der Nr. 1, so ist die Subsidiarität der Nr. 9 gesetzlich ausdrückl. angeordnet. Die Besteuerung der Einnahmen erfolgt somit allein als Bezüge iSd. Nr. 1.

Einstweilen frei.

345–346

347 **b) Rechtsfolge der Nr. 9**

Geeigneter Empfänger: Das Gesetz enthält keine nähere Definition, wer geeigneter Empfänger einer Leistung iSd. Nr. 9 sein kann. Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich, dass der Empfänger entweder Gesellschafter der Körperschaft ist oder seine Stellung zum leistenden KStSubjekt wirtschaftlich mit der eines Gesellschafters vergleichbar ist.

Besteuerung beim Empfänger: Die Einnahmen werden bei einem estpfl. Empfänger nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d und bei einem kstpfl. Empfänger nach § 8b Abs. 1 KStG (anteilig) stfrei gestellt (zu Einzelheiten s. Anm. 340; § 3 Nr. 40 Anm. 121; § 8b KStG Anm. 34). Seit dem VZ 2009 finden die Regelungen der Abgeltungsteuer auf die Einnahmen Anwendung, wenn diese auch unter Berücksichtigung des Abs. 8 zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören. Der Empfänger kann auch ein beschr. Stpfl. sein, da Einnahmen iSd. Nr. 9 zu den Einkünften gem. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a gehören.

Zeitliche Anwendung: Die Regelung der Nr. 9 ist gem. § 52 Abs. 37 erstmals auf Leistungen einer Stiftung anzuwenden, die ab dem VZ 2002 erzielt werden. Destinatszählungen an einen unbeschr. stpfl. Destinatär, die im Jahre 2001 ausgeschüttet werden, sind als Einkünfte nach § 22 Nr. 1 zu erfassen und unter Anwendung des § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. i hälftig stfrei zu stellen (BFH v. 14.7.2010 – X R 62/08, BFH/NV 2011, 113).

348 **c) Entsprechende Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2**

Um eine umfassende Gleichbehandlung der Leistungen von Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG mit regulären Beteiligungserträgen gem. Abs. 1 Nr. 1 zu gewährleisten, ordnet Nr. 9 Halbs. 2 ausdrückl. an, dass die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2 entsprechend anzuwenden sind.

Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2): Eine Leistung, die mit einer vGA iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 wirtschaftlich vergleichbar ist, gehört zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 9. Zum Begriff der vGA s. Anm. 80 ff. und § 8 KStG Anm. 100 ff.

Einlagenrückgewähr (Abs. 1 Nr. 1 Satz 3): Die Rückgewähr von Einlagen soll auch im Rahmen der Nr. 9 nicht zu stpfl. Beteiligungserträgen führen (BTDrucks. 14/2683, 125). Daher sollen Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten, nicht als Einnahmen versteuert werden. Dementsprechend ist Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 im Rahmen des Abs. 1 Nr. 9 entsprechend anzuwenden. Im stl. Einlagekonto nach § 27 KStG werden nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen erfasst. Die Rückzahlung von Einlagen kann regelmäßig steuerneutral erfolgen (s. Anm. 100 ff.). Um feststellen zu können, ob die gewährten Leistungen aus dem stl. Einlagekonto gespeist wurden, haben die Körperschaften und Personenvereinigungen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG gem. § 27 Abs. 7 KStG ein stl. Einlagekonto zu führen (zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 145 ff.). Einlagen, die unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens zugeführt wurden, sind uE wie bei BgA in den Anfangsbestand des stl. Einlagekontos aufzunehmen, so dass sie auch nach dem Systemwechsel steuerneutral zurückgezahlt werden können (glA FG Köln v. 14.1.2010 – 13 K 3157/05, EFG 2010, 1066, rkr.; zur vergleichbaren Rechtslage bei BgA s. ausführl. Anm. 385).

Leistungen im Rahmen einer Auflösung (Abs. 1 Nr. 2): Da die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 2 im Rahmen des Abs. 1 Nr. 9 entsprechend anzuwenden ist, gehören auch Leistungen zu den stpfl. Einnahmen, die nach der Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung anfallen und nicht aus der Rückzahlung von Nennkapital oder von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG stammen. Zu Einzelheiten s. Anm. 120 ff.

d) Leistungen einer ausländischen Körperschaft (Satz 2)

349

Satz 2 erstreckt den Anwendungsbereich der Nr. 9 auf Leistungen von ausländ. Körperschaften, die mit inländ. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG vergleichbar sind. Die Neuregelung ist gem. § 52 Abs. 37 erstmals ab dem VZ 2011 anzuwenden.

Einnahmen aus Leistungen, die von einer Körperschaft stammen, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland hat, gehören nach Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Die Leistung, die dem Stpfl. gewährt wird, muss mit einer Gewinnausschüttung gem. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sein.

Ausländische Körperschaft: Mit der Einfügung des Satzes 2 wird der Anwendungsbereich des Abs. 1 Nr. 9 auf Leistungen von Körperschaften ausgedehnt, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben. Die bis zur Gesetzesänderung bestehende Beschränkung auf Leistungen inländ. sonstiger Körperschaften war steuersystematisch nicht gerechtfertigt (BTDrucks. 17/2249, 52; s. Anm. 340). Die ausländ. Körperschaft muss mit einer nicht von der KSt befreiten (inländ.) Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG vergleichbar sein (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 339a). Dazu ist ein Typenvergleich anzustellen, der auch zur Feststellung durchzuführen ist, ob eine nach ausländ. Recht gegründete Gesellschaft Bezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 vermitteln kann (HAISCH/ELSER/KRAMPE, DStZ 2010, 394 [395]; zum Typenvergleich s. § 20 Anm. 54). Danach muss die ausländ. Körperschaft in ihren wesentlichen Grundstrukturen mit den nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG erfassten Rechtsgebilden vergleichbar sein. Betroffen von der Neuregelung sind insbes. Leistungen von ausländ. Stiftungen (BTDrucks. 17/2249, 81).

3. Einnahmen aus Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. a)

a) Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 1

aa) Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art

350

Die Vorschrift erfasst Leistungen von BgA von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Der Leistungsbegriff entspricht dem der Nr. 9, so dass zur Erl. auf Anm. 341 verwiesen wird. Auch im Anwendungsbereich der Nr. 10 Buchst. a wird der weite Leistungsbegriff durch die wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 eingeschränkt. Darüber hinaus gehören Vermögenstransfers, die aus dem stl. Einlagekonto nach § 27 KStG gespeist werden, nicht zu den erfassten Leistungen (s. Anm. 355).

bb) Vergleichbarkeit mit Gewinnausschüttungen iSd. Abs. 1 Nr. 1

351

Die Leistung des BgA muss beim Empfänger zu Einnahmen führen, die mit einer Gewinnausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sind. Es

werden sowohl offene Gewinnausschüttungen als auch vGA erfasst. Auch BgA können ihrer Trägerkörperschaft vGA gewähren (s. § 8 KStG Anm. 320; zur Besonderheit von Dauerverlustgeschäften als vGA s. § 8 Abs. 7 KStG und Anm. 361). Bei BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit gehören Ausschüttungen an Gewährsträger wie Gemeinden und Gemeindeverbände zu den Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. a (VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 63).

Zur näheren Erl. kann im Übrigen auf Anm. 342 verwiesen werden.

352 cc) Betrieb gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit

Betrieb gewerblicher Art: Die Leistung muss von einem BgA iSd. § 4 KStG stammen. Zum Begriff des BgA s. § 4 KStG Anm. 20 ff. Empfänger einer Leistung können nur juristische Personen des öffentlichen Rechts sein, weil nur diese einen BgA unterhalten können. Der BgA darf nicht von der KSt befreit sein. Ausländische BgA werden von der Vorschrift nicht erfasst (SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 803).

Eigene Rechtspersönlichkeit: Der BgA muss mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet sein. Dazu reicht eine Teilrechtsfähigkeit, wie sie bei öffentlich-rechtl. Sondervermögen zulässig ist, nicht aus (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 340).

Beispiele: Zu den BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit gehören insbes. als Anstalten des öffentlichen Rechts organisierte Sparkassen, Landesbanken und Versicherungen sowie Versorgungs-, Verkehrs- und Hafenbetriebe iSd. § 4 Abs. 3 KStG.

353 b) Rechtsfolge der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 1

Mit den Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. a unterliegt die juristische Person des öffentlichen Rechts der beschränkten StPflcht nach § 2 Nr. 2 KStG. Die Besteuerung beschr. sich idR auf die Vornahme des KapErtrStAbzugs iHv. 15 % gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7b iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 1). Der KapErtrStAbzug hat gem. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltende Wirkung.

354 Einstweilen frei.

355 c) Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2

Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung und Leistungen im Rahmen einer Auflösung: Um eine umfassende Gleichbehandlung der Leistungen eines BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit mit regulären Beteiligungserträgen gem. Abs. 1 Nr. 1 zu gewährleisten, ordnet Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2 ausdrükl. an, dass die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 sowie des Abs. 1 Nr. 2 entsprechend anzuwenden sind. Somit gehören vGA gem. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und Leistungen im Rahmen der Auflösung eines BgA iSd. Abs. 1 Nr. 2 zu den Einnahmen der Trägerkörperschaft. Wegen der Einzelheiten kann auf Anm. 348 verwiesen werden.

Einlagenrückgewähr nach § 27 KStG: Die Rückgewähr von Einlagen soll auch im Rahmen der Nr. 10 Buchst. a nicht zu stpfl. Beteiligungserträgen führen (BTDrucks. 14/2683, 125). Daher ist Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 bei BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit entsprechend anzuwenden. Leistungen eines BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten (Einlagenrückgewähr), führen nicht zu stpfl. Kapitalerträgen iSd. Buchst. a (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 8 und 13). Um ermitteln zu können, ob Leistungen als Einlagenrückgewähr zu qualifizieren

sind, haben auch BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit nach § 27 Abs. 7 KStG ein stl. Einlagekonto zu führen (s. § 27 KStG Anm. 145).

► *Behandlung von Altanlagen und Altgewinnen:* Einlagen und Gewinne aus der Zeit des KStAnrechnungsverfahrens können uE ebenfalls steuerneutral ausgekehrt werden, um eine systemwidrige doppelte Besteuerung zu vermeiden. Zu diesem Zweck sind sie in den Anfangsbestand des stl. Einlagekontos einzustellen (glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 8 und 13; BMF v. 4.6.2003, BStBl. I 2003, 366; s. ausführl. Anm. 385 und § 27 KStG Anm. 151 ff.; krit. SEMMLER/ZIMMERMANN, DB 2005, 2153 [2155]).

Einstweilen frei.

356–359

4. Nicht den Rücklagen zugeführte Gewinne und verdeckte Gewinnausschüttungen eines Betriebs gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 Buchst. b)

a) Einkünfte aus Kapitalvermögen (Satz 1)

aa) Nicht den Rücklagen zugeführter Gewinn als Einnahmen

360

Ausschüttungsfiktion: Bei BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit wird der Trägerkörperschaft der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn als Einkünfte aus Kapitalvermögen zugerechnet. Es ist für die Zurechnung der Einnahmen an die hinter dem BgA stehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts unerheblich, ob der Gewinn tatsächlich der Trägerkörperschaft zugeflossen ist oder für außerbetriebliche Zwecke verwendet wurde (BFH v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841; v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Die Vorschrift statuiert vielmehr eine Ausschüttungsfiktion (SCHIFFERS, DStZ 2010, 378 [384]; BOTT, DStZ 2009, 710 [712]; KESSLER/FRITZ/GASTL, BB 2002, 1512; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 64), weil ein BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit mangels rechtl. Eigenständigkeit tatsächlich keine Ausschüttungen an die Trägerkörperschaft vornehmen kann (BTDruks. 14/2683, 114).

Damit kommt es für die stl. Erfassung der Kapitaleinkünfte bei der Trägerkörperschaft nicht darauf an, ob der Gewinn des BgA tatsächlich für den hoheitlichen Bereich der Trägerkörperschaft oder in anderer Form durch die Trägerkörperschaft für Zwecke außerhalb des BgA verwendet wurde, denn der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn gilt aufgrund der Ausschüttungsfiktion auch ohne tatsächlichen Vermögenstransfer bei der Trägerkörperschaft als zugeflossen. Für die zeitliche Erfassung der Kapitaleinkünfte bei der Trägerkörperschaft geht der BFH davon aus, dass der Gewinn des BgA und die Kapitalerträge der Trägerkörperschaft zeitgleich vereinnahmt werden, weil BgA und Trägerkörperschaft rechtl. identisch sind (BFH v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841; KRÄMER in DJPW, § 4 KStG Rn. 335; aA BMF v. 9.8.2005, DB 2005, 1935; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [403]; Zeitpunkt der Bilanzerstellung). Eine andere zeitliche Erfassung hätte eine abweichende gesetzliche Regelung vorausgesetzt, an der es aber fehlt. Eine solche abweichende gesetzliche Regelung ist auch nicht in § 44 Abs. 6 Satz 2 zu sehen, nach dem die KapErtrSt mit der Bilanzerstellung entsteht. Diese Regelung hat nur für die KapErtrSt, nicht jedoch für die zeitliche Erfassung der Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b bei der Trägerkörperschaft Bedeutung (BFH v. 11.7.2007 – I R 105/05, BStBl. II 2007, 841; glA WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 5).

Die Regelung verfolgt den Zweck, die Trägerkörperschaft mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung aus rechtl. unselbständigen BgA derselben StBelastung wie andere StSubjekte auszusetzen (BTDruks. 14/2683, 114; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 13).

Einschränkung bei Eigenbetrieben: Diesen Grundsatz hat der BFH für BgA, die als Eigenbetrieb geführt werden, eingeschränkt (BFH v. 16.11.2011 – I R 108/09, BStBl. II 2013, 328). Anders als bei Regiebetrieben kann die Trägerkörperschaft bei einem Eigenbetrieb nicht unmittelbar auf die Gewinne zugreifen. Die Gewinne eines als Eigenbetrieb geführten BgA sind der Trägerkörperschaft erst zuzurechnen, wenn die zuständigen Gremien beschlossen haben, den Gewinn in den allgemeinen Haushalt der Trägerkörperschaft zu überführen (WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 117). Solange dies nicht erfolgt ist, gelten die Gewinne als den Rücklagen zugeführt (BFH v. 16.11.2011 – I R 108/09, BStBl. II 2013, 328).

Gewinn: Der Gewinn iSd. Nr. 10 Buchst. b ist nach handelsrechtl. Grundsätzen zu ermitteln, weil derjenige Betrag ermittelt werden soll, der durch die hinter dem BgA stehende Trägerkörperschaft verwendet werden kann. Das verwendungsfähige Ergebnis des BgA wird mit der Gewinnausschüttung einer Körperschaft gleichgestellt (BOTT, DStZ 2009, 710 [719]). Dies ist regelmäßig der Jahresüberschuss nach § 275 HGB (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 22; ORTH, DB 2007, 419 [423]; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [401]; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 342; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 13). Die FinVerw. stellt auf den Gewinn nach § 4 Abs. 1 ab, wenn nur eine StBil. erstellt wurde (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 22).

► *Einschränkende Auslegung:* Der Begriff des Gewinns ist unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck, den Gewinn zu erfassen, den die Trägerkörperschaft verwenden kann, einschränkend auszulegen. Der Gewinn ist uE um die nicht abziehbaren BA und die KSt zu kürzen (glA WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 118; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 64; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 343; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 13). Die nicht abziehbaren BA und die KSt stehen der Trägerkörperschaft nicht zur Verfügung, so dass eine Nachbelastung auf der Ebene der Trägerkörperschaft nicht gerechtfertigt ist.

► *Auffassung der Finanzverwaltung:* Dagegen will die FinVerw. den als Kapitaleinkünfte zuzurechnenden Gewinn nicht um nicht abziehbare BA kürzen (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 23).

Berücksichtigung von Verlustvorträgen: Verlustvorträge mindern den Gewinn iSd. Nr. 10 Buchst. b, weil ein verwendungsfähiger Gewinn erst nach einer Verrechnung mit Verlusten aus Vorjahren der Trägerkörperschaft zur Verfügung stehen kann (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 23; BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573; KRÄMER in DJPW, § 4 KStG Rn. 297; WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 118; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 13; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 64).

► *Verluste bei Eigen- und Regiebetrieben:* Allerdings macht der BFH für Regiebetriebe eine Ausnahme, so dass Verlustvorträge die Einkünfte iSd. Nr. 10 Buchst. b nicht mindern. Regiebetriebe sind rechtl. unselbständige Einheiten der Trägerkörperschaft, die finanzwirtschaftlich kein Sondervermögen der Gemeinde darstellen. Daher sind Verluste unmittelbar aus dem Haushalt der Trägerkörperschaft zu begleichen, so dass ein Verlustvortrag nicht vorliegen kann (BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Der Verlustausgleich führt zu Ein-

lagen der Trägerkörperschaft, die dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG zuzuschreiben sind. Dagegen ist ein Verlustvortrag bei Eigenbetrieben einkünftermindernd zu berücksichtigen, weil Eigenbetriebe finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde geführt werden (BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573). Verluste aus Eigen- und aus Regiebetrieben werden somit im Rahmen der Nr. 10 Buchst. b unterschiedlich behandelt.

► *Gewinne aus der Zeit des Körperschaftsteueranrechnungsverfahrens:* Gewinne, die bereits unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens erwirtschaftet wurden, gehören dagegen nicht zu den stpfl. Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b, weil sie bereits voll besteuert sind und eine Nachbelastung zu einer systemwidrigen Mehrfachbesteuerung führen würde.

Nicht den Rücklagen zugeführt: Der Gewinn gehört nur zu den Kapitaleinkünften der Trägerkörperschaft, soweit er nicht den Rücklagen des BgA zugeführt wurde. Nach Auffassung der FinVerw. dürfen BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit Teile ihres Gewinns einer Rücklage zuführen. Eine Rücklagenbildung wird anerkannt, wenn die Zwecke des BgA ohne die Rücklagenbildung nachhaltig nicht erfüllt werden können (BMF v. 8.8.2005, BStBl. I 2005, 831 – Tz. 23) Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Mittel für bestimmte Investitionsvorhaben, für deren Durchführung bereits konkrete Zielvorstellungen existieren, zurückgelegt werden (zu Einzelheiten s. § 4 KStG Anm. 127). Bei als Eigenbetrieb geführten BgA folgt der BFH der einschränkenden Auffassung des FinVerw. ausdrükl. nicht (BFH v. 16.11.2011 – I R 108/09, BStBl. II 2013, 328). Der Gewinn des Eigenbetriebs gilt als den Rücklagen zugeführt, soweit die Übertragung des Gewinns in den Haushalt der Trägerkörperschaft von den zuständigen Gremien noch nicht beschlossen worden ist. Der BFH begründet dies überzeugend mit dem Argument, dass der Gewinn der Trägerkörperschaft noch nicht zur Verfügung steht und eine stliche Nachbelastung daher noch nicht geboten ist.

Zur Zulässigkeit einer Rücklagenbildung bei Eigenbetrieben einerseits und Regiebetrieben andererseits s. ausführl. SCHIFFERS, DStZ 2010, 378; SCHIFFERS, BB 2003, 398 (401 f.); BOTT, DStZ 2009, 710 (723).

Erfassung erst bei Auflösung der Rücklage: Soweit der Gewinn zulässigerweise in eine Rücklage eingestellt wird, steht dieser nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht für Zwecke der Trägerkörperschaft zur Verfügung, so dass eine Nachbelastung dieser „thesaurierten“ Gewinnanteile nicht sachgerecht ist (BTDrucks. 14/2683, 114). Erst bei Auflösung von Rücklagen für außerhalb des BgA liegende Zwecke werden diese Beträge nach Nr. 10 Buchst. b Satz 2 als Kapitaleinkünfte der Trägerkörperschaft behandelt (zu Einzelheiten s. Anm. 370).

bb) Verdeckte Gewinnausschüttungen als Kapitalertrag iSd. Nr. 10 Buchst. b

361

Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 10 Buchst. b gehören auch vGA, die der Trägerkörperschaft zugewendet werden. Auch bei BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit kann es zu vGA kommen, obwohl der BgA rechtl. ein unselbständiger Teil der Trägerkörperschaft ist. Dennoch sind die Vermögenssphären des BgA und der Trägerkörperschaft stl. nach den Grundsätzen abzugrenzen, die für Leistungen zwischen einer KapGes. und ihrem Gesellschafter gelten (BFH v. 25.1.2005 – I R 8/04, BStBl. II 2006, 190). Dabei wird der BgA fiktiv als KapGes. und die Trägerkörperschaft als Alleingesellschafter angesehen (BFH v. 9.7.2003 – I R 48/02, BStBl. II 2004, 425; s. auch § 4 KStG Anm. 100).

Erfüllt eine Leistung des BgA die Voraussetzungen einer vGA, handelt es sich gleichzeitig um einen Kapitalertrag der Trägerkörperschaft iSd. Nr. 10 Buchst. b.

Zum Begriff der vGA bei BgA s. ausführl. § 4 KStG Anm. 116 und § 8 KStG Anm. 319 ff. Zur Behandlung dauerdefizitärer Einrichtungen als vGA s. BFH v. 22.8.2007 – I R 32/06, BStBl. II 2007, 961, und zur Änderung der Rechtslage durch das JStG 2009 s. § 8 KStG Anm. J 08-8 ff. (abrufbar im HHR-Archiv unter www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm).

362 cc) Betrieb gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit

Betrieb gewerblicher Art: Die Leistung muss von einem BgA iSd. § 4 KStG stammen. Zum Begriff des BgA s. § 4 KStG Anm. 20 ff. Empfänger einer Leistung können nur juristische Personen des öffentlichen Rechts sein, weil nur diese einen BgA unterhalten können.

Ohne eigene Rechtspersönlichkeit: Die Vorschrift erfasst nur BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Diese BgA stellen rechtl. einen unselbständigen Teil der juristischen Person des öffentlichen Rechts dar. Dennoch werden der BgA und die Trägerkörperschaft für stl. Zwecke fiktiv als jeweils selbständige Rechtssubjekte ähnlich einer KapGes. und deren Anteilseigner behandelt (BFH v. 23.1.2008 – I R 18/07, BStBl. II 2008, 573).

Nicht von der Körperschaftsteuer befreit: Betroffen sind nur Trägerkörperschaften, die einen nicht von der KSt befreiten BgA iSd. § 4 KStG unterhalten. Nur bei stpfl. BgA ist systematisch eine Nachbelastung des von dem Betrieb erwirtschafteten Gewinns notwendig.

363 dd) Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich oder Überschreiten von Umsatz- oder Gewinngrenze

Der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn eines BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit führt nur zu Kapitaleinkünften der Trägerkörperschaft, wenn der Gewinn durch BV-Vergleich ermittelt wird oder die in Nr. 10 Buchst. b Satz 1 näher definierten Umsatz- oder Gewinngrenzen überschritten werden. Dabei wäre es systematisch eigentlich geboten, auch den Gewinn eines BgA, bei dem die entsprechenden Umsatz- und Gewinngrenzen nicht überschritten sind, einer Nachbelastung nach Nr. 10 Buchst. b zuzuführen.

Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich: Die Erfassung des nicht einer Rücklage zugeführten Gewinns eines BgA als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach Nr. 10 Buchst. b setzt voraus, dass der BgA seinen Gewinn durch BV-Vergleich ermittelt. Es ist unerheblich, ob der BgA den Gewinn aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung (§ 5 Abs. 1 iVm. §§ 140, 141 AO; § 238 HGB; EigenbetriebsVO) oder freiwillig durch BV-Vergleich ermittelt (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 16). Zur Gewinnermittlung bei BgA s. BMF v. 3.1.2013, BStBl. I 2013, 59. Wird der Gewinn durch BV-Vergleich ermittelt, ist der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn unabhängig von Umsatz- und Gewinngrenzen als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erfassen.

Verstoß gegen gesetzliche Buchführungspflicht: Erfolgt die Gewinnermittlung trotz bestehender gesetzlicher Verpflichtung tatsächlich nicht durch BV-Vergleich, führt der (ggf. zu schätzende) Gewinn zu Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 1. Zwar besteht eine StPflcht nach dem Wortlaut der Vorschrift nur, wenn der BgA den Gewinn tatsächlich durch BV-Vergleich „ermittelt“, so dass allein eine gesetzliche Verpflichtung nicht ausreichen würde. Jedoch ist die Vorschrift uE dahingehend auszulegen, dass eine gesetzliche Pflicht zur Ge-

winnermittlung durch BV-Vergleich ausreichend ist (im Ergebnis glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 16).

Umsatz- und Gewinngrenze: Ermittelt ein BgA seinen Gewinn nicht durch BV-Vergleich, gehört der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn nur zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die Umsätze des BgA mehr als 350 000 € im Kj. oder der Gewinn mehr als 30 000 € im Wj. beträgt. Bei der Ermittlung der Umsatzgrenze sind auch stfreie Umsätze mit Ausnahme der Umsätze nach § 4 Nr. 8 bis 10 UStG zu berücksichtigen. Betroffen von der Regelung sind insbes. BgA, die nach landesrechtl. Vorschriften von gesetzlichen Buchführungspflichten befreit sind (BTDrucks. 14/7344, 17; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [401]). Nach den allg. für BgA geltenden Grundsätzen ist grds. für jeden einzelnen BgA die Umsatz- und Gewinngrenze zu ermitteln (WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 10). Eine Zusammenrechnung verschiedener BgA einer öffentlich-rechtl. Körperschaft erfolgt nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 4 Abs. 6 KStG (zu Einzelheiten s. § 4 KStG Anm. 80 ff.). Die Höhe der Umsatz- und Gewinngrenze orientierte sich in der ursprünglichen Gesetzesfassung an den Buchführungsgrenzen des § 141 AO. Nachdem die Buchführungsgrenzen des § 141 AO auf einen Umsatz von 500 000 € bzw. einen Gewinn von 50 000 € angehoben wurden, hat der Gesetzgeber ohne nähere Begründung auf eine entsprechende Anpassung der Umsatz- und Gewinngrenze der Nr. 10 Buchst. b allerdings verzichtet (VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 64).

ee) Gewinn nach § 22 Abs. 4 UmwStG

364

Anteilsveräußerung durch juristische Person des öffentlichen Rechts (§ 22 Abs. 4 Nr. 1 UmwStG): Die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes., die der Stpfl. anlässlich einer Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 UmwStG erhalten hatte, kann gem. § 22 Abs. 1 UmwStG zu einem stpfl. Veräußerungsgewinn gem. § 16 führen. Nach der Reform des UmwStRechts durch das SEStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4) ist die Veräußerung von im Rahmen einer Einbringung erhaltenen Anteilen nach § 22 Abs. 1 UmwStG nur noch innerhalb eines Zeitraums von sieben Jahren nach dem Einbringungszeitpunkt stpfl. Der Gewinn ist rückwirkend im Wj. der Einbringung zu erfassen. Erfolgt die Anteilsveräußerung durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts, gilt der Gewinn nach § 22 Abs. 4 Nr. 1 UmwStG als in einem BgA entstanden. Dieser Gewinn iSd. § 22 Abs. 4 UmwStG führt nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 Halbs. 2 zu einem stpfl. Kapitalertrag der Trägerkörperschaft.

Anteilsveräußerung durch steuerbefreite Körperschaft (§ 22 Abs. 4 Nr. 2 UmwStG): Erfolgt die Veräußerung solcher Anteile durch eine stbefreite Körperschaft, gilt der Gewinn nach § 22 Abs. 4 Nr. 2 UmwStG als in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb als entstanden. Nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 Halbs. 2 iVm. Satz 4 führt dies zu einem stpfl. Kapitalertrag der stbefreiten Körperschaft. Zur stl. Erfassung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben s. Anm. 380.

ff) Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nach § 21 Abs. 3 UmwStG aF

365

Die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 3 UmwStG aF konnte nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 Halbs. 2 in der bis 2006 geltenden Fassung zu einem Kapitalertrag für die Trägerkörperschaft führen.

Einbringungsgeborene Anteile nach § 21 UmwStG aF: Das UmwStRecht hat durch das SEStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4) teilweise eine konzeptionelle Neuausrichtung erfahren. Vor der Reform des UmwStRechts stellten Anteile an KapGes., die der Stpfl. im Rahmen einer Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils erhielt, einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF dar. Die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile galt nach § 21 Abs. 3 UmwStG aF als Veräußerungsgewinn iSd. § 16. Das Besteuerungskonzept für einbringungsgeborene Anteile wurde durch das SEStEG v. 7.12.2006 aufgegeben. Dementsprechend wurde auch die Regelung der Nr. 10 Buchst. b an das neue UmwStG angepasst (s. Anm. 364).

Veräußerung einbringungsgeborener Anteile im Rahmen der Nr. 10 Buchst. b aF: Der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 3 UmwStG aF führte zu einem Kapitalertrag gem. Nr. 10 Buchst. b. Der Gewinn galt als in einem BgA erzielt. Der Gewinn wurde unabhängig davon erfasst, ob eine Gewinnermittlung durch BV-Vergleich vorgenommen oder die Umsatz- und Gewinngrenze der Nr. 10 Buchst. b Satz 1 überschritten wurde (SCHIFFERS, BB 2003, 398 [401]). Dabei wurde nicht nur ein Gewinn aufgrund einer Veräußerung, sondern auch ein solcher aufgrund der Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG aF erfasst (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 28; ORTH, DB 2007, 419 [424]; WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 15).

Fortgeltung der alten Rechtslage: Diese Rechtslage gilt nach § 52 Abs. 37a Satz 5 auch in der Zukunft fort, denn auf einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF, die aus einer Einbringung vor dem 12.12.2006 hervorgegangen sind, finden die Regelungen der Nr. 10 Buchst. b in der am 12.12.2006 geltenden Fassung auf Dauer weiter Anwendung. Der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile führt daher auch nach dem 31.12.2006 bei der Trägerkörperschaft zu Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 10 Buchst. b.

366 gg) Rechtsfolge

Mit den Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. b unterliegt die Trägerkörperschaft der beschränkten StPflcht gem. § 2 Nr. 2 KStG. Die Besteuerung beschr. sich auf die Vornahme des KapErtrStAbzugs iHv. 15 % gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7c iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (WASSERMEYER in KSM, § 20 Rn. JB 1). Der KapErtrStAbzug hat gem. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltende Wirkung.

367–369 Einstweilen frei.

b) Auflösung von Rücklagen (Satz 2)

370 aa) Auflösung von Rücklagen zu betriebsfremden Zwecken

Die Auflösung von Rücklagen für Zwecke außerhalb des BgA führt zu stpfl. Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b. Eine Verwendung für außerbetriebliche Zwecke liegt vor, wenn die Rücklagen für den hoheitlichen Bereich, aber auch wenn sie für einen anderen BgA derselben Trägerkörperschaft verwendet werden (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 26). Die in die Rücklagen eingestellten Gewinne wurden nach Nr. 10 Buchst. b Satz 1 zunächst nicht auf der Ebene der Trägerkörperschaft besteuert, weil sie im Bereich des BgA verblieben sind (s. Anm. 360). Eine Nachbelastung iSd. Nr. 10 Buchst. b hat daher zu erfolgen, wenn die Rücklagen den Bereich des BgA verlassen, indem sie von der Träger-

körperschaft nicht für Zwecke des BgA verwendet werden (VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 65). Insoweit ist die Auflösung der Rücklagen mit einer Gewinnausschüttung vergleichbar. Nr. 10 Buchst. b Satz 2 sorgt somit für eine lückenlose Nachbelastung der von einem BgA erzielten Gewinne (BFH v. 16.11.2011 – I R 108/09, BStBl. II 2013, 328).

Auflösung von Rücklagen aus Altgewinnen: Dagegen führt die Auflösung von Gewinnrücklagen, die noch unter der Geltung des Anrechnungsverfahrens gebildet wurden, nicht zu Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b, weil diese bereits mit 40 % KSt belastet sind, so dass eine Nachbelastung nicht gerechtfertigt ist.

BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 25; KRÄMER in DJPW, § 4 KStG Rn. 317; SCHIFFERS, BB 2003, 398 (403); RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 344; s. ausführl. Anm. 385.

bb) Einbringung nach dem UmwStG

371

Die Rücklagen gelten als aufgelöst und führen zu Kapitaleinkünften iSd. Nr. 10 Buchst. b, wenn der BgA nach §§ 20 ff. UmwStG in eine KapGes. eingebracht oder nach § 25 UmwStG durch Formwechsel in eine KapGes. umgewandelt wird. Die Rücklagen stehen nach der Umwandlung nur noch der KapGes. und nicht mehr einem BgA zur Verfügung, so dass im Zeitpunkt der Umwandlung eine Nachbelastung der Beträge, die bisher zulässigerweise in eine Rücklage eingestellt wurden, notwendig wird (ORTH, DB 2007, 419 [423]). Die Einbringung wird somit der Verwendung der Rücklagen für Zwecke außerhalb des BgA gleichgestellt.

Einstweilen frei.

372–374

c) Werbesendungen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (Satz 3)

375

Nr. 10 Buchst. b Satz 3 schafft eine Sonderregelung für die Veranstaltung von Werbesendungen durch inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten. Als Gewinn, der der Trägerkörperschaft als Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 1 zugerechnet wird, gelten danach lediglich 75 % des Einkommens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG. § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG enthält wiederum eine pauschalierende Sonderregelung für die Ermittlung des Einkommens aus dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen durch inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten. Der Gesetzgeber wollte damit die Nachbelastung des Einkommens dieser BgA durch Erhebung von KapErtrSt sicherstellen (BTDrucks. 14/7780, 4).

Inländische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten: Zu den inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten gehören die Anstalten der ARD sowie das ZDF. Sie unterhalten mit der Veranstaltung von Werbesendungen einen BgA iSd. § 4 KStG (FG München v. 2.12.1969 – I (VII) 83/67, EFG 1970, 189, rkr.).

Höhe der Einnahmen: Die den öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten zuzurechnenden Einnahmen betragen 75 % des Einkommens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG. § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG bestimmt, dass das Einkommen des BgA aus dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen in pauschalierter Form ermittelt wird. Danach beträgt das Einkommen aus dem Geschäft der Veranstaltung von Werbesendungen durch inländ. öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalten 16 % der Entgelte aus Werbesendungen (zu Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 25). Die Ermittlung der Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Nr. 10 Buchst. b

Satz 3 schließt aufgrund des Verweises auf § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG unmittelbar an diese Sonderregelung über die Ermittlung des Einkommens an. Daher können weder Einkommensteile des BgA einkommenmindernd in eine Rücklage eingestellt (BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 30) noch können Verluste aus anderen BgA, die die öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalt ggf. unterhält, bei der Ermittlung der Einnahmen iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 3 berücksichtigt werden.

Gewinn iSd. Satzes 1: Das um 25 % geminderte Einkommen nach § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG gilt als Gewinn iSd. Nr. 10 Buchst. b Satz 1, so dass dieser Betrag der öffentlich-rechtl. Rundfunkanstalt als Einnahmen aus Kapitalvermögen zuzurechnen ist. Die Einnahmen werden gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7c einem 15 %igen KapErtrStAbzug unterworfen, der abgeltende Wirkung hat.

376–379 Einstweilen frei.

380 d) Behandlung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben (Satz 4)

Entsprechende Anwendung: Die für BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit geltenden Grundsätze sind nach Nr. 10 Buchst. b Satz 4 auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe (§ 14 AO) von stbefreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen entsprechend anzuwenden. Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe stbefreiter Körperschaften befinden sich mit einem BgA insoweit in einer vergleichbaren Situation, als eine Nachbelastung des niedrig besteuerten Gewinns nach Einführung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit zu gewährleisten ist. Die StPflcht wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe von stbefreiten Körperschaften ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Nr. 5, 7, 9, 19 und 22 KStG.

Zum Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs s. § 5 Anm. 220 ff.

Rechtsfolge: Gewinne eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs führen zu Kapitaleinkünften der dahinter stehenden stbefreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse. Die Einnahmen werden gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7c einem 15 %igen KapErtrStAbzug unterworfen, der abgeltende Wirkung hat (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG).

381–384 Einstweilen frei.

385 e) Einlagenrückgewähr aus dem steuerlichen Einlagekonto nach § 27 KStG (Satz 5)

Einlagenrückgewähr: Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten, sollen von der Trägerkörperschaft – wie bei regulären Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 Nr. 1 – nicht als Einnahmen versteuert werden (BFH v. 9.6.2010 – I R 43/09, BFH/NV 2010, 2117). Die Rückzahlung von Einlagen kann auch bei anderen kstpfl. StSubjekten regelmäßig steuerneutral erfolgen (s. Anm. 100 ff.). Die Besteuerung von BgA soll insoweit gleichgestellt werden. Daher ist Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 im Rahmen der Nr. 10 Buchst. b entsprechend anzuwenden (WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 117). Im Einlagekonto nach § 27 KStG werden nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen erfasst. Um feststellen zu können, ob Beträge aus dem Einlagekonto verwendet wurden, haben auch BgA nach § 27 Abs. 7 KStG ein stl. Einlagekonto zu führen (BFH v. 16.11.2011 – I R 108/09, BStBl. II 2013, 328). Zu Einzelheiten s. § 27 KStG Anm. 145 ff.

Gewinnrücklagen und Einlagen aus der Zeit des Körperschaftsteueranrechnungsverfahrens: Gewinnrücklagen und Einlagen, die bereits unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens gebildet bzw. zugeführt wurden, gehören nicht zu den stpfl. Kapitalerträgen iSd. Nr. 10 Buchst. b, weil eine Nachbelastung zu einer systemwidrigen Besteuerung führen würde (glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 25; KRÄMER in DJPW, § 4 KStG Rn. 317; SCHIFFERS, BB 2003, 398 [403]; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 344). Die aus Altgewinnen gebildeten Rücklagen sind bereits mit einer KSt von 40 % belastet, so dass eine erneute Besteuerung auf der Ebene der Trägerkörperschaft eine Überbesteuerung bewirken würde. Auch eine Nachbelastung von Altgewinnen, die noch vorhanden sind, ist nicht sachgerecht, weil die Rückgewähr von Einlagen vor und nach dem Systemwechsel keine stpfl. Kapitalerträge auslösen soll (BTDrucks. 14/2683, 114).

Anfangsbestand des Einlagekontos: Diese Altgewinne und Altgewinne sind in den Anfangsbestand des Einlagekontos aufzunehmen, um eine steuerneutrale Behandlung sicherzustellen (glA BMF v. 11.9.2002, BStBl. I 2002, 935 – Tz. 25; s. auch § 27 KStG Anm. 151 ff.; krit. SEMMLER/ZIMMERMANN, DB 2005, 2153 [2155]). Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, wie der Anfangsbestand des Einlagekontos bei BgA zu ermitteln ist, so dass der Anfangsbestand grds. mit 0 DM anzusetzen wäre (BFH v. 21.8.2007 – I R 78/06, BStBl. II 2008, 317; v. 9.4.2008 – I R 68-70/06, GmbHR 2008, 1111). Jedoch ist es uE zur Vermeidung einer systemwidrigen Besteuerung von Altgewinnen und Altrücklagen geboten, diese auch ohne ausdrückliche Regelung in den Anfangsbestand des Einlagekontos aufzunehmen (s. ausführl. § 27 KStG Anm. 151 ff.).

▶ *Altgewinne zum Ausgleich von Verlusten:* Einlagen, die unter der Geltung des KStAnrechnungsverfahrens von der Trägerkörperschaft dem BgA zum Ausgleich von Verlusten zugeführt wurden, sind dagegen nicht in den Anfangsbestand des Einlagekontos aufzunehmen (BFH v. 21.8.2007 – I R 78/06, BStBl. II 2008, 317; v. 9.4.2008 – I R 68-70/06, GmbHR 2008, 1111; BOTT, DSStZ 2009, 710 [712]).

Einstweilen frei.

386–399

VI. Einnahmen aus Stillhaltergeschäften (Abs. 1 Nr. 11)

Schrifttum: PETER, Die steuerrechtliche Behandlung von Finanzinnovationen, FR 1998, 545; LOHR, Aktuelles Beratungs-Know-how Besteuerung von Kapitalvermögen, DSStR 2002, 1893; PHILIPOWSKI, Verfall wertlos gewordener Kauf- und Verkaufsoptionen, DSStR 2004, 978; HAISCH, Besteuerung von Finanzprodukten unter der Abgeltungsteuer, DSStZ 2007, 762; HELIOS/PHILIPP, Besteuerung von Optionsgeschäften im Abgeltungsteuersystem – Gestaltungsmissbrauch bei der Veräußerung von faktisch wertlosen Optionsscheinen?, BB 2010, 95; PHILIPOWSKI, Die asymmetrische Besteuerung von Stillhaltergeschäften ist nicht gerechtfertigt, DSStR 2011, 1298.

1. Sachlicher Umfang der Kapitalerträge

400

Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören seit der Umstellung der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte auf das System der abgeltenden KapErtrSt zum 1.1.2009 auch die Stillhalterprämien, also das Entgelt, das ein Stpfl. für die Einräumung einer Kauf- oder Verkaufsoption erhält, sofern das Options-

geschäft nach dem 31.12.2008 eingegangen wurde. Wird ein Optionsgeschäft an der Terminbörse (EUREX) durch Abschluss eines Gegengeschäfts glattgestellt (Schuldaufhebungs- und Verrechnungsabrede), ist nach Nr. 11 Halbs. 2 die für das Glattstellungsgeschäft gezahlte Prämie von der empfangenen Stillhalterprämie abzuziehen. Nur die positive Differenz ist als Einnahme aus Kapitalvermögen anzusetzen. Diese Regelung entspricht der jüngeren Rspr. des BFH, die mit der hM die Stillhalterprämie bisher als sonstige Leistung iSd. § 22 Nr. 3 eingeordnet hatte, sofern es sich nicht um ein Geschäft im betrieblichen Bereich gehandelt hat (BFH v. 28.11.1984 – I R 290/81, BStBl. II 1985, 264; v. 28.11.1990 – IX R 197/87, BStBl. II 1990, 300; v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 17.4.2007 – IX R 23/06, BStBl. II 2007, 606; v. 17.4.2007 – IX R 40/06, BStBl. II 2007, 608; BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986; Nds. FG v. 8.8.2006 – 13 K 463/02, EFG 2007, 126, mit Bespr. HARENBERG, NWB 2007 F. 3, 14534; best. durch BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, BStBl. II 2007, 608, vor Einführung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF); zur Systemwidrigkeit der Nr. 11 im Rahmen des § 20 s. Anm. 401 aE.

401 2. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 11

Einräumung einer Option: Bei einem Optionsgeschäft räumt der Stillhalter (Optionsgeber) dem Käufer der Option (Optionsnehmer) das Recht ein, zu einem späteren Zeitpunkt ein Geschäft über ein WG, zB den Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers, zu vorab festgelegten Konditionen abzuschließen (bedingtes Termingeschäft). Im Gegensatz zum echten Termingeschäft geht der Optionsnehmer jedoch keine Verpflichtung zum Erwerb des Optionsguts ein. Die Übertragung des Optionsguts erfolgt erst bei Ausübung der Option in einem zweiten Akt. Im Gegensatz dazu gehen beim Festgeschäft beide Vertragsparteien bereits bei Abschluss des Geschäfts die feste Verpflichtung ein, zu einem späteren Zeitpunkt das WG zum vereinbarten Preis zu liefern und abzunehmen (unbedingtes Termingeschäft).

Entgelt aus dem Optionsgeschäft: Mit einem Optionsgeschäft erwirbt der Käufer der Option (Optionsnehmer) vom Verkäufer der Option (Optionsgeber oder Stillhalter) gegen Bezahlung einer Optionsprämie das Recht, eine bestimmte Anzahl Basiswerte (zB Aktien) aE der Laufzeit oder jederzeit innerhalb der Laufzeit der Option (so möglich bei EUREX-Optionen) zum vereinbarten Basispreis entweder vom Verkäufer der Option zu kaufen (Kaufoption oder call) oder an ihn zu verkaufen (Verkaufsoption oder put). Diesem Recht des Optionskäufers steht die entsprechende Verpflichtung des Verkäufers der Option gegenüber, die Basiswerte zu liefern oder abzunehmen, wenn der Optionskäufer sein Optionsrecht ausübt. Für die Einräumung dieser Option erhält der Optionsgeber vom Optionsnehmer eine Prämie, die unabhängig von Schicksal der Option in seinem Vermögen verbleibt. Das Entgelt ist also unabhängig davon, ob die Option ausgeübt wird oder aE der Laufzeit verfällt. Wird das Optionsgut geliefert, stellen die Optionsprämien bei Optionsnehmer AK des WG dar. Die stl. Behandlung der Optionsprämie bei Nichtausübung der Option ist str., s. HELIOS/PHILIPP, BB 2010, 95 (97); s. Anm. 476.

Lieferung des Basiswerts: Muss der Stillhalter den Basiswert bei Ausübung einer Kaufoption liefern, liegt ein Tatbestand des Abs. 2 vor, wenn es sich bei dem Basiswert um ein WG iSv. Abs. 2 handelt. Nach Auffassung der FinVerw. wird die Stillhalterprämie bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nicht be-

rücksichtigt (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 26). Nach PHILIPOWSKI (DStR 2011, 1298 [1300]) soll Abs. 1 Nr. 11 hingegen nur einen Auffangtatbestand bilden. In den Fällen der Lieferung des Basiswerts soll die Optionsprämie vielmehr zu den Einnahmen aus der Veräußerung des Basiswerts gehören, die nach Abs. 4 Satz 1 bei der Ermittlung des Gewinns (oder Verlusts) iSv. Abs. 2 anzusetzen wären. UE de lege lata problematisch. Zur Möglichkeit der Verlustverrechnung bei Kaufoptionen über Aktien s. Anm. 620.

Auflösung der Option durch Glattstellung: Steuerbar ist nach Nr. 11 grds. die Bruttoeinnahme, also die vereinnahmte Prämie ohne Abzug von WK (§ 9 Satz 1), es sei denn, der Optionsnehmer beendet das laufende Optionsgeschäft durch ein Glattstellungsgeschäft. In diesem Fall ist nach Nr. 11 Halbs. 2 nur der Saldo aus Prämieeinnahme abzgl. der Aufwendungen für das Glattstellungsgeschäft stbar. Die Aufwendungen für das Glattstellungsgeschäft stellen in diesem Fall abziehbare WK iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1 dar (BFH v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995).

► *Glattstellung:* Glattstellungsgeschäfte sind ausschließlich an den organisierten Terminbörsen wie der EUREX möglich. Bei einer Glattstellung, die zivilrechtl. eine Schuldauflösungs- und Verrechnungsabrede enthält, schließt der Stpfl. ein Gegengeschäft, Beispiel: Der Inhaber einer Kauf- oder Verkaufsoption verkauft eine Option derselben Serie, aus der er zuvor gekauft hat, um sich von seinen Verpflichtungen aus seinem Ursprungsgeschäft (Basisgeschäft) zu lösen. Kennzeichnet er das Geschäft als Glattstellungs- oder Closing-Geschäft, bringt er damit Rechte und Pflichten aus beiden Geschäften zum Erlöschen. Umgekehrt kann sich auch der Optionsverkäufer (Stillhalter) vor Ablauf der Optionsfrist durch Kauf einer Option derselben Serie aus seiner Verpflichtung lösen. Nach der zutreffenden Rspr. des BFH ist zwischen Eröffnungs-, Basis- und Gegengeschäft (BFH v. 18.12.2002 – I R 17/02, BStBl. II 2004, 126; v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 17.4.2007 – IX R 40/06, BStBl. II 2007, 608) zu trennen (Trennungstheorie). Deshalb bilden das die Prämie auslösende Einräumen einer Option und das nachfolgende Geschäft (die Glattstellung) kein einheitliches Geschäft. Der Optionsgeber erhält die Prämie als Gegenleistung für eine wirtschaftlich und rechtl. selbständige Leistung, nämlich für seine vertraglich eingegangene Bindung und das damit verbundene Risiko, in Anspruch genommen zu werden. Er behält sie auch, wenn er aus der Option nicht in Anspruch genommen wird und ein Basisgeschäft nicht durchführen muss (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300); zur Abgrenzung der im Stillhalten liegenden stbaren Leistung von Einkünften aus Kapitalvermögen sowie von Einkünften aus Gewerbebetrieb nach dem bis zum VZ 2008 geltenden Regelungen s. insbes. BFH v. 7.9.2004 – IX R 73/00, BFH/NV 2005, 51.

► *Glattstellungsaufwendungen als Werbungskosten:* Die Abziehbarkeit der Glattstellungsaufwendungen beruht auf der zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 aF ergangenen Rspr. des BFH v. 29.6.2004 (IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995), nach der ein Stpfl., der seine erworbenen Optionsrechte innerhalb der früheren Spekulationsfrist glattstellte, in Höhe der Differenz zwischen der bei Abschluss des Eröffnungsgeschäfts gezahlten und der bei Abschluss des Gegengeschäfts vereinnahmten Optionsprämien den StTatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b aF verwirklichte (BMF v. 10.11.1994, BStBl. I 1994, 816 – Tz. 15; BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 – Tz. 26; dazu HARENBERG, FR 2002, 109; LOHR, DStR 2002, 1893; HAMACHER, WM 1995, 777). Dies galt unabhängig davon, welcher Basiswert den Gegenstand des Optionsgeschäfts bildete (BFH v.

24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; PETER, FR 1998, 545; PHILIPOWSKI, DStR 2004, 978).

► *Keine Folgerichtigkeit bei Anwendung des Bruttoprinzips:* Abs. 1 Nr. 11 stellt eine Ausnahme von dem seit VZ 2009 im Bereich der Kapitaleinkünfte geltenden Prinzip der Bruttobesteuerung dar und kehrt nur für diesen Bereich zum bislang geltenden objektiven Nettoprinzip zurück; zur verfassungsrechtl. Problematik der Bruttobesteuerung s. Anm. 7.

► *Negativer Saldo aus Stillhalterprämie und Glattstellungsaufwendungen:* Hat der Stpfl. für das Glattstellungsgeschäft höhere Aufwendungen als Einnahmen aus der Stillhalterprämie, kommt es zu einem negativen Saldo. Dieser „Verlust“ stellt uE einen WK-Überschuss (nicht negative Einnahmen) dar, der stl. beachtlich ist und zur Verrechnung mit anderen positiven Kapitalerträgen zur Verfügung steht (glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 349). Wenngleich in der amtlichen Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/4841, 54) nur von „verbleibenden Vermögenszuwachs“ die Rede ist, entspricht die Berücksichtigung des negativen Saldos der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dem in Abs. 1 Nr. 11 noch durchgeführten objektiven Nettoprinzip.

► *Isolierte Glattstellungsgeschäfte:* Glattstellungsgeschäfte iSd. Nr. 11 liegen uE nur vor, wenn der Stpfl. ausdrücl. in seinem Auftrag an die ausführende Bank zu erkennen gibt, dass es sich um ein Glattstellungsgeschäft handelt. Der Auftrag muss also mit dem sog. Closing-Vermerk versehen werden. Fehlt es an diesem Glattstellungsvermerk, liegt kein Gegengeschäft iSd. Nr. 11 vor, auch wenn der Stpfl. – wirtschaftlich gesehen – ein Gegengeschäft zu einem bereits vorher eingegangenen Eröffnungsgeschäft abschließt.

Optionsgeschäfte außerhalb der Terminbörsen: Dem Wortlaut der Nr. 11 nach sind nur die Aufwendungen für (beendende) Glattstellungsgeschäfte stmindernd zu berücksichtigen. Glattstellungsgeschäfte, die das Optionsgeschäft (Eröffnungsgeschäft) beenden, können nur an den organisierten Terminbörsen (EUREX) eingegangen werden, an denen die unmittelbare Übertragung der Optionen an andere Marktteilnehmer ausgeschlossen ist. Aufwendungen für Deckungsgeschäfte außerhalb der Terminbörse (sog. einfache Glattstellung), also (Gegen-)Optionsgeschäfte, die das Eröffnungsgeschäft nur wirtschaftlich beenden, können uE nicht mindernd berücksichtigt (aA HAI SCH, DStZ 2007, 762), da die nach dem Wortlaut der Nr. 11 geforderte rechtl. Verknüpfung zwischen Eröffnungsgeschäft und Glattstellungsgeschäft fehlt. Eine sachliche Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung wirtschaftlich identischer Vorgänge ist jedoch nicht ersichtlich. Hier ist deshalb der Gesetzgeber aufgefordert, für eine Klartstellung zu sorgen.

Periodenüberschreitender Zu- und Abfluss: Nicht selten fallen Zufluss der Optionsprämie und Zahlung der Glattstellungsaufwendungen in zwei unterschiedliche VZ. Bei Beachtung des Zu- und Abflussprinzips aus § 11 ist die Stillhalterprämie im Jahr des Zuflusses (§ 11 Abs. 1) zu versteuern; die Glattstellungsaufwendungen sind im Jahr des Abflusses (§ 11 Abs. 2) als WK zu berücksichtigen. Die in einem Folgejahr entstandenen Glattstellungsaufwendungen rechtfertigen indes keine Korrektur des StBescheids aus § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO heraus, denn die Zahlung der Glattstellungskosten ist keine nachträglich bekannt gewordene Tatsache iS der Vorschrift. Eine Änderung des StBescheids wegen eines rückwirkenden Ereignisses gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO scheidet uE ebenfalls aus, da die Zahlung der Glattstellungsaufwendungen kein Ereignis

mit stl. Rückwirkung auf das Jahr der Vereinnahmung der Stillhalterprämie ist (aA HAISCH, DStZ 2007, 762).

Beispiel: A erhält 2009 für den Verkauf von Optionen (Eröffnungsgeschäft) eine Prämie über 1000 €. Diese Geschäft stellt er 2010 glatt (Glattstellungsgeschäft), wofür er 500 € an Optionsprämien zu zahlen hat. Eine Berücksichtigung der Glattstellungsaufwendungen im VZ 2009 ist nicht möglich, so dass der Stpfl. 2009 die Stillhalterprämie in voller Höhe zu versteuern hat. Die Aufwendungen im Jahr 2010 können nur von der das Optionsgeschäft abwickelnden Bank im Rahmen des Verrechnungstopfes nach § 43a Abs. 3 Satz 2 als „negative Einnahmen“ berücksichtigt, also mit anderen positiven Einnahmen aus Kapitalvermögen verrechnet oder auf das Folgejahr vorgetragen werden. Zudem hat der Stpfl. nach § 32d Abs. 4 die Möglichkeit, zur Berücksichtigung der Aufwendungen im Jahr 2010 eine Veranlagung (Wahlveranlagung zum Abgeltungstarif) zu beantragen.

Verrechnung von Altverlusten: Einnahmen aus Stillhaltergeschäften, die bisher von § 22 Nr. 3 EStG aF erfasst wurden, stellen bei Zufluss nach dem 31.12.2008 Einnahmen aus Kapitalvermögen da. Sofern die für Stillhaltergeschäfte die auf Einkünfte aus § 22 Nr. 3 begrenzte Verlustverrechnung weiter gilt, kommt es vor, dass bis zum 31.12.2008 noch nicht ausgeglichene Verluste aus Stillhaltergeschäften insgesamt stl. unberücksichtigt bleiben. Entsprechend der Übergangsregelung für Altverluste aus privaten Veräußerungsgeschäften in § 23 Abs. 3 Satz 9 können jetzt mit der Einführung des § 22 Nr. 3 Sätze 5 und 6 durch das JStG 2009 Altverluste aus Stillhaltergeschäften übergangsweise – für fünf Jahre – mit Einkünften aus Abs. 1 Nr. 11 verrechnet werden. Damit ist gewährleistet, dass Stpfl. Verluste aus Stillhaltergeschäften für eine Übergangszeit verrechnen dürfen, obwohl die Einnahmen aus Stillhaltergeschäften, soweit sie nach dem 31.12.2008 zufließen, zukünftig nicht mehr von § 22 Nr. 3 erfasst werden. Im Ergebnis wird eine Verrechnung von negativen sonstigen Einkünften nach bisherigem Recht mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen zugelassen.

Beispiel: Anleger A erzielt aus einem Stillhaltergeschäft im Jahr 2008 Verluste iHv. 10000 €, die er im VZ wegen fehlender Gewinne aus Stillhaltergeschäften iSd. § 22 Nr. 3 nicht mehr ausgleichen kann. Im VZ 2009 erzielt er aus 2009 eingegangenen Stillhaltergeschäften positive Erträge iSd. Abs. 1 Nr. 11 von 20000 €, von denen die ausführende Bank die abgeltende KapErtrSt (Abgeltungsteuer) von 25 % einbehält und abführt. Die festgestellte Verluste des Jahres 2008 kann A im Wege der besonderen Veranlagung der Kapitaleinkünfte (§ 32d Abs. 4) für 2009 mit den positiven Stillhaltererträgen verrechnen (§ 22 Nr. 3 Sätze 5 und 6).

Abwandlung: wie zuvor, nur hat A hat im Jahr 2009 5000 € positive Erträge aus Stillhaltergeschäften und im Jahr 2010 weitere 5000 € positive Erträge. Die Verluste aus dem Jahr 2008 können in beiden Jahren nach Maßgabe des § 10d mit den positiven Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 11 verrechnet werden.

Systemwidrigkeit der Nr. 11: Die Vorschrift muss unter zwei Gesichtspunkten krit. betrachtet werden. Die Einordnung der Stillhalterprämie als Einnahmen aus Kapitalvermögen ist dem Tatbestand des § 20 Abs. 1 wesensfremd. Die Prämie ist kein Entgelt für die Überlassung von Kapital zur Nutzung auf Zeit (Zins) iSd. Abs. 1 Nr. 4 bis 8 und auch kein Ausfluss eines Mitgliedschaftsrechts (Gewinnbezugsrecht) aus der Beteiligung an einer KapGes. iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2, 9 und 10. Die Prämie wird vielmehr als Entgelt für die besonderen Verpflichtungen und Leistung des Stillhalters, wie Zinsverzicht, Eingehen eines Risikos und Bindung an das Optionsversprechen gezahlt. Darüber hinaus ist der Abzug der Glattstellungsprämien ein sachlich nicht gerechtfertigter Systembruch. Glattstellungsprämien werden den WK zugeordnet. Da aber der WK-Abzug bei den Einnahmen aus Kapitalvermögen nach Einführung der Abgeltungsteuer grds.

ausgeschlossen ist (Abs. 9 Satz 1) ist der Abzug der Gattstellungsprämien – systemwidrig – im Besteuerungstatbestand selbst geregelt worden. Die Berücksichtigung der Gattstellungsprämien entspricht zwar dem objektiven Nettoprinzip und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, ist aber unter dem Regime einer Abgeltungsteuer mit einem niedrigen, die WK typisierend berücksichtigenden StStz nicht folgerichtig. Bevorzugt werden, ohne erkennbar sachliche Rechtfertigung, die Einnahmen des Stillhalters; benachteiligt sind Stpfl. mit anderen Einnahmearten iSd. Abs. 1, denen kein zusätzlicher Abzug von Erwerbsaufwendungen gewährt wird. Systematisch zutreffender wäre uE weiterhin die Einordnung des Tatbestands unter die sonstigen Einkünfte des § 22 Nr. 3.

402–419 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungstatbestände

Schrifttum: RONIG, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, DB 2010, 128; DINKELBACH, Einlagen und Abgeltungsteuer – Gestaltungsmöglichkeiten und Nachbesserungsbedarf, DStR 2011, 941; GRAF/PAUKSTADT, Abgeltungsteuer – Praxiserfahrungen, Verbesserungsbedarf und Gestaltungsempfehlungen, FR 2011, 249; KNOBLAUCH, Verlustberücksichtigung bei Veräußerung „beinahe“ wertloser Wertpapieren, DStR 2013, 798; WEBER-GRELLET, Die Funktion der Kapitalertragsteuer im System der Abgeltungsteuer, DStR 2013, 1357 (Teil 1), DStR 2013, 1412 (Teil 2).

I. „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch ...“ (Einleitungssatz)

420 1. Bedeutung des Einleitungssatzes

Während frühere Gesetzesfassungen (vgl. § 8 Abs. 2 EStG 1920 und § 37 Abs. 2 EStG 1925) nicht zwischen den Begriffen „Einkommen“, „Erträge“ und „Einkünfte“ differenzierten, wird Abs. 2 seit dem EStG 1934 mit den noch heute vorhandenen Worten eingeleitet: „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch ...“. Damit wird klargestellt, dass sich die zu den Einkünften aus Kapitalvermögen führenden Einnahmen nicht in der Aufzählung des Abs. 1 erschöpfen. Im Anschluss an Abs. 1 folgte in Abs. 2 aF eine Aufzählung von ganz unterschiedlichen Einnahmetatbeständen, zB Einnahmen aus der Veräußerung von Zins- und Dividendscheinen, Stückzinsen und Einnahmen aus der Veräußerung von finanzinnovativen Schuldverschreibungen. Der Einleitungssatz blieb auch erhalten, als die Vorschrift mit dem UntStReformG 2008 grundlegend umgestaltet und um die Einnahmen aus der Veräußerung, Abtretung, Rückzahlung und Rückgabe von Kapitalanlagen jeder Art erweitert wurde. Abs. 2 nimmt in der aktuellen Fassung weitgehend die Tatbestände des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 aF auf, soweit die Veräußerung von Kapitalforderungen betroffen sind. Im Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sind nur noch die Veräußerungsgeschäfte verblieben, die nicht Kapitalforderungen, sondern andere private WG, zB Edelmetalle oder ausländ. Währungen in physischer Form, zum Gegenstand haben. Somit sind seit Einführung des Abgeltungsteuersystems zum 1.1.2009 alle realisierten Wertzuwächse (Anschaffungen nach dem

31.12.2008) aus einer Veräußerung oder ihr gleichgestellte Vorgänge als letzter Akt der Fruchtziehung, als Einnahmen aus Kapitalvermögen stbar, ohne dass es noch auf eine Haltefrist der Kapitalanlage ankommt. Obwohl die Einkünfte aus Kapitalvermögen nach wie vor gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 nicht zu den Gewinneinkunftsarten, sondern zu den Überschusseinkunftsarten gehören, hat der Gesetzgeber unter Missachtung dieser stl. Systematik und Terminologie als Bemessungsgrundlage in Abs. 2 weiterhin den „Gewinn“ aus dem bisherigen § 23 Abs. 3 und nicht den in Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF zutreffenderen Begriff der „Einnahmen aus der Veräußerung“ übernommen.

2. Verhältnis zu Abs. 1

421

Da der Gesetzgeber mit der Systemumstellung einerseits sämtliche Veräußerungs-, Einlösungs- und Rückzahlungsfälle von Abs. 2 erfassen wollte, andererseits Kapitalforderungen unabhängig davon, ob die Rückzahlung des Kapitals gewiss ist oder nicht, hat sich auch eine Verschiebung im Hinblick des Verhältnisses von Abs. 1 und Abs. 2 zueinander ergeben. Das „auch“ im Einleitungssatz von Abs. 2 Satz 1 darf daher nicht in einer Subsidiarität verstanden werden. Abs. 1 und Abs. 2 stehen vielmehr selbständig nebeneinander. Während die laufenden Erträge gem. Abs. 1 versteuert werden, unterliegen Veräußerungs-, Einlösungs- und Rückzahlungsfälle Abs. 2 (vgl. auch JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/7 5, D/7 2).

Erfassung laufender Ertragskomponenten von Abs. 2: Die bisherige Unterscheidung zwischen „in Veräußerungsgewinnen enthaltenen laufenden Ertragskomponenten“ und „echten“ Veräußerungsgewinnen ist mit der Systemumstellung obsolet (WEBER-GRELLET, DStR 2013, 1357 [1361]). Vielmehr werden die Erlöse aus der Veräußerung, Einlösung oder Rückzahlung in vollem Umfang von Abs. 2 erfasst (SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 1366; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/7 17). Dies gilt sowohl für Auf- oder Abzinsungspapiere (s. Anm. 511) als auch für Stückzinsen (s. Anm. 511, 513).

► *Keine materiell-rechtlichen Auswirkungen:* Die Unterscheidung hat keine materiell-rechtl. Auswirkungen. Die Einkünfte unterliegen in beiden Fällen dem besonderen StStz des § 32d oder – in den Fällen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 – der tariflichen ESt. Unterschiede können sich allenfalls im Rahmen der StErhebung (StAbzugsverpflichteter, Abstandnahme vom KapErtrStAbzug) oder der beschränkten StPflicht (Fall des § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c oder d) ergeben.

► *Disagiostaffel:* Mit der Systemumstellung hat deshalb auch die sog. Disagiostaffel (BMF v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539) für § 20 keine Bedeutung mehr (WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 148).

► *Ausnahme Investmentfondsbesteuerung:* Die Abgrenzung zwischen im Veräußerungsgewinn enthaltenen laufenden Ertragskomponenten und „echten“ Veräußerungsfällen hat aber noch Bedeutung für die Einstufung von Veräußerungs-, Einlösungs- und Rückzahlungsfällen als ausschüttungsgleiche Erträge. Während Veräußerungsgewinne grds. nicht zu den stpfl. ausschüttungsgleichen Erträgen zählen sollen, gilt dies bei Kapitalerträgen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 nur in den in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a bis f ausdrükl. erwähnten Fällen, in denen im Veräußerungsgewinn keine laufenden Ertragskomponenten enthalten sind (vgl. amtliche Begründung, BTDrucks. 16/11108, 48 f.: Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung aufgrund Systemumstellung). Insoweit ist die sog.

Disagiostaffel auch weiter anzuwenden (vgl. BMF v. 18.8.2009, BStBl. I 2009, 931 – Tz. 18 ff.).

Erst- und Zweiterwerber: Ferner ist auch die bisherige Unterscheidung in Erst- und Zweiterwerber obsolet. Insbesondere die Einlösung durch oder die Rückzahlung an den Ersterwerber wird von Abs. 2 erfasst (so ausdrückl. BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 55, betr. Nullkupon-Anleihen; aA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 307).

422 3. Begriff des Veräußerungsgeschäfts

Der Begriff der „Veräußerung“ in Abs. 2 ist identisch mit dem Veräußerungsbegriff des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Danach sind Veräußerungsgeschäfte grds. Rechtsgeschäfte, die die entgeltliche Übertragung von in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 8 genannten WG (Kapitalanlagen) auf einen anderen Rechtsträger zu Inhalt haben. Rspr. und Verwaltungspraxis sehen regelmäßig den auf die Übertragung des WG gerichteten schuldrechtl. Vertrag als Veräußerungsgeschäft an. Dieser kann sich zivilrechtl. sowohl als Kaufvertrag als auch als Tauschvertrag darstellen; zu Einzelheiten zur Veräußerung s. § 23 Anm. 48–80; zum Begriffsmerkmal „Anschaffung“ s. § 23 Anm. 91–96; zur zwangsweisen Veräußerung s. § 23 Anm. 75 ff.; zur Eigentumsübertragung vor Abschluss des schuldrechtl. Vertrags s. § 23 Anm. 61.

Einziehung von Forderungen: Nach der Rspr. zu § 23 aF ist die Einziehung einer käuflich erworbenen Forderung ein Veräußerungsgeschäft (RFH v. 14.3.1934, RStBl. 1934, 711; BFH v. 17.7.1959 – VI 67/58 U, BStBl. III 1959, 346; v. 13.12.1961 – VI 133/60 U, BStBl. III 1962, 127; FG Hamb. v. 10.8.1984 – VII 14/84, EFG 1985, 125, rkr.). Die gegen diese Rspr. erhobenen Bedenken (s. § 23 Anm. 142 mwN) gelten uE auch für Abs. 2. Eine wirtschaftliche Betrachtung reicht nicht aus, die Ausdehnung des Begriffs „Veräußerungsgeschäft“ iSd. Abs. 2 auf die Fälle der Einziehung einer Forderung zu rechtfertigen. Dies dürfte uE auch der Vorstellung des Gesetzgebers entsprechen. Anderenfalls hätte es der Regelung in Abs. 2 Satz 2 nF nicht bedurft.

Bei Einlagen ist wie folgt zu differenzieren:

► *Die offene Einlage in eine Kapitalgesellschaft* gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist grds. Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Allerdings sind die Sonderregeln des Abs. 4a Satz 1 zu beachten (s. Anm. 581).

► *Die verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft* steht nach Abs. 2 Satz 2 einer Veräußerung gleich.

► *Die Einlage in ein Betriebsvermögen* des Stpfl. oder einer Mitunternehmerschaft (ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten, s. § 6 Anm. 1213a) stellt keine Veräußerung dar (DINKELBACH, DStR 2011, 941 [942]). Eine § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 vergleichbare Vorschrift existiert im Rahmen von § 20 nicht. Allerdings sind im aufnehmenden BV die historischen AK anzusetzen, so dass etwaige stille Reserven in der eingebrachten Beteiligung bei späterer Veräußerung im BV realisiert werden (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. c; vgl. auch DINKELBACH, DStR 2011, 941 [942 ff.]). Für eingelegte Anteile an KapGes. gilt jedoch bei späterer Veräußerung im BV das Teileinkünfteverfahren.

► *Die offene Einlage in eine Personengesellschaft* gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten stellt eine Veräußerung (tauschähnlicher Vorgang) dar, und zwar sowohl wenn die PersGes. einen Gewerbebetrieb unterhält (Mitunternehmerschaft, s.

auch § 6 Anm. 1484b mwN), als auch bei Einbringung in eine vermögensverwaltende PersGes. Bei Einbringung von WG iSv. Abs. 2 in eine vermögensverwaltende PersGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten liegt jedoch insoweit keine Veräußerung vor, als der bisherige Eigentümer auch nach der Übertragung am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 82).

Unerheblichkeit der Höhe des Veräußerungspreises: Nach Auffassung der FinVerw. soll keine Veräußerung vorliegen, wenn der Veräußerungspreis die Transaktionskosten nicht übersteigt (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 59 aE). Diese Auffassung ist uE abzulehnen. Sie findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze (glA KNOBLAUCH, DStR 2013, 798 [800]). Übersteigen die Transaktionskosten den Veräußerungspreis, liegt nach der allgemeinen Regelung in Abs. 4 Satz 1 ein Verlust iSv. Abs. 2 vor, der nach Maßgabe von Abs. 6 mit positiven Einkünften verrechenbar ist.

4. Veräußerungsvorgänge des Abs. 2

423

Gewinn aus Kapitalanteilen: Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ersetzt in seinem Satz 1 in einem Teilbereich, nämlich der Besteuerung von realisierten Wertzuwächsen aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften (zB AG, GmbH und Genossenschaften) den früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF. Die Veräußerung von Kapitalanteilen ist – bei Anschaffung nach dem 31.12.2008 – damit auch im Bereich des PV stets, ohne Beachtung einer Haltedauer, ein stl. relevanter Tatbestand. Der Besteuerungstatbestand in Satz 1 wird durch Satz 2 um die Einnahmen aus der Veräußerung von Genussrechten und ähnliche Beteiligungen sowie um Einnahmen aus Anwartschaftsrechten erweitert; s. Anm. 431. Anders als nach § 23 Abs. 2 Satz 2 aF ist allerdings der Vorrang von § 17 zu beachten (Abs. 8), so dass im Ergebnis nur Beteiligungen von weniger als 1 % von Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 erfasst werden.

Gewinn aus Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 erfasst – durch die Systemumstellung auf die Abgeltungsteuer unverändert – die Einnahmen aus der Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen ohne Übertragung der Stammrechte. Die daraus erzielten Erträge führen ebenso zu Einnahmen aus Kapitalvermögen wie die Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibungen. Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 tritt die Besteuerung der Veräußerungsentgelte an die Stelle der Besteuerung der Kapitalerträge gem. Abs. 1 Nr. 1 oder 7. Die Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung wird nach Nr. 2 Satz 2 der Veräußerung iSv. Nr. 2 Buchst. b Satz 1 gleichgestellt. Zinsansprüche aus öffentlichen Wertrechtsforderungen sind über Nr. 2 Satz 3 mit erfasst.

Gewinn aus Termingeschäften: Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ersetzt in einem weiteren Teilbereich den bis zum VZ 2008 geltenden § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF. Die Besteuerung als Einnahmen aus Kapitalvermögen wird erweitert um Einnahmen aus Termingeschäften (Buchst. a) und um realisierte Wertzuwächse aus verbrieften und unverbrieften Termin- und ähnlichen Finanzgeschäften (Finanzinstrumente). Während Buchst. a nur die Beendigung eines solchen Geschäfts und die daraus erzielten Vorteile erfasst, wird die Veräußerung von entsprechenden Finanzinstrumenten in Buchst. b geregelt.

Gewinn aus der Verwertung von stillen Beteiligungen: Die (laufenden) Erträge aus der (echten) stillen Beteiligung und aus partiarischen Darlehen sind in Abs. 1 Nr. 4 erfasst, während Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 korrespondierend die Steuerbarkeit der Wertzuwächse aus der Abtretung von stillen Beteiligungen oder Forderungen aus partiarischen Darlehen anordnet. Zusätzlich werden in Abs. 2 Satz 2 Vermögensmehrungen aus der Rückzahlung stiller Beteiligungen bei Beendigung der Gesellschaft zu stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen erklärt.

Gewinn aus der Übertragung von Hypotheken und Grundschulden: Korrespondierend zu laufenden Zinserträgen des Abs. 1 Nr. 5 gehören die Wertzuwächse aus der Übertragung von Hypotheken und Grundschulden sowie Rentenschulden seit VZ 2009 zu stbaren Kapitaleinnahmen.

Gewinn aus der Veräußerung von Versicherungsansprüchen: Korrespondierend zu Abs. 1 Nr. 6 sind auch die Gewinne aus der Veräußerung von Ansprüchen auf Versicherungsleistungen seit VZ 2009 stbar. Insbesondere erfasst die Neureglung die Abtretung von Ansprüchen aus kapitalbildenden Lebensversicherungsverträgen, aber auch den Eintritt eines Dritten in bestehende Versicherungsverträge. Um die Effizienz der Besteuerung sicherzustellen, werden die VU verpflichtet, nach Kenntniserlangung von einer Veräußerung oder Abtretung die FinBeh. zu unterrichten und ihrem Versicherungsnehmer – auf Verlangen – die bis zum Zeitpunkt der Veräußerung entrichteten Versicherungsbeiträge zu bescheinigen. Eine solche Bescheinigung ist für den Veräußerer notwendig, um die Bemessungsgrundlage, den Gewinn aus der Übertragung, ermitteln zu können; s. Anm. 505 ff.

Gewinn aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen: Ebenso wie der Auffangtatbestand des Abs. 1 Nr. 7 für Zinserträge aller Arten bildet Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 den Auffangtatbestand für die realisierten Wertzuwächse aus der Veräußerung von verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderungen jeder Art.

Gewinn aus der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten: Zu den stbaren Einnahmen gehören nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 auch die Vermögensmehrungen oder Vermögenminderungen, die aus der Übertragung einer Mitglieder- oder Gesellschafterstellung in einer der in § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG genannten Körperschaft zufließen. Die Vorschrift schließt eine Lücke, die sich ergeben hätte, wenn nur die Übertragung von Kapitalbeteiligungen an Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KStG (AG, GmbH, Genossenschaften) zu stbaren Einnahmen führen würde. Insoweit ergänzt Nr. 8 die Nr. 1 in Abs. 2 Satz 1.

Der Veräußerung gleichgestellte Sachverhalte: Abs. 2 Satz 2 Satz 2 erweitert den Begriff der Veräußerung aus Satz 1 und bestimmt, dass auch andere Tatbestände, zB die Abtretung, die Rückzahlung von Kapital, die Einlösung einer verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderung und die verdeckte Einlage in eine KapGes. sowie die Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens bei Beendigung einer stillen Gesellschaft, als Veräußerung gelten. Die aus diesen Ersatztatbeständen erzielten Wertzuwächse führen – wie die Einnahmen aus einer Veräußerung selbst – zu stbaren Kapitaleinnahmen.

Verwertung eines Personengesellschaftsanteils: Abs. 2 Satz 3 enthält eine Regelung für die Anschaffung oder Veräußerung einer mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligung an einer PersGes. Diese gelten als die Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen WG. Mit dieser Regelung wird ebenfalls eine zur Umgehung des Abs. 2 Satz 1 verleitende Besteuerungslücke geschlossen, die sich aufgetan hätte, wenn nur die Veräußerung von Beteiligungen an Körper-

schaften zu Einnahmen aus Kapitalvermögen führen würde. Die Veräußerung eines Gesamthandsanteils selbst ist in Abs. 1 Nr. 1 bis 8 ausdrückl. nicht geregelt. Der Gesamthandsanteil war aber bereits „Wirtschaftsgut“ iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF. Die bisherige stl. Erfassung dieser Veräußerungsvorgänge sollte nach der Übernahme der Tatbestände des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF ab VZ 2009 in § 20 fortgesetzt werden. Abs. 2 Satz 1 entspricht insoweit der Regelung in § 23 Abs. 1 Satz 4 aF.

Einstweilen frei.

424–429

II. Die Veräußerungstatbestände im Einzelnen (Abs. 2 Satz 1)

1. Veräußerung von Kapitalbeteiligungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)

a) Sachlicher Anwendungsbereich

430

Betroffene Beteiligungen: Zu den stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört der „Gewinn“ aus der Veräußerung von

- Anteilen an einer Körperschaft (Abs. 1 Nr. 1 Satz 1), zu denen in- und ausländ. Aktien, Anteile an bergbautreibenden Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben, GmbH-Anteile und Anteile an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften gehören; zu Einzelheiten s. Anm. 50 ff. und § 17 Anm. 145 ff.;
- aktienähnlichen Genussrechten (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2), die im Gegensatz zu den Anteilen keine mitgliedschaftlichen Rechte, sondern lediglich einen schuldrechtl. Anspruch (Gläubigerrecht) auf unterschiedliche Vermögensrechte darstellen; zu Einzelheiten s. Anm. 56;
- Anwartschaften auf Anteile an Körperschaften (Abs. 1 Nr. 1 Satz 2), die nach BFH v. 20.2.1975 (IV R 15/75, BStBl. II 1975, 505) eine begründete Aussicht auf Erwerb einer tatsächlichen oder rechtl. Position gewähren, wie zB Bezugsrechte auf junge Aktien nach einer Kapitalerhöhung, Bezugsrechte aus Wandel- oder Optionsanleihen (§ 221 Abs. 1 Satz 1 AktG); zu Einzelheiten s. § 17 Anm. 150. Diese an § 17 angelehnte Betrachtungsweise ist uE im Rahmen von § 20 bedenklich, weil die Veräußerung von Wandel- und Optionsanleihen an sich unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 fallen würde. Damit wird die Korrespondenz zwischen der Besteuerung laufender Erträge nach Abs. 1 Nr. 7 und von Veräußerungs-, Einlösungs- und Rückzahlungsgewinnen gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 für diese WG durchbrochen. Gleichwohl wird man aufgrund des Gesetzeswortlauts wohl einen Vorrang des insoweit spezielleren Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 annehmen müssen;
- ähnliche Beteiligungen, zu denen zB die Anteile an einer Vorgesellschaft, nicht aber die Anteile an einer Vorgründungsgesellschaft gehören (BFH v. 8.11.1989 – I R 174/86, BStBl. II 1990, 91); zu Einzelheiten s. § 17 Anm. 147.

Sonderfälle:

► *Investmentvermögen:* Der Anwendungsbereich des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 wird durch die Verweise im Investmentsteuergesetz teilweise erweitert.

▷ *Investmentfonds:* Für die Einnahmen aus der Rückgabe oder der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds verweist § 8 Abs. 5 Satz 1 InvStG auf

Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, soweit die Anteile nicht zu einem BV gehören. Zudem ist – entgegen Abs. 8 – § 17 unanwendbar (§ 8 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 InvStG). Bei Beteiligung an einem Investmentfonds in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft von mindestens 1 % ist daher auf die Rückgabe oder Veräußerung gleichwohl Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 anzuwenden.

- ▷ *Kapital-Investitionsgesellschaften*: Eine vergleichbare Vorschrift existiert für die Einnahmen aus der Rückgabe oder der Veräußerung von Anteilen an Kapital-Investitionsgesellschaften (§ 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG). Soweit es sich bei den Kapital-Investitionsgesellschaften um die ohnehin von Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 erfassten Körperschaften handelt, ist der Verweis deklaratorisch. Allerdings enthält § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG keinen ausdrücklichen Ausschluss von § 17. UE sollte § 17 gleichwohl ausgeschlossen sein. § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG verdrängt insoweit Abs. 8. Konstitutiv ist § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG hingegen für Investitionsgesellschaften in der Form von Sondervermögen (vgl. § 19 Abs. 1 Sätze 2 und 3 InvStG). Sofern es sich bei diesen ohnehin um Körperschaften iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG handelt, verdrängt Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8. Sofern diese hingegen – namentlich bei ausl. Sondervermögen – an sich vergleichbar einer Bruchteilsgemeinschaft oder Personengesellschaft einzustufen sind, ist der Verweis in § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG steuerbegründend. Zur Liquidation s. Anm. 531.
- ▶ *REIT*: Gleiches gilt nach § 19 Abs. 2 Satz 1 REITG für die Einnahmen aus der Veräußerung von Aktienbeteiligungen an einer REIT-AG und Anteilen an anderen REIT-Körperschaften, Reit-Personenvereinigungen und Vermögensmassen, wenn diese Anteile zu einem PV gehören.
- ▶ *Zwischengesellschaften*: Für die Veräußerung von Anteilen an einer Zwischengesellschaft iSd. §§ 7 ff. AStG existiert keine ausdrückliche Verweissvorschrift auf Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Sofern die Zwischengesellschaft jedoch einer Gesellschaft iSv. Abs. 1 Nr. 1 vergleichbar ist, fällt auch ein etwaiger Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an dieser Zwischengesellschaft unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, sofern kein Fall des § 17 vorliegt (Abs. 8). Ist die Zwischengesellschaft hingegen einer Körperschaft iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG vergleichbar, fällt der Veräußerungsgewinn unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 8. Ferner kann die besondere StBefreiung des § 3 Nr. 41 Buchst. b eingreifen (vgl. auch § 3 Nr. 41, Anm. 5).

431 b) Begriff der Veräußerung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

Abfindung von Minderheitsgesellschaftern bei Übernahmevorgängen: Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmal „Veräußerung“ iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ist es uE unerheblich, ob die Weggabe von Kapitalanteilen freiwillig oder unter rechtl. oder wirtschaftlichem Zwang erfolgt (s. § 23 Anm. 73 ff.). Überträgt ein Minderheitsgesellschafter seine Anteile an den Mehrheitsaktionär gegen Barzahlung oder gegen Aktien des Unternehmens des Übernehmers, so liegt eine Veräußerung der Kapitalanteile vor. Werden als Gegenleistung Aktien geliefert, so ist der gemeine Wert dieser Aktien als Veräußerungserlös bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach Abs. 4 Satz 1 anzusetzen. Ausnahme: Bei Übernahmevorgängen ausl. Gesellschaften findet Abs. 4a Anwendung mit der Folge, dass kein Veräußerungsgewinn entsteht und die Besteuerung bis zur Weiterveräußerung der erlangten Aktien aufgeschoben wird.

Aktiensplit: Bei einem Aktiensplit wird eine Aktie in zwei oder mehrere Aktien aufgespalten. Hier liegt keine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 vor, da der

Gesellschaftsanteil des einzelnen Aktionärs gleich bleibt und sich das Grundkapital der Gesellschaft nicht verändert.

Erwerb eigener Anteile:

► *Veräußerungsvorgang:* Der Erwerb eigener Anteile durch eine KapGes. stellt beim Anteilseigner ein Veräußerungsgeschäft dar, und zwar unabhängig von der Behandlung auf Ebene der KapGes. (BMF v. 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 – Tz. 20). KapErtrSt ist demnach nur dann einzubehalten, wenn die Anteile depotverwahrt werden und die Veräußerung durch eine inländische auszahlende Stelle durchgeführt wird (BMF v. 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 – Tz. 21).

► *Einziehung von Aktien und GmbH-Anteilen:* Werden Aktien nach § 237 AktG oder GmbH-Anteile nach § 34 GmbHG gegen Entgelt eingezogen, so ist die Einziehung uE – ebenso wie beim Erwerb eigener Anteile – eine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (aA SCHLOTTER in LBP, § 20 Rn. 1204).

Kapitalherabsetzung: Setzt eine AG oder GmbH das Kapital herab (§ 222 AktG; 58 GmbHG) und gewährt sie Kapital an die Gesellschafter zurück, ist dies keine (teilweise) Veräußerung der Gesellschaftsanteile.

Die Herabsetzung des Nennkapitals einer KapGes. stellt keine anteilige Veräußerung der Kapitalbeteiligung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, da der Herabsetzungsbetrags idR nicht an die Anteilseigner ausgekehrt wird. Die ursprünglichen AK der Beteiligung werden davon nicht betroffen. Kommt es dagegen doch zu einer Auszahlung des Herabsetzungsbetrags, mindert dieser die ursprünglichen AK. Soweit der Herabsetzungsbetrag auf einen Sonderausweis nach § 28 Abs. 1 Satz 2 oder 4 KStG entfällt, stellt das zurückgewährte Kapital Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 dar. In einem solchen Fall werden die AK ebenfalls nicht gemindert.

Liquidation der Kapitalgesellschaft: Die Rückgewähr des Kapitals aufgrund einer Liquidation ist uE keine Veräußerung der Beteiligung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und keine Anschaffung der durch die Liquidation erhaltenen WG (DOLLERER, JbFStR 1980/81, 260). Veräußerung und Anschaffung setzen Handlungen des Stpfl. voraus, die wesentlich von seinem Willen abhängen. S. zur Liquidation einer KapGes. auch Anm. 531.

Squeeze out: Ein Aktionär, dem mindestens 95 % des Grundkapitals einer AG oder KGaA gehören, kann gem. § 327a ff. AktG durch Beschl. der Hauptversammlung erreichen, dass die Aktien der Minderheitsaktionäre auf ihn – den Hauptaktionär – gegen eine angemessene Barabfindung übertragen werden (sog. Squeeze out). Ob dieser Vorgang als Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 einzustufen ist, ist umstritten. Die FinVerw. (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 70), der einige Vertreter des Schrifttums folgen (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 353; STRUNK/JEHN, NWB Fach 3, 12157), geht davon aus, dass eine Veräußerung vorliege, weil es nach stRspr. des BFH auf die Beweggründe für eine Veräußerung nicht ankomme. Dem wird entgegengehalten (so SCHUMACHER, DB 2002, 1626; WACLAWIK, DStR 2003, 447), dass der Zwangsausschluss gem. § 327a ff. AktG einer Enteignung gleichstehe und der Verlust des Eigentums an den Aktien gegen bzw. ohne den Willen des Minderheitsaktionärs erfolge. Bei einem Squeeze out beruht der Anteilsverlust zwar nicht auf einer freien Willensentschließung des Aktionärs, sondern tritt kraft Gesetzes ein, wenn ein entsprechender Beschl. der Hauptversammlung vorliegt. Dennoch sind die Mindestvoraussetzungen einer „Veräußerung“ erfüllt, da es uE nicht darauf ankommt, ob eine Veräußerung freiwillig oder unter einem rechtl. oder wirtschaftlichen

Zwang erfolgt und auch eine Enteignung oder in ihrer Wirkung gleichgelagerte Sachverhalte das Tatbestandsmerkmal „Veräußerung“ erfüllen.

Tausch von Kapitalanteilen: Tauscht der Stpfl. seine bislang gehaltenen Aktien gegen Aktien eines anderen Unternehmens, so liegt eine Veräußerung der hingegebenen Anteile vor, soweit nicht die Voraussetzungen des Abs. 4a Satz 1 gegeben sind; s. Anm. 581. Zeitpunkt der Veräußerung ist der Tag, an dem der Stpfl. das Tauschangebot bindend annimmt, nicht der Tag des Ablaufs des Tauschangebots oder die Lieferung (Gutschrift) der eingetauschten Aktien. Ihr Wert ist nach den Grundsätzen des § 43a Abs. 2 Satz 9 zu bestimmen und mit dem niedrigsten am Zuflussstag an einer deutschen Börse unter Einschluss des Xetra-Handels gehandelten Kurs zu ermitteln.

Werden die erlangten Aktien veräußert, ist zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 4) als AK der Börsenkurs der Aktien im Zeitpunkt der Zuteilung anzusetzen.

Umwandlung von Vorzugs- in Stammaktien: Der Beschl. einer AG, die Vorzugsaktien in Stammaktien umzutauschen ist kein Veräußerungsgeschäft in Form eines Tauschs, sondern lediglich eine Modifikation der bisherigen Mitgliedschaftsrechte. Zahlt der Aktionär bei der Umwandlung Barbeträge dazu, liegen nachträgliche AK der Aktien vor (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 67).

Umtausch von American Depositary Receipts (ADR) in Aktien: Eine Umbuchung von ADR oder GDR (*Global Depositary Receipts*) in die hinter ihnen stehenden Aktien stellt keine Veräußerung dar (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 68). ADR sind indes nicht einer Aktie gleichzustellen (s. insbes. Anm. 620 gegen BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 123).

Verschmelzung: Bei Verschmelzung (s. auch BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 – Tz. 27 ff.) sowie in den Fällen, in denen bei Eingliederung einer AG deren Aktionäre als Abfindung für den Verlust ihrer Anteile Aktien der Hauptgesellschaft erhalten, ist dieser Tausch kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Entsprechendes gilt uE, wenn bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags die außenstehenden Aktionäre das in § 305 AktG vorgesehene Tauschangebot der herrschenden Gesellschaft annehmen und ihre Anteile an der Untergesellschaft gegen solche der herrschenden Gesellschaft umtauschen. Bei unechter Verschmelzung ist dagegen eine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gegeben; von einer unechten Verschmelzung spricht man, wenn die übernehmende KapGes. sämtliche Anteile einer anderen Gesellschaft erwirbt und für die Übertragung der Anteile eigene Anteile gewährt.

Formwechselnde Umwandlung: Der Anteilstausch ist kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1.

432 c) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

Die ESt auf den „Gewinn“ aus der Veräußerung der in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 genannten Kapitalanlagen wird gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 durch den Abzug der KapErtrSt (Abgeltungsteuer iHv. 25 %) erhoben, soweit die Anteile nach dem 31.12.2008 angeschafft wurden (§ 52a Abs. 10 Satz 1). Mit dem StAbzug ist die ESt abgegolten (§ 43 Abs. 5). Den StAbzug hat nach § 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 idR das den Verkaufsauftrag ausführende inländ. Kreditinstitut, die inländ. Kapitalanlagegesellschaft oder ein sonstiges inländ. Wertpapierhandelsunternehmen vorzunehmen. Werden die Anteile nicht über ein Kreditinstitut veräußert, zB bei der Veräußerung von eigenverwahrten Aktien, ist der Erwerber dagegen

nicht zum StEinbehalt verpflichtet. Der Veräußerer hat vielmehr nach § 32d Abs. 3 den aus der Veräußerung erzielten Gewinn in der Jahressteuererklärung zu deklarieren (Pflichtveranlagung zum Abgeltungsteuertarif). Das Gleiche gilt bei Veräußerung von GmbH-Anteilen. Auch in diesem Fall ist der Erwerber der Anteile nicht zum StAbzug verpflichtet. Für den Veräußerer besteht ebenfalls die Verpflichtung aus § 32d Abs. 3, den Gewinn im Rahmen der Jahressteuererklärung zum StSatz von 25 % veranlagten zu lassen. Soweit die Kapitalbeteiligung vor dem 1.1.2009 angeschafft wurde, gilt weiterhin § 22 Nr. 3 iVm. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (Jahresfrist).

Einstweilen frei.

433–449

2. Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)

a) Umfang der betroffenen Veräußerungsgeschäfte

450

Schrifttum: LITTMANN, Veräußerung von Anteilen mit Gewinnansprüchen – Besteuerung des Kapitalvermögens, DStR 1981, 588; Voss, Zur steuerlichen Behandlung des Erwerbs eines Geschäftsanteils an einer GmbH während des laufenden Geschäftsjahres, DB 1985, 1159; HEINICKE, Gewinnzurechnung bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, FR 1986, 197; WICHMANN, Die Frage nach der zutreffenden einkommensteuerlichen Behandlung von Gewinnbezugsrechten, DB 1986, 776; DÖLLERER, Disagio als Kapitalertrag des Gläubigers bei Schuldverschreibungen, BB 1988, 883; WASSERMAYER, Zum Besteuerungsgegenstand der Einkünfte aus Kapitalvermögen, StuW 1988, 283; TOMBERS, Ertragsteuerliche Zurechnung von Gewinnausschüttungen in Fällen der Einzelrechtsnachfolge, DB 1989, 1209; BISLE, Veräußerung von Dividendenansprüchen durch Steuerausländer – Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 26.7.2013, NWB 2013, 4108; HELIOS/KLEIN, Steuerrechtliche Behandlung der Veräußerung von Dividendenansprüchen durch Steuerausländer – oder: Änderung von Steuergesetzen durch BMF-Schreiben?, FR 2014, 110.

Keine Surrogatsbesteuerung: Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a und b führt der „Gewinn“ aus der Veräußerung von Dividenden- und Zinsscheinen zu Einnahmen aus Kapitalvermögen. Der Veräußerer von Dividenden- und Zinsscheinen erzielt mit dem vereinbarten Veräußerungspreis wirtschaftlich den Ertrag seiner Kapitalanlage (RFH v. 17.6.1931, RStBl. 1931, 633; BFH v. 11.12.1968 – I 250/64, BStBl. II 1969, 188). Nr. 2 Buchst. a Satz 2 stellt weiter klar, dass die Besteuerung nach Satz 1 an die Stelle der Besteuerung nach Abs. 1 tritt. Die Vorschrift wird aber durch den Hinweis auf Abs. 1 nicht überflüssig, denn ohne die ausdrückliche Regelung der Veräußerungsbesteuerung in Nr. 2 Buchst. b Satz 1 müsste zB der ursprüngliche Inhaber des Zinsscheins die Zinsen trotz Veräußerung des Zinsanspruchs versteuern, obwohl nicht ihm, sondern dem Erwerber die Zinseinnahmen bei Einlösung zufließen (WASSERMAYER in KSM, § 20 Rn. M 1). Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 kann deshalb nicht als Ausdruck des sonst im ESt-Recht geltenden Surrogationsgedankens (§ 24 Nr. 1, Ersatz für entgangene Einnahmen) verstanden werden. Die Vorschrift ist vielmehr in gewisser Weise vergleichbar mit § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 (Veräußerung von bereits entstandenen Miet- und Pachtzinsforderungen). Während aber § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 ausdrückl. auch den Fall erfasst, dass die Miet- und Pachtzinsen im Veräußerungspreis des Grundstücks enthalten sind, gilt Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ausdrückl. nur, wenn die dazugehörigen Stammrechte (Nr. 2 Buchst. a: Kapitalbeteiligungen; Nr. 2 Buchst. b: Schuldverschreibungen) nicht mitveräußert werden, also das Stammrecht beim Veräußerer verbleibt. Das Gesetz erachtet die Klarstellung also nur in den Fällen für erforderlich, in denen Gewinn- und Zinsansprüche oh-

ne die zugrundeliegenden Beteiligungen, Schuldverschreibungen und sonstigen Ansprüche veräußert werden.

Keine Besteuerung des Erwerbers bei Dividenden- oder Zinseinzug: Dieser Regelung liegt die Vorstellung zugrunde (RFH v. 17.6.1931, RStBl. 1931, 633), dass der Erwerber von Gewinn- und Zinsansprüchen ohne Stammrecht bei Einzug keine stbaren Kapitalerträge erzielt, sondern lediglich eine Forderung einzieht, so dass zur Sicherung der Besteuerung eine Vorschrift hinsichtlich der StPflicht des Veräußerers erforderlich schien.

Veräußerung ohne Stammrecht: Für die Veräußerung von Gewinn- und Zinsansprüchen aus Beteiligungen, Schuldverschreibungen und sonstigen Ansprüchen (Kapitalanlagen iSv. Abs. 1 Nr. 1 und 7) enthält Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 eine Spezialregelung. Die Bedingung „Veräußerung ohne Mitveräußerung des Stammrechts“ ist für die Erfüllung des Tatbestands unverzichtbar. Dieser kann deshalb nicht erweitert werden (RFH v. 4.9.1929, RStBl. 1929, 607). Erwirbt der Stpfl. hingegen mit den Gewinn- und Zinsansprüchen zugleich die dazugehörigen Stammrechte, so erzielt er in seiner Eigenschaft als (neuer) Inhaber des Stammrechts stpfl. Kapitalerträge nach Abs. 1 Nr. 1 oder 7. In diesem Fall ist das Veräußerungsentgelt des Veräußerer im Rahmen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder 7 in Höhe des Veräußerungsgewinns, der auch die evtl. anfallenden Stückzinsen enthält sowie ggf. zukünftig entstehende Dividendenansprüche reflektieren kann, seit Einführung der unbedingten Wertzuwachsbesteuerung zum VZ 2009 ebenfalls stpfl. Eine Veräußerung liegt allerdings nur vor, wenn das Risiko der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Forderung (Bonitätsrisiko) auf den Erwerber übergeht, insoweit also keine Möglichkeit des Regresses besteht (BFH v. 2.3.2010 – I R 44/09 BFH/NV 2010, 1622 – Tz. 19, betr. echte Forfaitierung).

b) Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a)

aa) Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1

451 **(1) Umfang der Einnahmen**

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a erfasst das Entgelt, das der Inhaber einer Kapitalbeteiligung aus der Veräußerung seines zivilrechtl. Anspruchs auf Beteiligung am Gewinn erhält. Die Veräußerung der Kapitalbeteiligung mit oder ohne Dividendenschein fällt nicht unter die Vorschrift.

Die Veräußerung des Gewinnbezugsrechts aus Genussrechten (Genussscheinen) fällt unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a, wenn das Genussrecht mit einer Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös des Emittenten ausgestattet, also ein solches iSv. Abs. 1 Nr. 1 ist. Soweit die an den deutschen Börsen gehandelten Genussscheine diese Bedingungen nicht erfüllen, sind die Entgelte aus der Veräußerung ihrer Gewinnbezugsrechte nicht stbar. Auch die Voraussetzungen der Nr. 2 Satz 1 Buchst. b liegen uE in diesen Fällen nicht vor.

Künftige Gewinnansprüche: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a kommt nur bei Veräußerung künftiger Gewinnansprüche zur Anwendung. Sind die Ansprüche bereits entstanden, so tritt Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 1 ein. Der Tatbestand der Nr. 2 Satz 1 Buchst. a kann nicht mehr erfüllt werden (LITTMANN, DStR 1981, 588). Veräußert der Anteilseigner seinen bereits entstandenen Gewinnanspruch, so ist in seiner Person der Besteuerungstatbestand des Abs. 1 Nr. 1 gegeben, auch wenn die Dividende später tatsächlich dem Erwerber zu-

fließt. Der Zufluss hat lediglich Bedeutung für die zeitliche Erfassung der Einnahmen (s. § 11 Anm. 3).

► *Die Übertragung von (echten) Dividendenscheinen* erfolgt zivilrechtl. – soweit Inhaberpapiere vorliegen – nach sachenrechtl. Grundsätzen (§§ 929 ff. BGB).

► *Sonstige Ansprüche* werden zivilrechtl. durch Abtretung der Forderung, die dem Anspruch zugrunde liegt, übertragen (§§ 398 ff. BGB).

Unentgeltliche Übertragungen (Schenkung, Erbfolge) schließen den Tatbestand der Nr. 2 Satz 1 Buchst. a aus. Die nach der unentgeltlichen Übertragung des Gewinnanspruchs entstehende Dividende ist weiterhin vom Inhaber des Stammrechts zu versteuern.

Teilentgeltliche Übertragungen sind aufzuteilen in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Vorgang (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942). Aufteilungsmaßstab ist das Verhältnis zwischen dem Wert des Dividendenanspruchs und dem Veräußerungsentgelt. Auf den entgeltlichen Teil ist Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a, auf den unentgeltlichen Teil Abs. 1 Nr. 1 anzuwenden.

Treuhandverhältnisse: Keine Veräußerung liegt in der Übertragung zu treuen Händen. Hier bezieht der Treugeber weiterhin Einkünfte nach Abs. 1 Nr. 1. Für den Abzug der KapErtrSt ist grds. auf dessen Verhältnisse abzustellen (vgl. aber BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 152 ff., 309, zu Treuhanddepots).

(2) Dividendenscheine und sonstige Ansprüche

452

Dividendenscheine verkörpern (verbriefen) das Recht des Aktionärs auf die von der Hauptversammlung der AG festgestellte Dividende (Abs. 1 Nr. 1). Sie sind regelmäßig Inhaberpapiere (§§ 793 ff. BGB) und als solche echte Wertpapiere. Orderpapiere (§ 363 BGB) sind ebenso wie Rektapapiere (Namenspapiere) zulässig. Dividendenscheine sind weder Bestandteil noch Zubehör der Aktie, sondern dieser gegenüber selbständig (Nebenzapier). Sie können nicht nur von einer AG, sondern auch von einer GmbH ausgegeben werden. Zwar enthält das GmbHG insoweit keine ausdrückliche Regelung, doch wird der Dividendenschein hier allgemein für zulässig erachtet (FASTRICH in BAUMBACH/HUECK, 20. Aufl. 2013, § 29 GmbHG Rn. 87; HOMMELHOFF in LUTTER/HOMMELHOFF, 18. Aufl. 2012, § 29 GmbHG Rn. 3; WINTER in SCHOLZ, § 14 GmbHG Rn. 66).

Dividendenscheine als bloße Beweisurkunden fallen ebenfalls unter Nr. 2 Satz 1 Buchst. a (BTDrucks. 7/5310, 18). Sie verbiefen – im Gegensatz zum echten Wertpapier – keine Forderung gegen die KapGes. Sie werden lediglich zum Beweis dafür, dass eine entsprechende Forderung besteht, ausgegeben. Die Übertragung der Forderung erfolgt durch Abtretung (§§ 398 ff. BGB).

Sonstige Ansprüche sind alle zivilrechtl. Ansprüche auf einen Gewinnanteil gegenüber einer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten KapGes., soweit der Anspruch nicht in einem Dividendenschein verbrieft ist, zB Gewinnanteilscheine einer GmbH. Ob ein Anspruch verbrieft ist oder nicht, ist für die Anwendung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a unerheblich (BTDrucks. 7/5310, 18). Nr. 2 Satz 1 Buchst. a erfasst im Ergebnis Dividendenforderungen jeder Art. Voraussetzung ist allerdings, dass sich der Anspruch zivilrechtl. als Forderung auf eine Dividende darstellt, weshalb der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht auf andersartige Ansprüche erweitert werden kann.

Ansprüche auf verdeckte Gewinnausschüttungen fallen deshalb nicht unter Nr. 2 Satz 1 Buchst. a, weil sie grds. keinen Dividendencharakter haben. Dies

gilt uE jedoch nicht für den Teil einer echten Dividende, der eine angemessene Gewinnbeteiligung überschreitet und deshalb als vGA zu qualifizieren wäre. Die rechtl. Einordnung einer Ausschüttung als Dividende bleibt erhalten, auch wenn sie sich teilweise als vGA erweist.

453 (3) Veräußerung durch den Inhaber des Stammrechts

Stpfl. ist der „Inhaber des Stammrechts“ (Kapitalbeteiligung) iSv. Abs. 1 Nr. 1, der seinen Gewinnanspruch unter Zurückhaltung des Stammrechts veräußert. Bis zur Änderung durch das StandOG vom 13.9.1993 bezeichnet die Vorschrift als Stpfl. den „Anteilseigner“. Der Austausch dieser Begriffe ist unverständlich und wohl nur im Hinblick auf den zeitgleich eingefügten Abs. 2a aF (jetzt Abs. 5) zu verstehen. Eine Rechtsänderung ist dadurch nicht eingetreten. Insofern bezieht der Anteilseigner Einkünfte aus Abs. 1 Nr. 1 und 2; zum Anteilseigner s. Anm. 601. Soweit einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 zuzurechnen sind, gilt dieser nach Abs. 5 als Anteilseigner, s. Anm. 601. Für Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a folgt daraus, dass Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen jedenfalls nicht dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger zugerechnet werden können, da die Personen nicht „Inhaber der Stammrechte“ sind.

454 (4) Veräußerung durch einen Zweiterwerber

Nr. 2 Satz 1 Buchst. a erfasst nicht den Fall, in dem der Erwerber (Erst- oder Zweiterwerber) lediglich einen (isolierten) Dividendenschein erwirbt und diesen anschließend weiterveräußert. Der Inhaber des isolierten Dividendenscheins ist nicht Inhaber des Stammrechts. Gleiches gilt, wenn der Anteilseigner seine Kapitalbeteiligung veräußert, den Dividendenschein zurückbehält und diesen später separat veräußert. Stpfl. ist nur derjenige, der im Zeitpunkt der Veräußerung des Gewinnanspruchs auch Inhaber des Stammrechts, also der Kapitalbeteiligung ist. Daran fehlt es in diesem Fall.

Nießbrauch am Stammrecht führt nicht zur Besteuerung des Veräußerungsentgelts, weil der Nießbraucher nicht „Inhaber des Stammrechts“ ist. Ihm sind weder die Gewinnbezüge iSd. Abs. 1 Nr. 1 noch das Entgelt aus der Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a zuzurechnen.

Für den Pfandgläubiger gilt Entsprechendes.

455 (5) Keine Veräußerung des Stammrechts

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a setzt nicht voraus, dass das Stammrecht mitveräußert wird. Die Vorschrift erfasst nur die Fälle, in denen die dazugehörigen Stammrechte beim Inhaber verbleiben, es also zu einer Trennung von Kapitalertragsanspruch und Kapitalanteil (Stammrecht) kommt. Die Veräußerung des Stammrechts zusammen mit den dazugehörigen Gewinnansprüchen fällt nicht darunter, denn der Gesetzestext stellt ausdrückl. darauf ab, dass „die dazugehörigen Aktien und sonstigen Ansprüche nicht mitveräußert werden“.

456 bb) Besteuerung des Veräußerungsentgelts anstelle der Kapitalerträge aus Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 2)

Surrogation: Die Besteuerung des Entgelts aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen tritt nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 2 an die Stelle einer Besteuerung der Gewinnanteile (sonstigen Bezüge) nach Abs. 1 Nr. 1. Daraus folgt, dass bei Erfüllung des Tatbestands aus

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1 für eine Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 kein Raum bleibt. Buchst. a Satz 2 dient der Klarstellung. Er stellt sicher, dass in den Fällen, in denen anstelle der Dividende (vom Inhaber des Stammrechts) der Veräußerungserlös nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1 zu versteuern ist, die Dividende nicht nochmals (vom Erwerber der Anteilscheine) nach Abs. 1 Nr. 1 besteuert wird (BTDrucks. 12/50, 87). Bedeutungsvoll ist der gegenseitige Ausschluss beider Vorschriften in den Fällen der unentgeltlichen Übertragung von Gewinnansprüchen, zB durch Schenkung oder Erbfolge. Lässt man in diesen Fällen die Besteuerung aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1 nur am fehlenden Entgelt scheitern, könnte auf den Inhaber des Stammrechts, der die Ansprüche übertragen hat, Abs. 1 Nr. 1 nicht mehr angewendet werden. Der Bezug der Gewinnanteile bliebe in diesem Fall stfrei. Lässt man richtigerweise den Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1 dagegen wegen des Fehlens einer entgeltlichen Übertragung erst gar nicht eingreifen, so ist die Gewinnausschüttung weiterhin dem übertragenden Stammrechtsinhaber stl. nach Abs. 1 Nr. 1 zuzurechnen und von diesem zu versteuern.

Beschränkt Steuerpflichtige: Nach Auffassung der FinVerw. verdrängt die Besteuerung nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a die Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 1 nur dann, wenn die Besteuerung nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a auch tatsächlich möglich ist (BMF v. 26.7.2013, BStBl. I 2013, 939). Deshalb soll die Surrogationswirkung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 2 nicht eintreten, wenn der Veräußerer nur beschr. stpfl. ist, denn in diesem Fall könne der Gewinn gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a nicht im Rahmen der beschränkten Stpfl. erfasst werden, weil § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a unmittelbar auf Abs. 1 Nr. 1, § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d hingegen (mittelbar über § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10) lediglich auf Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b verweise (s. zum KapErtrStAbzug auch Anm. 465). Es komme daher in diesem Fall gleichwohl zu einer Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 1 (iVm. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a). Die Auffassung der FinVerw. ist uE abzulehnen. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 2 ist nicht als eine Art *subject-to-tax*-Klausel auszulegen. Vielmehr tritt die Surrogation unabhängig davon ein, ob ein Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland besteht (glA BISLE, NWB 2013, 4108 [4110]; HELIOS/KLEIN, FR 2014, 110 [112 ff.]).

cc) Besteuerung des Erwerbers des Dividendenscheins und der sonstigen Ansprüche

457

Der neue Inhaber des isoliert veräußerten Dividendenscheins oder eines sonstigen Anspruchs erzielt bei Einlösung des Scheins (Einzug der Forderung) keine stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen. Der im Dividendenschein verkörperte Kapitalertrag wurde bereits durch den Veräußerer versteuert (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1). Diese Besteuerung tritt an die Stelle der Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 2; sachliche StBefreiung). Auch aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ergibt sich uE keine StPflicht. Der Dividendenschein stellt keine Kapitalforderung iSv. Abs. 1 Nr. 7 dar. Weder wird insoweit Kapital überlassen noch ein Entgelt gewährt oder zugesagt; KapErtrSt wird demzufolge beim Erwerber nicht einbehalten.

c) Einnahmen aus der Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1)

458 **aa) Umfang der Einnahmen**

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 regelt, dass das Entgelt aus der Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen als Einnahme aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterliegt, wenn die Schuldverschreibung nicht mitveräußert wird. Nicht geregelt ist dagegen die Veräußerung des Stammrechts mit oder ohne Zinsschein; zur Stückzinsbesteuerung s. Anm. 512. Die Vorschrift verlagert die Besteuerung von Zinserträgen, die mit Einlösung vom Inhaber des Zinsscheins (der Zinsforderung) nach Abs. 1 Nr. 7 zu versteuern wären, auf den Zeitpunkt der Veräußerung des zivilrechtl., verbrieften oder unverbrieften Zinsanspruchs vor. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 ergänzt insoweit Abs. 1 Nr. 7, indem er den Inhaber des Zinsanspruchs einerseits von der StPflcht nach Abs. 1 Nr. 7 (bei Fälligkeit der Zinsen) befreit, ihn andererseits aber mit einer vorgezogenen Besteuerung (materielle StPflcht) seiner Veräußerungsentgelte belegt. Im Gegensatz zu Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1 sind die Entgelte aus der Veräußerung sonstiger Ansprüche, die eine Schuldverschreibung ihrem Inhaber neben dem Zinsanspruch gewährt, wie zB Optionsrechte, im Rahmen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 nicht stbar.

bb) Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1

459 **(1) Einnahmen aus der Veräußerung**

Einnahmen: Siehe § 8 Anm. 22 ff.

Veräußerung: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 erfasst sowohl den Inhaber des Stammrechts, der seinen verbrieften oder unverbrieften Zinsanspruch veräußert, das Stammrecht aber zurückbehält, als auch denjenigen, der zunächst das Stammrecht unter Zurückhalten des Zinsscheins veräußert hat und in einem späteren Akt den isolierten Zinsschein gegen Entgelt überträgt. Die Veräußerung von Stammrecht und Zinsschein dürfen in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Werden beide, wenn auch zeitlich versetzt, wirtschaftlich aber in einem Zusammenhang veräußert, so greift Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b Satz 1 nicht ein. In einem solchen Fall muss strechtl. von einer gleichzeitigen Veräußerung von Stammrecht und Zinsschein ausgegangen werden, die insgesamt unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 fällt.

Stripped Bonds: Die Veräußerung von Zinsscheinen ohne gleichzeitige Veräußerung des Stammrechts ist insbes. bei sog. *Stripped Bonds* üblich, bei denen dem Erwerber in den Emissionsbedingungen das Recht eingeräumt ist, Stammrecht und Zinsscheine am Sekundärmarkt getrennt zu veräußern. Bei der Einlösung oder Weiterveräußerung der isoliert erworbenen Zinsscheine (ohne Stammrecht) durch einen Zweiterwerber ist von einem künstlichen Zerobond auszugehen. Der stpfl. Ertrag bemisst sich in diesen Fällen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7.

460 **(2) Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den Inhaber von Schuldverschreibungen**

Schuldverschreibungen: Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 erfasst den Inhaber von Schuldverschreibungen. Darunter fallen Inhaber- (§ 793 BGB), Namens- (§ 806 BGB) und Orderschuldverschreibungen (§ 808a BGB). Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b ist nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 sinngemäß auf

Schuldverschreibungen anzuwenden, die nicht in einzelnen Wertpapieren (Einzelurkunden), sondern in Sammel- oder Globalurkunden verbrieft sind. Die Ausstattung der Schuldverschreibung hinsichtlich Verzinsung und Kapitalrückzahlung spielt für die Besteuerung keine Rolle.

► *Teilschuldverschreibungen*: Schuldverschreibungen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b sind auch Teilschuldverschreibungen, bei denen Gläubigerrechte nur an einem bestimmten Teil des Nennbetrags einer einheitlich begebenen, mit einheitlichen Konditionen ausgestatteten Schuldverschreibung bestehen.

► *Schuldbuchforderungen*, zB Bundes-, Post- oder Bahnanleihen, Bundesobligationen, werden ebenfalls von Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b erfasst, auch wenn sie in der Vorschrift nicht ausdrükl. erwähnt sind. Das Entgelt aus der Veräußerung eines Zinsanspruchs, dem eine Schuldbuchforderung zugrunde liegt, gehört über die Verweisung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 auf Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 zu den stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1. Schuldbuchforderungen werden nicht in einer Urkunde verbrieft, sondern durch Eintragung in ein Staatsschuldbuch gesichert.

Zinsscheine und Zinsforderungen: Zinsscheine werden – soweit ihnen Wertpapiercharakter zukommt – durch Übereignung des Papiers (§ 929 BGB) übertragen. Für die Veräußerung von Zinsforderungen und Zinsscheinen, die lediglich Beweis-papiere sind, genügt die Abtretung der Forderung iSv. §§ 398 ff. BGB. Zinsscheine werden regelmäßig zusammen mit der Schuldverschreibung in Form eines sog. Bogens emittiert. Der Bogen enthält einzelne Kupons (Wert-papiere iSv. §§ 793 ff. BGB), die bei Fälligkeit (Eintritt des jeweiligen Zinszahlungstermins) abgetrennt und beim Schuldner bzw. einer Bank zur Auszahlung der Zinsen vorgelegt werden müssen. Zinsscheine iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b sind die einzelnen Kupons. Renten- und Erneuerungsscheine dagegen sind keine Zinsscheine iSd. Vorschrift.

► *Veräußerung fälliger und noch nicht fälliger Zinsansprüche*: Diese Unterscheidung ist – anders als in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a – nicht von besonderer Bedeutung. Verbrieft oder unverbrieft Zinsforderungen entstehen nicht aufgrund eines besonderen Ausschüttungsbeschlusses; sie sind vielmehr in den Emissionsbedingungen der Schuldverschreibung festgelegt. Ist der Zinsanspruch fällig und wird er vor Zufluss der Zinsen vom Inhaber des Stammrechts veräußert, so erfüllt dieser den Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7, sofern man den Zufluss – richtigerweise – nicht als Tatbestandsmerkmal ansieht. Der Inhaber des Stammrechts hat die Zinsen zu versteuern. Die Veräußerung des Zinsanspruchs nach Fälligkeit ist eine Einkommensverfügung, die sich auf der privaten, nicht stbaren Ebene abspielt. Wird der Zinsanspruch dagegen vor Fälligkeit veräußert, ist der Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 gegeben. Der Inhaber hat das Veräußerungsentgelt zu versteuern. Eine Besteuerungslücke kann somit nicht entstehen.

(3) Verbleib der Schuldverschreibung beim Veräußerer

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 setzt nicht voraus, dass das Stammrecht mitveräußert wird. Die Vorschrift erfasst nur die Fälle, in denen die dazugehörigen Schuldverschreibungen beim Inhaber verbleiben, es also zu einer Trennung von Kapitalertragsanspruch und Kapitalanteil (Stammrecht) kommt. Die Veräußerung des Stammrechts zusammen mit den dazugehörigen Zinsansprüchen fällt deshalb nicht unter diese Vorschrift, sondern unter Abs. 2

Satz 1 Nr. 7, weil der Gesetzestext ausdrückl. darauf abstellt, dass „die dazugehörigen Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden“.

cc) Entsprechende Anwendung des Satzes 1 bei Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 2)

462 **(1) Besteuerung des ehemaligen Stammrechtsinhabers**

Nach Satz 2 des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b unterliegen im Falle der Veräußerung der Zinsscheine und Zinsforderungen auch die Erträge der Besteuerung, die der ehemalige Inhaber der Schuldverschreibung aus der Einlösung der Zinsscheine und Zinsforderungen erzielt. Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 2 hat teilweise klarstellenden, teilweise aber auch stbegründenden Charakter. Zu unterscheiden ist danach,

- ob der Veräußerer des Stammrechts lediglich Zinsforderungen einzieht, die auf den Zeitraum entfallen, in dem er Inhaber der Schuldverschreibung (Besitzzeit) war oder
- ob er bei der Veräußerung des Stammrechts auch Zinsforderungen zurückbehalten hat, die auf die Besitzzeit des Erwerbers der Schuldverschreibung entfallen.

Der Veräußerer verwirklicht schon immer mit Vorlage der Zinsscheine und Einzug der Zinsen den Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7. Diese Rechtslage wird durch den Satz 2 der Nr. 2 Satz 1 Buchst. b lediglich bestätigt. Soweit Einnahmen aus der Einlösung von Zinsscheinen und Zinsforderungen erzielt werden, die auf einen Zeitraum nach der Veräußerung des Stammrechts entfallen, enthält Satz 2 einen eigenen Besteuerungstatbestand.

Beispiel: A erwirbt zum 20.10.09 als Erstwerber eine zehnjährige Schuldverschreibung und die dazugehörigen Zinskupons. Zinstermin ist jeweils der 20. Oktober. Am 20.10.10 löst er den ersten Zinskupon ein und erzielt damit Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7. Am 19.10.11 veräußert er die Schuldverschreibung ohne Zinsscheine an B und löst am 20.10.11 den zweiten Zinskupon ein. Die daraus erzielten Zinserträge sind ebenfalls nach Abs. 1 Nr. 7 zu versteuern. Am 20.10.12 löst A den dritten Zinskupon ein. Die Zinsen sind nunmehr nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 iVm. Satz 2 stpfl. Im Jahr 13 veräußert A die übrigen Zinskupons an C. Das Veräußerungsentgelt wird nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1 als Einnahme aus Kapitalvermögen erfasst.

463 **(2) Umfang der steuerpflichtigen Einnahmen**

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 2 ist nur anzuwenden, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung die Zinsscheine und Zinsforderungen einlöst, nachdem er bereits zuvor die dazugehörige Schuldverschreibung veräußert oder unentgeltlich übertragen hat; zur teilentgeltlichen Übertragung des Stammrechts s. Anm. 459. Steuerpflichtig sind die Erträge, die der ehemalige Inhaber der Schuldverschreibung nach der isolierten Veräußerung des Stammrechts aus der Einlösung der zurückbehaltenen Zinsscheine und Zinsforderungen erzielt. Im Unterschied zu Satz 1 der Nr. 2 Satz 1 Buchst. b wird in den Fällen des Satzes 2 kein Veräußerungsentgelt, sondern originärer Zinsertrag der Besteuerung unterworfen.

Beispiele: Die beiden Tatbestandsvarianten der Nr. 2 Satz 1 Buchst. b lassen sich durch folgende Beispiele erläutern:

Satz 1: A ist Inhaber von Schuldverschreibungen und den dazugehörigen Zinsscheinen. Er veräußert die Zinsscheine, behält aber die Schuldverschreibungen zurück. Das

Veräußerungsentgelt ist stpfl. nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 1. Die Einlösung der abgetrennten Zinsscheine durch Erwerber ist kein stbarer Vorgang, sondern nur Einzug einer (entgeltlich erworbenen) Forderung. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ist auch insoweit nicht anzuwenden (s. Anm. 457).

Satz 2: B ist Inhaber von Schuldverschreibungen und dazugehöriger Zinsscheine. Er veräußert in 01 die von den Zinsscheinen abgetrennten Schuldverschreibungen. In 02 löst er die getrennten Zinsscheine bei Fälligkeit ein. Die Einnahmen aus der Einlösung sind nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b Satz 2 zu versteuern. Das würde auch gelten, wenn A die Schuldverschreibungen vor der Einlösung unentgeltlich übertragen hätte.

dd) Sinngemäße Anwendung von Nr. 2 Satz 1 und 2 bei nicht verbrieften Anteilsrechten, Schuldverschreibungen und Schuldbuchforderungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Sätze 2 und 3) 464

Über die Rechtsfolgenverweisung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 ist Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 sinngemäß auf Einnahmen aus der Abtretung von Dividenden- und Zinsansprüchen anzuwenden, wenn die dazugehörigen Anteilsrechte und Schuldverschreibungen nicht in einzelnen Wertpapieren verbrieft sind, sondern als Wertrechte (Bucheffekten) verwahrt werden. Dies gilt nach Satz 3 auch, wenn Zinsansprüche aus Schuldbuchforderungen, die in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen sind, abgetreten werden. Für die Besteuerung der Veräußerungsentgelte spielt es danach keine Rolle, ob die Stammrechte in einzelnen Wertpapierurkunden (Dividenden- oder Zinsscheinen) oder in Sammel- oder Globalurkunden verbrieft sind. Steuerbar sind ebenfalls die Entgelte aus der Abtretung (§§ 398 ff. BGB) von Zinsansprüchen, wenn das dazugehörige Stammrecht lediglich als sog. Wertrechtsanleihe ausgestaltet und in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen ist.

Wertrechte bezeichnen urkundslose Aktien und Schuldverschreibungen, die von einer Wertpapiersammelbank girosammeldepotmäßig verwahrt werden, sog. Bucheffekten. Seit 1972 werden in der Bundesrepublik Anleihen emittiert, die nur in Anteilen zu 50 € (Finanzierungsschätze 500 €) oder einem Vielfachen an Sammelschuldbuchforderungen (Kurszusatz W) lieferbar sind. Die Schuldverschreibungen des Bundes werden ausschließlich als Wertrechte begeben, die in das Bundesschuldbuch eingetragen werden.

Wertrechtsanleihen sind Anleihen, für die keine effektiven Stücke angelegt werden. Der Gläubiger (Inhaber der Kapitalforderung) wird in ein Schuldbuch des Emittenten (Bund, Bundesländer, Kommunen, früher auch Bundesbahn, Bundespost) eingetragen. Bei Wertrechtsanleihen wird im Schuldbuch des Emittenten nicht der einzelne Gläubiger, sondern als treuhänderischer Gläubiger für die Anleihe der Kassenverein eingetragen.

ee) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer 465

Veräußerung von Dividendenscheinen: Einnahmen aus Kapitalvermögen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a unterliegen dem abgeltenden KapErtrStAbzug von 25 %, da § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 auch auf Einnahmen aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a Bezug nimmt. Den StAbzug hat nach § 44 Abs. 1 Satz 3 iVm. Satz 4 Nr. 1 die die Veräußerung ausführende Stelle, idR ein Kreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen, vorzunehmen.

Die Einlösung des Dividendenscheins durch den Erwerber ist nicht stbar (s. Anm. 457). Es darf daher keine KapErtrSt gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 einbehalten werden.

Veräußerung von Zinsscheinen: Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 wird von den Einnahmen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b ebenfalls KapErtrSt iHv. 25 % mit abgeltender Wirkung für die ESt einbehalten. Den StAbzug hat die die Erträge auszahlende Stelle, nach § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 das inländ. Kreditinstitut, vorzunehmen.

466–469 Einstweilen frei.

3. Einnahmen aus Termingeschäften und Veräußerung von Finanzinstrumenten (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3)

Schrifttum: WOHLFARTH/BRAUSE, Strukturierte Wertpapiere als Termingeschäfte, WM 1998, 1859; HAMACHER, Termingeschäfte im privaten Bereich nach neuem Steuerrecht, WM 2000, 1721; SCHMITTMANN/WEPPLER, Voraussetzungen der Verlustausgleichsbeschränkung bei Termingeschäften im Betriebsvermögen, DStR 2001, 1783; LUTTERMANN/BACKMANN, Rechtsverhältnisse bei Hedge-Fonds („Risikofonds“) in Deutschland und in den USA, ZIP 2002, 1017; SCHULTZE/GRELCK, Steuerpflicht bei Optionsgeschäften an der EU-REX – Anmerkungen zum BFH-Urteil vom 24.6.2003, IX R 2/02, DStR 2003, 2103; WAGNER, Glattstellung von Aktienoptionsgeschäften – ein Besteuerungstatbestand des § 23 EStG, NWB Fach 3, 12695; HAISCH/DANZ, Grundsätze der Besteuerung von Zertifikaten im Privatvermögen, DStR 2005, 2108; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin, 4. Aufl. 2006; ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im Einkommensteuerrecht, Baden-Baden 2006; MAIER/WENGENROTH, Künftige Besteuerung privater Kapitalerträge, Auswirkungen der Abgeltungsteuer im Unternehmensteuerreformgesetz, ErbStB 2007, 89; PHILIPOWSKI, Werbungskosten bei fehlgeschlagenen Termingeschäften, DStR 2007, 1615; STECK, Liebhaberei bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, NWB Beratung aktuell, 2007, 2445; WATRIN/HANSEN, Finanzgeschäfte nach Einführung der Abgeltungssteuer, ErbStB 2007, 178; DAHM/HAMACHER, Termingeschäfte und Abgeltungsteuer, DStR 2008, 1910; CZISZ/KRANE, Die Besteuerung von Einkünften aus atypisch stiller Gesellschaften unter der Abgeltungsteuer, DStR 2010, 2226; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009, Herne/Berlin, 2. Aufl. 2010; HELIOS/PHILIPP, Besteuerung von Optionsgeschäften im Abgeltungsteuersystem, BB 2010, 95; REISLHUBER/BACMEISTER, Weitere ausgewählte Einzelaspekte des neuen BMF-Schreibens zur Abgeltungsteuer, DStR 2010, 684; ZANZINGER, Besteuerung des nicht gewerblichen Stillhalters bei Optionsgeschäften, DStR 2010, 149; MEINERT/HELIOS, Die Abzugsfähigkeit vergeblicher Aufwendungen bei Termingeschäften, DStR 2013, 508.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, betr. Besteuerung privater Termingeschäfte. Einkommensteuerrechtliche Behandlung von Termingeschäften im Bereich der privaten Vermögensverwaltung (§§ 20, 22 und 23 EStG); BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953, betr. Einzelfragen zur Abgeltungsteuer.

a) Einnahmen aus Termingeschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a)

470 aa) Rechtsentwicklung

Die Vorschrift, die mit der Einführung des Abgeltungsteuersystems durch das UntStReformG 2008 erstmals in § 20 eingefügt wurde, ersetzt mit dem Buchst. a – in einem Teilbereich – den früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF. Während Buchst. a nur die Einnahmen aus der Beendigung eines Termingeschäfts erfasst, wird über den Buchst. b der Gewinn aus einer Veräußerung des Termingeschäfts selbst, dh. eines als Termingeschäft ausgestalteten Finanzinstruments, besteuert.

bb) Sachlicher Geltungsbereich des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a

471

Zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört nach Nr. 3 Buchst. a der „Gewinn“ aus einem Termingeschäft, durch das der Stpfl. einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Die Gesetzesformulierung entspricht dem Wortlaut des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 aF, eine Definition des „Termingeschäfts“ aber enthält das Gesetz wiederum nicht. Allerdings wurde die noch in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 aF enthaltene Fiktion von Optionsscheinen und Zertifikaten als Termingeschäfte in der Formulierung des Buchst. a nicht übernommen. Der Gesetzesbegründung nach (BTDrucks. 16/14841, 73) umfasst der Begriff des Termingeschäfts sämtliche als Options- oder Festgeschäft ausgestaltete Finanzinstrumente sowie Kombinationen zwischen Options- und Festgeschäft, deren Preis von einem Index oder dem Marktpreis eines anderen WG abhängt. Da die Verbriefung nicht Tatbestandsmerkmal ist, sind auch Wertzuwächse unverbriefteter Geschäfte erfasst.

cc) Begriff des Termingeschäfts

472

Nach Auffassung der Finanzverwaltung umfasst der Begriff des Termingeschäfts sämtliche als Options- oder Festgeschäft ausgestaltete Finanzinstrumente sowie Kombinationen zwischen Options- und Festgeschäften, deren Preis unmittelbar oder mittelbar abhängt

- vom Börsen- oder Marktpreis von Wertpapieren,
- vom Börsen- oder Marktpreis von Geldmarktinstrumenten,
- vom Kurs von Devisen oder Rechnungseinheiten,
- von Zinssätzen oder anderen Erträgen oder
- vom Börsen- oder Marktpreis von Waren oder Edelmetallen.

Dabei soll es ohne Bedeutung sein, ob das Termingeschäft in einem Wertpapier verbrieft ist, an einer amtlichen Börse oder außerbörslich abgeschlossen wird. Zu den Termingeschäften sollen insbes. Optionsgeschäfte, *Swaps*, Devisentermingeschäfte und *Forwards* oder *Futures* gehören (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 9). Dies entsprach der Verwaltungsauffassung zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF (vgl. BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 – Tz. 1), der sich auch der Gesetzgeber des UntStRefG 2008 angeschlossen hat (vgl. amtliche Begründung, BTDrucks. 16/4841, 55).

Parallelen zum Kapitalmarktrecht: Dieses Begriffsverständnis lehnt sich an die Definitionsbestimmungen in § 2 Abs. 2 WpHG (idF v. 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2708) und in § 1 Abs. 11 KWG (idF v. 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2776) an. Diese Vorschriften sind indes überholt. Die Definitionsbestimmungen in § 2 Abs. 2 WpHG und § 1 Abs. 11 Satz 3 KWG (zwischenzeitlich mehrfach geändert) sehen Termingeschäfte als Unterfall der Derivate an und definieren diese wesentlich umfassender als bislang. Ferner existiert die besondere Kategorie der Finanztermingeschäfte, die sowohl die Derivate iSv. § 2 Abs. 2 WpHG als auch Optionsgeschäfte umfasst (§ 37e Satz 2 WpHG). Diese Regelungen betreffen vor allem den Ausschluss des sog. Spieleinwands aus § 762 BGB (§ 37e Satz 1 WpHG) sowie die Ermächtigung des BMF, bestimmte Finanztermingeschäfte zum Schutz der Anleger durch RVO zu verbieten (§ 37g WpHG). Die Definition des Derivats kann somit als Basis für die Definition des wertpapierrechtlichen Termingeschäfts angesehen werden und umfasst die folgenden Fallgruppen:

► *Termingeschäfte*: Diese werden zunächst allg. als Kauf, Tausch oder anderweitig ausgestaltete Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte definiert, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswerts ableitet (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG; § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 KWG). Sodann wird je nach Basiswert weiter differenziert:

▷ *Finanzinstrumente oder finanzielle Messgrößen als Basiswerte*: Diese Gruppe umfasst die folgenden Basiswerte (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a bis e WpHG; § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a bis e KWG):

- Wertpapiere oder Geldmarktinstrumente,
- Devisen oder Rechnungseinheiten,
- Zinssätze oder andere Erträge,
- Indices der vorstehenden Basiswerte, andere Finanzindices oder Finanzmessgrößen oder
- Derivate.

▷ *Physikalische oder volkswirtschaftliche Variablen als Basiswerte*: Diese Gruppe umfasst zunächst die folgenden Basiswerte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 WpHG; § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWG):

- Waren,
- Frachtsätze,
- Emissionsberechtigungen,
- Klima- oder andere physikalische Variablen,
- Inflationsraten oder andere volkswirtschaftliche Variablen oder
- sonstige Vermögenswerte, Indices oder Messwerte.

Ergänzt werden diese Basiswerte durch Art. 39 Buchst. a bis g der VO (EG) Nr. 1287/2006 (ABl. EU 2006 Nr. L 241, 1; vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 5 WpHG; § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 KWG):

- Telekommunikations-Bandbreite;
- Lagerkapazität für Waren;
- Übertragungs- oder Transportkapazität in Bezug auf Waren, sei es nun über Kabel, Rohrleitung oder auf sonstigem Wege;
- eine Erlaubnis, ein Kredit, eine Zulassung, ein Recht oder ein ähnlicher Vermögenswert, der bzw. die direkt mit der Lieferung, der Verteilung oder dem Verbrauch von Energie in Verbindung stehen, die aus erneuerbaren Energiequellen gewonnen wird;
- eine geologische, eine umweltbedingte oder eine sonstige physikalische Variable;
- ein sonstiger Vermögenswert oder ein sonstiges Recht fungibler Natur, bei dem es sich nicht um ein Recht auf Dienstleistung handelt, der bzw. das übertragbar ist;
- ein Index oder ein Maßstab, der mit dem Preis, dem Wert oder dem Volumen von Geschäften mit einem Vermögenswert, einem Recht, einer Dienstleistung oder einer Verpflichtung in Verbindung steht.

Erforderlich ist in all diesen Fällen, dass es sich bei den Termingeschäften nicht um Kassageschäfte iSd. Art. 38 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1287/2006 handelt und dass sie (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a bis c ggf. iVm. Nr. 5 WpHG; § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Buchst. a bis c ggf. iVm. Nr. 5 KWG)

- durch Barausgleich zu erfüllen sind oder einer Vertragspartei das Recht geben, einen Barausgleich zu verlangen, ohne dass dieses Recht durch Ausfall oder ein anderes Beendigungsereignis begründet ist,
 - auf einem organisierten Markt oder in einem multilateralen Handelssystem geschlossen werden oder
 - nach Maßgabe des Art. 38 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1287/2006 Merkmale anderer Derivate aufweisen und nichtkommerziellen Zwecken dienen und nicht die Voraussetzungen des Art. 38 Abs. 4 dieser VO gegeben sind.
- *Finanzielle Differenzgeschäfte:* § 2 Abs. 2 Nr. 3 WpHG; § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 KWG. Von einem Differenzgeschäft ist auszugehen, wenn Vertragsinhalt die Lieferung von Waren oder Wertpapieren ist, aber zumindest eine Vertragspartei die Absicht hat, im Lieferzeitpunkt lediglich die Differenz zwischen dem bei Vertragsschluss vereinbarten Preis (Basispreis) und dem aktuellen Börsen- oder Marktpreis zu bezahlen. Obwohl äußerlich ein Umsatzgeschäft vereinbart ist, findet keine Lieferung der WG, sondern lediglich ein Differenzausgleich (Cash-Settlement) statt.
- *Kreditderivate:* Hierbei handelt es sich um als Kauf, Tausch oder anderweitig ausgestaltete Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und dem Transfer von Kreditrisiken dienen (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 WpHG; § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KWG).

In der Literatur stößt die Auffassung der FinVerw. überwiegend auf Kritik. Kritisiert wird insbes. der Rückgriff auf den Derivatebegriff des WpHG sowie des KWG. Das StRecht verfolge mit der Regelung zur Besteuerung von Gewinnen aus Termingeschäften ein eigenes, spezifisch stl. motiviertes Ziel. Das stl. Begriffsverständnis müsse sich daher an diesem Ziel ausrichten (HAMACHER, WM 2000, 1721; HAISCH/DANZ, DStR 2005, 2108 [2112 f.]; JOCHUM in KSM, § 20, Rn. D/3 11, D/3 13). Stattdessen sollen Termingeschäfte als Gegenbegriff zu Kassageschäften aufgefasst werden (Abgrenzung aufgrund der Handelstechnik; so etwa HAMACHER, WM 2000, 1721 [1722 f.]; wohl auch HAISCH/DANZ, DStR 2005, 2108 [2112 f.]; DAHM/HAMACHER, DStR 2008, 1910 [1911]; JOCHUM in KSM, § 20, Rn. D/3 16). Nach aA soll das Termingeschäft als Typusbegriff verstanden werden, der durch die Risiken einer Hebelwirkung, eines Totalverlusts des eingesetzten Kapitals und der Gefahr, planwidrig zusätzliche Mittel einsetzen zu müssen, gekennzeichnet ist (so wohl SCHMITTMANN/WEPLER, DStR 2001, 1783 [1785]).

Stellungnahme:

► *Kapitalmarktrechtliche Definition als Ausgangspunkt:* Die Definition in § 2 Abs. 2 WpHG bzw. § 1 Abs. 11 Satz 3 KWG stellt uE einen sachgerechten Ausgangspunkt für die stl. Begriffsbestimmung dar. Dies mag auch der Ansatzpunkt der FinVerw. sein. Die sich wiederholende Bezugnahme auf überholte Rechtsvorschriften (zuletzt BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 9; ebenso die amtliche Begründung zum UntStRefG 2008, BTDrucks. 16/4841, 55) ist indes abzulehnen. Das StRecht will das Einkommen erfassen, das der Stpfl. durch Betätigung am Markt – in diesem Fall am Kapitalmarkt – erzielt. Es ist damit an die am Markt vorzufindenden Strukturen gebunden und muss diese einer sachgerechten Besteuerung zuführen. Auch das Kapitalmarktrecht ist an die am Markt vorfindlichen Strukturen gebunden, greift diese jedoch mit einem anderen Regelungsziel auf. Dies hindert es uE jedoch nicht, die so definierten Begrifflichkeiten als eines tatsächlichen Befunds für stl. Zwecke aufzugreifen. Überdies ist den Kritikern dieser Auffassung entgegenzuhalten, dass auch die alternativ vor-

geschlagenen Begriffsdefinitionen – etwa die Abgrenzung nach der Handelstechnik – kapitalmarktrechtl. getrieben sind und keinen spezifisch stl. Kern einer Begriffsdefinition aufzeigen. Namentlich die Anknüpfung an die mit Termingeschäften typischerweise verbundenen Risiken ist geradezu klassisch aufsichtsrechtl., weil dies ein wesentlicher Gesichtspunkt im Rahmen des das Kapitalmarktrecht tragenden Grundsatzes des Anlegerschutzes ist.

► *Typusbegriff?*: Darüber hinaus ist uE die Einstufung des Begriffs der Termingeschäfts als (offener) Typusbegriff abzulehnen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich recht ausdifferenzierten kapitalmarktrechtl. Definitionsbestimmungen, denen ohnehin bereits ein gewisses Maß an Typisierung innewohnt. Die Behandlung des Termingeschäfts als Typusbegriff würde uE erst zu der von der wohl hM befürchteten Konturlosigkeit dieses Begriffs führen, denn bereits der verfassungsrechtl. Bestimmtheitsgrundsatz verbietet es, unter diesen Begriff alles zu fassen, was nicht irgendwie anderweitig unter eine Steuernorm subsumiert werden kann.

► *Steuerliche Einschränkungen des kapitalmarktrechtlichen Begriffs*: Allerdings ist der wohl M zuzugeben, dass StRecht und Kapitalmarktrecht unterschiedliche Ziele verfolgen. Die Definitionsbestimmungen des Kapitalmarktrechts – als Teilbereich des besonderen Polizei- und Ordnungsrechts – dienen dazu, einen möglichst weiten Aufgabenbereich zu eröffnen, innerhalb dessen die Aufsichtsbehörden ihre Befugnisse zum Schutz der Anleger und des Marktes ausüben können. Der Schutzgedanke spielt im StRecht hingegen keine Rolle, vielmehr sind aus Gründen der Gleichmäßigkeit der Besteuerung auch verbotene Termingeschäfte stl. zu erfassen (vgl. § 41 AO). Der kapitalmarktrechtl. Begriff des Termingeschäfts bedarf daher einer Beschränkung dort, wo für stl. Zwecke eine Besteuerung als Termingeschäft nicht geboten erscheint. Dies lässt sich uE am ehesten aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift begründen. Bereits die Vorgängervorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF war mit dem Ziel geschaffen worden, als ungerechtfertigt empfundene Besteuerungslücken zu schließen (vgl. etwa die aml. Begründung zum StEntlG 1999/2000/2002, BTDrucks. 14/23, 180). Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ist daher als eine Auffangnorm zu verstehen. Ein Termingeschäft iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 liegt daher nicht (mehr) vor, wenn das entsprechende Geschäft unter eine andere Vorschrift von Abs. 1 oder Abs. 2 gefasst werden kann (insoweit glA JOCHUM in KSM, § 20, Rn. D/3 13). Dies betrifft namentlich Zertifikate, die seit 2009 als Kapitalforderungen iSv. Abs. 1 Nr. 7 anzusehen (s. Anm. 299 ff.) und damit im Veräußerungsfall nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu besteuern sind. Diese waren zuvor teilweise kraft Fiktion in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 aF den Termingeschäften gleichgestellt. Daher fällt uE alles, was nach § 2 Abs. 2 WpHG bzw. § 1 Abs. 11 Satz 3 KWG als Termingeschäft anzusehen ist, auch für stl. Zwecke unter dem Begriff des Termingeschäfts iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, jedoch nicht insoweit, als die Besteuerung ausdrücklich durch andere Vorschriften geregelt ist.

Einzelfälle:

► *Futures* sind zu standardisierten oder individuell vereinbarten Bedingungen abgeschlossene Verträge, die nach außen die Lieferung bestimmter Basisgüter wie Aktien oder Anleihen auf Termin zum Gegenstand haben. Die Vertragsbeteiligten sind sich idR jedoch darüber einig, dass ihnen nicht an der Lieferung des Basiswerts, sondern lediglich am Ausgleich der Differenz zwischen Basispreis und dem in der Zukunft liegenden, dann aktuellen Börsen- oder Marktpreis, gelegen ist. Dieser Differenzausgleich wird durch Barausgleich (*Cash-Settlement*) geleistet. Dies gilt unabhängig davon, ob Inhalt des sog. verdeckten Optionsgeschäfts ein

lieferbares oder aber ein nicht lieferbares Basisgut ist. Lieferbare Basisgüter können zB Aktien oder Anleihen, nicht lieferbare Basisgüter ein Index oder ein bestimmter Zinssatz sein.

► *Termingeschäfte an der EUREX*: Zu standardisierten Bedingungen werden Termingeschäfte an der Deutsch-Schweizerischen Terminbörse (EUREX, Nachfolgerin der DTB) gehandelt. Die Eröffnungsgeschäfte werden idR durch ein glattstellendes Gegengeschäft beendet, aus dem sich der Stpfl. einen Differenzgewinn erhofft. Neben Futures-Kontrakten auf Aktien oder Optionsgeschäften auf Futures werden an der EUREX auch Kapitalmarkt-Futures auf fiktive (synthetische) Schuldverschreibungen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft gehandelt.

► *Forwards*: Die Besteuerungsregeln der Nr. 3 Buchst. a gelten auch für individuell vereinbarte, außerhalb der Börsen gehandelte Termingeschäfte (*Over The Counter* – OTC – Geschäfte), sog. *Forwards*.

Lieferung der Basiswerte: Wird bei einem Termingeschäft (ausnahmsweise) der dem Geschäfts zugrunde liegende Basiswert (Aktie, Schuldverschreibungen, Devisen) geliefert, liegt kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b vor. Die Auslieferung erfüllt selbst dann keinen Tatbestand des Abs. 2, wenn der Wert der Basisgüter im Auslieferungszeitpunkt den Wert des beim Abschluss des Termingeschäfts gezahlten Geldbetrags übersteigt. Erst wenn die gelieferten Werte weiter übertragen werden, wird ein Tatbestand des Abs. 2 Satz 1, zB Nr. 1 oder Nr. 7, erfüllt, sofern es sich bei den Basiswerten um WG iSd. Abs. 2 handelt. Zur Behandlung beim Stillhalter s. Anm. 401.

Einstweilen frei.

473–474

dd) Beendigung von Finanztermingeschäften durch Glattstellung

475

Finanzgeschäfte an der EUREX werden regelmäßig durch den Abschluss eines Gegengeschäfts (Glattstellung) aufgelöst. Bei der Glattstellung schließen die Vertragspartner zum Ausgleich des Ursprungsgeschäfts ein Gegengeschäft auf den gleichen Basiswert mit gleichem Verfalltermin ab, wodurch die Verpflichtungen beider Seiten erlöschen, sofern das Gegengeschäft als Glattstellung oder Closing gekennzeichnet wird (Schuldaufhebungs- und Verrechnungsabrede). Vertragspartner des Stpfl. ist hier ausschließlich die Clearingstelle der Börse. Bei Forwards sind deshalb Glattstellungsgeschäfte nicht möglich. Der BFH (v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995) hat zum alten Recht entschieden, dass die Glattstellung eines Optionsgeschäfts an der EUREX unter die Veräußerung iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF fallen kann. Diese Rspr. ist auch auf Nr. 3 übertragbar, so dass der durch die Glattstellung erzielte „Gewinn“ nicht unter die Nr. 3 Buchst. a, sondern unter Nr. 3 Buchst. b zu subsumieren ist (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 24, s. Anm. 484).

Beendigung von Finanztermingeschäften ohne Ausübungserklärung: Finanztermingeschäfte unterscheiden sich von Optionsgeschäften dadurch, dass die Geschäftspartner ohne die bei Optionsgeschäften notwendige Ausübungserklärung (Wahrnehmung des Optionsrechts) verpflichtet sind, nach Ablauf der vereinbarten Frist den Basiswert zu „liefern“ bzw. zu „erwerben“, dh. regelmäßig den Differenzausgleich zu zahlen.

Devisentermingeschäfte können in zwei Grundvarianten abgeschlossen werden. Die Vertragsparteien können vereinbaren, zwei bestimmte Währungen zu einem zukünftigen Zeitpunkt mit vorher festgelegten Devisenkurs auszutau-

schen, dh. die Devisen effektiv zu liefern. Das Devisentermingeschäft kann jedoch auch in der Weise abgeschlossen werden, dass keine tatsächliche Lieferung erfolgen soll, sondern lediglich die Differenz zwischen einem angenommenen Basiskurs und dem zukünftigen Marktkurs auszugleichen ist.

Effektive Lieferung der Devisen: Werden die gelieferten Devisen in eine andere Währung umgetauscht, ist der Bereich des § 20 nicht tangiert. Vielmehr ist von einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 auszugehen (BFH v. 2.5.2000 – IX R 73/98; BStBl. II 2000, 614, zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF; ebenso BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 39, zum neuen Recht), da Gegenstand der Veräußerung keine Kapitalforderung iSd. § 20, sondern ein anderes privates WG, die effektiven Deviseneinheiten, ist. Dies gilt auch, wenn am Fälligkeitstag ein auf Euro lautendes Konto des Käufers mit dem Kaufpreis belastet und ihm gleichzeitig die Fremdwährung gutgeschrieben wird, sofern dieser Betrag der auf Termin gekauften Fremdwährung entspricht. In diesem Fall wird die mit dem Devisentermingeschäft erworbene Fremdwährung am Fälligkeitstag geliefert und unmittelbar danach in Euro zurückgetauscht (Beispiel in BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 38).

Devisenerwerb vor Abschluss des Termingeschäfts: Von einem Veräußerungsgeschäft ist auch dann auszugehen, wenn die Devisen nach Anschaffung auf Termin weiterveräußert werden.

Devisenerwerb nach Abschluss des Termingeschäfts: Verkauft der Stpfl. Devisen auf Termin, ohne im Besitz der Fremdwährung zu sein (Stillhaltergeschäft), liegt ebenfalls ein Veräußerungsgeschäft vor.

Beispiel: A verkauft am 3.4.2009 10 000 US-\$ auf Termin zum 30.6.2009, ohne über die Fremdwährung zu verfügen. Der Verkaufspreis beträgt 11 000 US-\$. Am 10.5.2009 erwirbt A 10 000 US-\$ zum Termin 30.6.2009 zum Preis von 9 000 US-\$. Am 30.6.2009 wird sein Konto mit 9 000 US-\$ belastet; gleichzeitig werden ihm 11 000 US-\$ gutgeschrieben. Hieraus ist ein stpfl. Gewinn aus einem Veräußerungsgeschäft von 2 000 US-\$ aus der Differenz von 11 000 zu 9 000 US-\$ entstanden.

Devisenterminkauf mit nachfolgendem Gegengeschäft: Hier wird davon ausgegangen, dass zwischen erworbenem und veräußertem Fremdwährungsbestand Identität besteht (Ausnahme: Der Stpfl. kann nachweisen, dass er über einen Bestand an gleichartigen Währungsmitteln verfügt und diesen tatsächlich veräußert hat). Bei einem Devisenterminkauf mit nachfolgendem Gegengeschäft erwirbt der Stpfl. den Fremdwährungsbetrag, den er zuvor mit dem Eröffnungsgeschäft veräußert hat (Ausnahme: Der Stpfl. kann nachweisen, dass er über einen Bestand an gleichartigen Währungsmitteln verfügt und diesen tatsächlich veräußert hat).

Differenzausgleich: Vereinbaren die Vertragspartner ausdrücl. oder stillschweigend keine effektive Lieferung, sondern einen Differenzausgleich, ist ein darauf entstandener Gewinn oder Verlust nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a strechtl. beachtlich. Nach der Rspr. (BFH v. 8.12.1981 – VIII R 125/79; BStBl. II 1982, 618; v. 25.8.1987 – IX R 65/86; BStBl. II 1988, 248) sprechen folgende Indizien dafür, dass ein Differenzgeschäft vorliegt:

- wiederholte Unterlassung der effektiven Lieferung vorheriger Devisentermingeschäfte,
- Verbuchung und Zahlung lediglich eines Differenzausgleichs bei Fälligkeit des Devisentermingeschäfts,
- auffallendes Missverhältnis zwischen Vermögen und Börsentermingeschäft des Stpfl. und

– fehlendes sachliches Interesse des Devisenkäufers an der effektiven Währung.

Beispiel: A erwirbt am 11.6.2009 100 000 US-\$ auf Termin zum 1.10.2009. Der Terminkurs beträgt 20 000 US-\$. Am 16.7.2009 veräußert A 50 000 US-\$ auf Termin zum 11.10.2009. Der Terminkurs beträgt 62 000 US-\$. Bereits am 16.7.2009 hat A einen Gewinn aus einem privaten Termingeschäft von 2 000 US-\$ erzielt, der sich aus der Differenz des Verkaufspreises von 62 000 US-\$ und dem Kaufpreis von 60 000 US-\$ für jeweils 50 000 US-\$ nominal ergibt.

ee) Optionsgeschäfte als Termingeschäfte

476

Optionsgeschäfte können ebenfalls unter den Begriff Termingeschäft iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a fallen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 9; ebenso BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, BStBl. II 2007, 608, zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF; ausführl. ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im Einkommensteuerrecht, 2006, 87 ff.).

Inhalt eines Optionsgeschäfts: Das Optionsgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerber einer Option nur das Recht, nicht jedoch die Verpflichtung hat, zu einem späteren Zeitpunkt ein Geschäft, zB den Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers, zu vorher festgelegten Konditionen abzuschließen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 10 ff.). Gegen Bezahlung einer Prämie (Optionsprämie) erwirbt der Käufer (Optionsnehmer) vom Verkäufer (Optionsgeber) das Recht, eine bestimmte Anzahl von Basiswerten, zB Aktien, zu einem vereinbarten Basispreis vom Verkäufer zu erwerben (Kaufoption oder Put). Bei einer Call-Option hat der Optionsgeber das Basisgut zu liefern, wenn der Optionsnehmer die Option ausübt. Im Fall eines *Puts* muss der Optionsgeber die ihm vom Optionsnehmer (Stillhalter) angedienten Aktien abnehmen. Je nach den Bedingungen des Optionsgeschäfts kann die Option aE der Laufzeit (europäische Option) oder während der gesamten Laufzeit (amerikanische Option) ausgeübt werden.

Optionsanleihe: Bei einer Optionsanleihe besitzt der Inhaber neben dem Recht auf Rückzahlung des Nominalbetrags ein in einem Optionsschein verbrieftes Recht, innerhalb der Optionsfrist eine bestimmte Anzahl von Aktien des Emittenten oder einer anderen Gesellschaft, Anleihen, Fremdwährungen, Edelmetalle oder andere Basiswerte zu einem festgelegten Kaufpreis zu erwerben. Mit der Ausübung der Option erlischt der Anspruch auf Rückzahlung des Nominalbetrags der Anleihe nicht. Anleihe und Optionsschein können voneinander getrennt werden und sind sodann gesondert handelbar (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 6). Der Optionsschein stellt damit ein Optionsrecht dar, das in einem Wertpapier verbrieft ist (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 17). Während die Optionsanleihe zu den Kapitalforderungen iSv. Abs. 1 Nr. 7 gehört, gehört der Optionsschein zu den Termingeschäften iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, und zwar unabhängig davon, ob er von der Anleihe getrennt ist oder nicht (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 7).

Verhältnis von Options- und nachfolgendem Wertpapiergeschäft: BFH v. 28.11.1990 (XI 197/87, BStBl. II 1990, 300) geht uE zutreffend davon aus, dass der Optionsvertrag durch die Einräumung des Optionsrechts und Zahlung der Optionsprämie durch den Optionsnehmer vollständig erfüllt seien. Die nachfolgende, durch die Ausübung der Option veranlasste Lieferung des Basiswerts, zB der Aktien, gegen Zahlung des im Optionsvertrag vereinbarten Entgelts sei strechtl. als ein eigenständiges Geschäft anzusehen. Diese sog. Zweivertrags- oder Trennungstheorie wird zumindest für die Optionsgeschäfte an der EUREX (früher Deutsche Terminbörse) kritisiert (FG Hamb. v. 6.12.2001 – VI 227/99,

EFG 2002, 559, rkr., mit Anm. KUPKA/Süss, FR 2002, 438), weil die an der Terminbörse abgeschlossenen Optionsgeschäfte gerade nicht auf den nachfolgenden Vertragsabschluss über die Lieferung des veroptionierten Wertpapiers, sondern auf Glatstellung des Eingangsgeschäfts durch Abschluss eines Gegengeschäfts mit Closing-Vermerk gerichtet seien. Diese Argumentation überzeugt uE nicht. Auch wenn an der Terminbörse ca. 95 % aller eingegangenen Geschäfte durch Glatstellung beendet werden, so lassen die Handelsbedingungen der Terminbörse ausdrükl. auch die Ausübung der Option über lieferbare Wertpapiere zu, dh., es kommt im Fall der Ausübung zu einem zweiten Vertragsabschluss über die Lieferung des Basiswerts gegen Zahlung des Kaufpreises.

Beendigung des Optionsgeschäfts: Das Optionsgeschäft wird beendet durch

- Ausübung der Option,
- Verfall bei Ablauf der Laufzeit oder
- an der EUREX durch Glatstellung (Eingehen eines Gegengeschäfts).

Grundpositionen des Optionsgeschäfts: Der Optionsschein-Anleger kann vier Grundpositionen eingehen, aus denen sich unterschiedliche strechtl. Folgerungen ableiten:

- Kauf einer Kaufoption (*long call*),
- Kauf einer Verkaufsoption (*long put*),
- Verkauf einer Kaufoption (*short call*) und
- Verkauf einer Verkaufsoption (*short put*).

Kauf einer Kauf- oder Verkaufsoption: Die Aufwendungen für den Erwerb einer Kauf- oder Verkaufsoption sind AK des Optionsrechts. Transaktionskosten sind AK der Option. Wird das Optionsrecht weiterveräußert, liegt ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b vor.

Verkauf einer Kauf- oder Verkaufsoption: Der Verkäufer einer Kaufoption (Stillhalter) erhält für das Eingehen des Risikos aus dem eingeräumten Optionsrecht vom Käufer der Option eine Optionsprämie, die seit VZ 2009 als Einnahme aus Kapitalvermögen nach Abs. 1 Nr. 11 (früher aus sonstiger Leistung nach § 22 Nr. 3) stbar ist (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. 2004, 995; v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075, jeweils zu § 22 Nr. 3); s. Anm. 400 f.

Beispiel: (Verkauf einer Kaufoption): Der Verkäufer einer Kaufoption (Stillhalter) erhält von A die Optionsprämie dafür, dass er sich für eine bestimmte Zeit bindet und die daraus resultierenden Kursrisiken eingeht, die durch Einräumung des Optionsrechts während der Optionsfrist entstehen können. Die Optionsprämie stellt deshalb nach Auffassung der FinVerw. und der Rspr. für den Stillhalter Entgelt iSd. Abs. 1 Nr. 11 dar (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995, zu § 22 Nr. 3). Muss der Stillhalter die Aktien zum Preis von 320 € liefern, die er zuvor für 350 € erworben hatte, so führt der hieraus entstehende Verlust von 30 € je Aktie nicht zu WK. Das gilt auch, wenn der Stillhalter aufgrund des Optionsgeschäfts an A statt der Aktie einen Barausgleich (Differenzausgleich) zu leisten hat.

Ausübung einer Kauf- oder Verkaufsoption: Mit Ausübung der Kaufoption wird das Basisgut geliefert. Die Optionsprämie und Transaktionskosten erhöhen die AK des Basisguts. Der Tatbestand der Nr. 3 ist in diesem Fall nicht berührt. Wird dagegen anstelle der Lieferung lediglich ein Differenzausgleich gezahlt, ist der Tatbestand der Nr. 3 Buchst. a erfüllt. Die Optionsprämie und Transaktionskosten sind vom Differenzausgleich abzuziehen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I

2012, 953 – Tz. 21, 28). Übt der Inhaber einer Verkaufsoption seine Option aus, muss er das Basisgut an seinen Vertragspartner liefern. Verfügt er noch nicht über das Basisgut, zB Aktien, und muss dieses erst erwerben, verwirklicht er mit der Weiterlieferung der Aktien an den Optionsnehmer ein Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 3. War er bereits Inhaber des Basisguts, erfüllt er mit der Lieferung der Aktien den Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b. Optionsprämie und Transaktionskosten sind wiederum wie WK abziehbar (Abs. 4 Satz 1).

Beispiel 1: (Ausübung einer Kaufoption durch Lieferung): Anleger A erwirbt am 1.3.2009 über seine Bank zehn Kaufoptionen (Calls) über je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2009: 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juli 2009 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$. Bereits am 31.5.2009 ist der Kurs der Aktie auf 320 € gestiegen. A beschließt daher, sein Optionsrecht auszuüben und verlangt die Lieferung der Aktien. A erzielt aus diesem Geschäft keinen Vorteil iSd. Nr. 3 Buchst. a. Die Optionsprämie von 20400 € erhöht die AK der Aktien. Je Aktie hat A nunmehr AK von 340,40 € ($320 \text{ €} + 20,40 \text{ €}$), die der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns nach Nr. 3 Buchst. b zugrunde zu legen sind, wenn die Aktien weiterveräußert werden.

Beispiel 2: (Ausübung einer Kaufoption durch Differenzausgleich): Anleger A erwirbt am 1.3.2009 über seine Bank zehn Kaufoptionen (Calls) auf je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2009: 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juli 2009 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$. Am 31.7.2009 ist der Kurs der Aktie auf 350 € gestiegen. A beschließt daher, sein Optionsrecht auszuüben und verlangt die Differenz zwischen dem Basispreis von 309,60 € zu 350 €, also 40,40 € je Option. Daraus erzielt er insgesamt Einnahmen von 40400 €. Abzüglich der Aufwendungen für die Optionsprämie von 20400 € verbleibt ein stpfl. Gewinn von 20000 €.

Die Glattstellung einer Kauf- oder Verkaufsoption durch den Käufer stellt ein Veräußerungsgeschäft dar, das unter Nr. 3 Buchst. b fällt (s. Anm. 486).

Verfall einer Kauf- oder Verkaufsoption: Wird die Option aE der Laufzeit nicht ausgeübt, verfällt das Kauf- oder Verkaufsrecht. Der dadurch entstehende Verlust ist nach Auffassung der FinVerw. stl. nicht relevant (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 27, 32). Nach dem zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 aF ergangenen Ur. des BFH v. 26.9.2012 (IX R 50/09, BStBl. II 2013, 231) gehören Prämien wertlos gewordener Optionen zu den WK bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften (anders wohl noch BFH v. 10.12.2007 – IX R 11/06, BStBl. II 2008, 519). Die FinVerw. hält an ihrer Auffassung fest und will dieses Ur. gleichwohl nicht im Rahmen von Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a anwenden (BMF v. 27.3.2013, BStBl. I 2013, 403). Die Prämien einer wertlos gewordenen Option sind uE als Aufwendungen im Rahmen von Abs. 4 Satz 5 zu berücksichtigen (glA HELIOS/PHILIPP, BB 2010, 95 [98]; REISLHUBER/BACMEISTER, DStR 2010, 684 [685]; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. D/3 27; MEINERT/HELIOS, DStR 2013, 508 [510 f.]; WEBER-GRELLET, DStR 2013, 1412 [1414]).

Einstweilen frei.

477–479

ff) Zinsbegrenzungsvereinbarungen

480

Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind Verträge, in denen sich einer der Vertragspartner (Verkäufer) verpflichtet, an einen anderen Vertragspartner (Käufer) Ausgleichszahlungen zu leisten, wenn ein bestimmter Zinssatz eine gewisse Höhe über- oder unterschreitet. Grundformen der Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind

- Caps (Zinsoberbegrenzungen),
- Floors (Zinsunterbegrenzungen) und
- Collars (Kombination aus Caps und Floors).

Kauf einer Zinsbegrenzungsvereinbarung (Rechtstellung des Optionsinhabers): Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind Termingeschäfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, da die Ausgleichszahlungen in Abhängigkeit von der Entwicklung einer bestimmten Bezugsgröße, dem Referenzzins, gezahlt werden. Alle drei Grundformen können dabei nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden. Die Zahlung der Prämie zum Zeitpunkt des Erwerbs der Begrenzungsvereinbarung stellt die Anschaffung des Optionsrechts oder mehrerer hintereinander gestaffelter Optionsrechte dar. Zinsbegrenzungsvereinbarungen sind zivilrechtl. Dauerschuldverhältnisse, deren Leistungen sich zu bestimmten vertraglich vereinbarten Terminen konkretisieren.

► *Steuerabzug*: Der Abzug der KapErtrSt knüpft an die zu leistenden Ausgleichszahlungen an. Die für den Erwerb der Zinsbegrenzungsvereinbarung getätigten Aufwendungen sind im Zeitpunkt der ersten Ausgleichszahlungen (AK) nach Abs. 4 Satz 5 zu berücksichtigen.

► *Ausbleiben der Ausgleichszahlung*: Kommt es während der gesamten Laufzeit zu keiner Ausgleichszahlung, zB weil der Referenzzins die Zinsobergrenze zu keinem Zeitpunkt überschritten hat oder die Untergrenze nicht erreicht wurde, sind die Aufwendungen nach der FinVerw. (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 43) – wie beim Verfall von Optionen – stl. nicht zu berücksichtigen; s. Anm. 476 aE.

Verkauf einer Zinsbegrenzungsvereinbarung (Stillhalterposition): Die bei Vertragsabschluss vereinnahmte Prämie ist Einnahme aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 11. Die Ausgleichszahlungen, die der Stillhalter entsprechend der Vereinbarung zu zahlen hat, ist als Zahlung eines Differenzausgleichs zu werten, die im Rahmen des PV stl. unbeachtlich ist.

481 gg) Swapgeschäfte

Schrifttum: BORCHERS, Swapgeschäfte in Zivil- und Steuerrecht, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt/M. et al.1993.

Aktien swaps werden idR eingesetzt, um aus einer Aktienposition resultierende Chancen und Risiken auf einen Vertragspartner (Sicherungsgeber, idR die Hausbank) zu übertragen. Der Sicherungsgeber übernimmt dabei für die Laufzeit des Geschäfts das Kurs- und Dividendenrisiko aus den Aktien. Er erhält Dividendenausgleichszahlungen und bei Fälligkeit einen Ausgleich von etwaigen Wertsteigerungen der Aktien. Im Gegenzug ersetzt der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer dessen Finanzierungskosten, wobei als Berechnungsgrundlage der vertraglich vereinbarten „Zinszahlungen“ der Marktwert der Aktienposition bei Vertragsschluss zugrunde gelegt wird. Zudem leistet der Sicherungsgeber einen Ausgleich für mögliche Kursverluste. Ein Austausch von Kapital findet dagegen nicht statt.

► *Steuerrechtliche Folgen*: Aktien swaps sind stl. als Termingeschäfte einzuordnen, die zu folgenden Konsequenzen führen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 46):

- Vereinnahmung der Dividenden: stpfl. Kapitalertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1,

- Ausgleichszahlungen an den Sicherungsgeber (Hausbank): Aufwendungen iSd. Abs. 4 Satz 5 (WK),
- Vergütung möglicher Kurswertsteigerungen an den Sicherungsgeber (Hausbank): Aufwendungen iSd. Abs. 4 Satz 5
- „Zinszahlungen“ des Sicherungsgebers (Hausbank) an den Anleger: Geldbetrag (Vorteil) iSd. Abs. 4 Satz 5 (WK),
- Ausgleich des Sicherungsgebers (Hausbank) für mögliche Kurswertverluste: Geldbetrag (Vorteil) iSd. Abs. 4 Satz 5 (WK).

Zinsswaps: Zeitlich begrenzter Vertrag (Dauerschuldverhältnis) über den Austausch von Geldbeträgen, welche sich in Bezug auf die Zinsberechnungsbasis unterscheiden. Ein Kapitalaustausch findet nicht statt. Im Grundfall wird eine jährliche Zahlung von Festzinsbeträgen gegen jährlich zu zahlende variable Zinsbeträge getauscht, die sich nach einem bestimmten Referenzzinssatz, zB dem EURIBOR, richten.

► *Steuerrechtliche Folgen:* Auch Zinsswaps sind als Termingeschäfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a zu bewerten. Stpfl. Kapitalertrag iSd. Abs. 4 Satz 5 liegt in Form der während der Laufzeit erhaltenen Zinsbeträge vor (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 47). Geleistete Zahlungen sind im Zeitpunkt der Zahlung als negative Erträge unterjährig vom Kreditinstitut im Verlustverrechnungstopf (§ 43a Abs. 3) zu berücksichtigen. Transaktionskosten sind Aufwendungen iSd. Abs. 4 Satz 5 und im Zeitpunkt der Verausgabung als WK zu berücksichtigen. Einmalzahlungen im Tausch gegen laufende Zahlungen zu Beginn der Laufzeit (*Up-Front-Zinsswap*) oder aE der Laufzeit (*Ballon-Zinsswaps*) sind im Zahlungszeitpunkt bei StAbzug zu berücksichtigen.

hh) Zeitpunkt der Verwirklichung eines Termingeschäfts

482

Der Tatbestand der Nr. 3 Buchst. a ist erfüllt, wenn aus einem Termingeschäft ein Geldbetrag oder Vorteil erlangt ist, der vom Wert einer veränderlichen Größe abhängig ist. Der Gewinn oder Verlust (Abs. 4) aus einem Termingeschäft entsteht also im Zeitpunkt der Beendigung des Geschäfts und Entstehung des Anspruchs auf Zahlung des Differenzausgleichs oder des Anspruchs auf Leistung des sonstigen Vorteils, zB Lieferung einer bestimmten Anzahl von Aktien. Im Fall der Glatstellung ist auf den Zeitpunkt der Ausführung des Gegen Geschäfts abzustellen. Für den Zufluss des Geldbetrags oder sonstigen Vorteils aus einem Termingeschäft gelten die allgemeinen Regeln des § 11.

b) Einnahmen aus der Veräußerung von als Termingeschäft ausgestalteten Finanzinstrumenten (Nr. 3 Buchst. b)

aa) Gegenstand der Veräußerung

483

Im Gegensatz zu Nr. 3 Buchst. a wird mit Nr. 3 Buchst. b der Gewinn aus der Veräußerung der in Buchst. a erfassten Termingeschäfte zu stbaren Einnahmen iSd. § 20 erklärt. Nr. 3 Buchst. b erfasst damit einen Teilbereich von Geschäften, die bis einschließlich 2008 von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF erfasst wurden.

Begriff des Finanzinstruments: Dem Begriff „Finanzinstrument“ kommt in Nr. 3 Buchst. b uE keine eigenständige Bedeutung zu. Der Begriff des Finanzinstruments umfasst nach § 2 Abs. 2b WpHG sowie § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 8 KWG auch Derivate iSv. § 2 Abs. 2 WpHG bzw. § 1 Abs. 11 Satz 3 KWG und damit Termingeschäfte iSv. Nr. 3 Buchst. a (s. Anm. 472).

Veräußerung wertlos gewordener Optionen: Nr. 3 Buchst. b erfasst auch die Veräußerung einer an sich wertlosen Option vor Verfall. Die FinVerw. nimmt hingegen Gestaltungsmissbrauch an (vgl. OFD Münster v. 13.7.2009, DStR 2009, 1757, noch zu § 23 aF) bzw. dürfte ggf. eine Veräußerung verneinen (vgl. BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 59 aE; s. Anm. 422). Sofern man mit der hier vertretenen Auffassung (s. Anm. 476) davon ausgeht, dass der Verfall stl. im Rahmen von Nr. 3 Buchst. a zu berücksichtigen ist, kann die Veräußerung einer an sich wertlosen Option nicht als Gestaltungsmissbrauch angesehen werden (glA KNOBLAUCH, DStR 2013, 798 [800 f.]; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. D/3 28; zweifelnd auch RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 372, 427a). Unabhängig davon existiert nach dem Systemwechsel zur abgeltenden KapErtrSt keine nicht stbare Vermögensebene mehr. Die stl. Geltendmachung von Verlusten auf der Vermögensebene kann somit nicht rechtsmissbräuchlich sein.

484 Einstweilen frei.

485 bb) Glattstellung einer Option

Glattstellung als Veräußerung: Standardisierte Optionsgeschäfte an der EU-REX können durch Glattstellung beendet werden. Mit dem Abschluss eines Gegengeschäfts zur Glattstellung des Ausgangsgeschäfts wird ein Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 3 Buchst. b verwirklicht. Der Gewinn oder Verlust aus dieser Glattstellung ist die Differenz zwischen der aus dem Gegengeschäft erzielten Optionsprämie und den Anschaffungs- und Nebenkosten des Grundgeschäfts (BFH v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995; ebenso BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 24; aA WAGNER, NWB Fach 3, 12695 [12697]; zust. auch SCHULTZE/GRELCK, DStR 2003, 2103).

Beispiel: Glattstellung einer Kaufoption nach BMF v. 9.10.2012 (BStBl. I 2012, 953 – Tz. 24): Anleger A erwirbt am 15. März über seine Bank an der Terminbörse EUREX zehn Kaufoptionen (Calls) auf je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 15.3.2009 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juli (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$ zzgl. 250 € Transaktionskosten. Am 1. April ist der Kurs der Aktie auf 350 € gestiegen. Das Recht (die Option), die Aktien zu einem Basispreis von 320 € zu kaufen, ist jetzt 50 € wert (innerer Wert 30 €, angenommener Zeitwert 20 €). A beschließt daher, seine Position durch ein Gegengeschäft glattzustellen, dh., er verkauft über seine Bank zehn Kaufoptionen über je 100 Aktien des gleichen Unternehmens zum Basispreis von 320 €, Verfallmonat für Juli, mit Closing-Vermerk (Glattstellung). A erhält dafür am 2. April eine Optionsprämie von $1000 \times 50 \text{ €} = 50000 \text{ €}$ abzgl. 500 € Spesen. A hat aus diesen Vorgängen einen stpl. Veräußerungsgewinn iHv. $(50000 \text{ €} - 500 \text{ €} - 20400 \text{ €} - 250 \text{ €}) = 28850 \text{ €}$ erzielt.

Glattstellung einer Kaufoption durch den Verkäufer: Der Verkäufer einer Kaufoption löst sich aus dem Grundgeschäft durch den Kauf einer Kaufoption mit entsprechendem Glattstellungsvermerk. Die für den Kauf der Kaufoption aufgewendete Optionsprämie ist durch die Befreiung aus dem Grundgeschäft und zur Sicherung der dabei erhaltenen Optionsprämie veranlasst und deshalb als WK (Glattstellungsaufwand) bei den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 11 abziehbar.

486 c) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

Die Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 unterliegen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dem KapErtrStAbzug iHv. 25 %. Den

StEinbehalt haben nach § 44a Abs. 1 Satz 3 und 4 die die Erträge auszahlende Stelle oder das die Veräußerung durchführende Institut, also regelmäßig das inländ. Kreditinstitut oder gleichgestellte inländ. Finanzdienstleistungsinstitute vorzunehmen. Bei OTC-Derivaten kommt es hingegen zu keinem KapErtrStAbzug, sofern diese nicht über eine auszahlende Stelle abgewickelt werden.

Einstweilen frei.

487–489

4. Einnahmen aus der Veräußerung von stillen Beteiligungen und partiarischen Darlehen iSv. Abs. 1 Nr. 4 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4)

a) Erfasste Vorgänge und Umfang der Einnahmen

490

Die Vorschrift wurde durch das UntStReformG 2008 erstmalig in den Abs. 2 eingefügt. Zuvor war die Veräußerung einer stillen Beteiligung oder eines partiarischen Darlehens idR nur unter den Voraussetzungen des § 23 aF stbar (s. Anm. 146). Bei der Auflösung einer stillen Gesellschaft hat die Rspr. für die Rechtslage bis 2008 danach differenziert, ob es sich bei den Einnahmen im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um zusätzliche Entgelte für die Kapitalüberlassung oder nachträgliche Einnahmen handelt (s. Anm. 147). Mit dem UntStRefG 2008 fand ein Systemwechsel dahingehend statt, dass Veräußerungsvorgänge sowie gem. Abs. 2 Satz 2 gleichgestellte Vorgänge ausschließlich unter Abs. 2 fallen. Ein Gewinn aus der Veräußerung oder gleichgestellten Vorgängen fällt daher auch dann unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, wenn in ihm – wirtschaftlich gesehen – laufende Einkünfte enthalten sind.

Veräußerung an einen Dritten: Grundfall von Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ist die entgeltliche Veräußerung einer stillen Beteiligung oder eines partiarischen Darlehens an einen Dritten. Liegt das Entgelt über dem Nennwert der stillen Einlage oder des partiarischen Darlehens, erzielt der Stpfl. einen Gewinn, der insgesamt unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 fällt. Liegt das Entgelt darunter, liegt ein Verlust vor, der nach Maßgabe des Abs. 6 verrechenbar ist.

Vereinnahmung des Auseinandersetzungsguthabens/Rückzahlung der Darlehensvaluta: Beide Vorgänge sind gem. Abs. 2 Satz 2 einer Veräußerung gleichgestellt.

► *Gewinn:* Übersteigt das Auseinandersetzungsguthaben bzw. die zurückgezahlte Darlehensvaluta die historischen AK (zur Ermittlung des Gewinns, s. Abs. 4 sowie Anm. 560 ff.), liegt ein Gewinn vor, der ebenfalls in vollem Umfang unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 fällt. Dies gilt unabhängig davon, auf welchem Grund der Mehrbetrag beruht (etwa Wertsicherungsklauseln, die Abfindung von Dienstleistungen; s. zum bisherigen Recht Anm. 146 f.). Im Auseinandersetzungsguthaben enthaltene Gewinnanteile sind uE nur dann vom Gewinn abzusetzen, wenn diese bereits zugeflossen sind.

► *Verlust:* Liegen die historischen AK über dem Auseinandersetzungsguthaben bzw. der zurückgezahlten Darlehensvaluta, entsteht ein Verlust, der nach Abs. 6 verrechenbar ist. Unerheblich ist ferner, ob das Auseinandersetzungsguthaben bzw. die Darlehensvaluta vom ursprünglichen stillen Gesellschafter oder vom partiarischen Darlehensgeber oder einem Erwerber der stillen Beteiligung bzw. der Forderung aus dem partiarischen Darlehen vereinnahmt wird.

► *Sachwerte* sind nach § 8 Abs. 2 mit den üblichen Endpreisen am Abgabeort anzusetzen. Sofern keine handelbaren Waren gewährt werden, für die „Endpreise“

und ein „Abgabeort“ existieren, zB Beteiligungen, ist uE der gemeine Wert anzusetzen (vgl. auch BMF v. 21.7.2000, FR 2000, 1098).

Gewinn- oder Verlustanteile des stillen Gesellschafters:

► *Laufende Gewinnanteile:* Enthält das Auseinandersetzungsguthaben laufende, aber stehende gelassene Gewinnanteile, gehören diese grds. zu den Einnahmen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, es sei denn, die Gewinnanteile sind bereits zugeflossen; dann gehören sie zu den Einnahmen iSv. Abs. 1 Nr. 4 (aA möglicherweise BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 4).

► *Verlustanteile:* Verlustanteile können nach hM und Auffassung der FinVerw. im Rahmen von Abs. 1 Nr. 4 stmindernd geltend gemacht werden (s. Anm. 142 mwN). Verlustanteile, die den Gewinn gemindert haben, sind dem Gewinn iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 hinzuzurechnen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 4 mit Beispiel). Beim Zweiterwerber gilt dies uE nur für Verlustanteile, die er während seiner Stellung als stiller Gesellschafter erlitten hat. Wurde ein Verlustanteil im Verlustentstehungsjahr nicht berücksichtigt, hat uE eine Hinzurechnung zu unterbleiben, wenn die Veranlagung für dieses Jahr nicht mehr änderbar ist.

Zahlung des Veräußerungsentgelts in Form von wiederkehrenden Bezügen:

► *Leibrenten:* Es handelt sich um eine private Veräußerungsrente. Damit hat der Veräußerer die Leibrente – unabhängig von der Höhe ihres Barwerts und ausgehend davon, dass die stille Beteiligung zum PV gehört – nach § 22 Nr. 1 zu versteuern (BMF v. 23.12.1996, BStBl. I 1996, 1508 – Tz. 49).

► *Andere wiederkehrende Bezüge als Leibrenten:* Sobald die gesamten Zahlungen den Wert der stillen Beteiligung überschreiten, liegt bei Beteiligung ab 2009 stbarer Kapitalertrag iSd. des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 vor; zu Altfällen s. Anm. 146.

Verlust aufgrund der Insolvenz des Inhabers des Handelsgeschäfts: Bis zur Einführung der Abgeltungsteuer wurden derartige Verluste als nicht stbare Vorgänge auf der Vermögensebene angesehen (s. Anm. 142 mwN). Zwar werden seit 2009 auch sämtliche Veräußerungsvorgänge erfasst. Der insolvenzbedingte Verlust wird jedoch nicht einer Veräußerung gleichgestellt (vgl. Abs. 2 Satz 2). Demzufolge sind derartige Verluste auch nicht nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 zu berücksichtigen (glA CZISZ/KRANE, DStR 2010, 2226 [2231]; uE zweifelhaft, s. Anm. 531).

491 **b) Steuererhebung im Wege der Veranlagung**

Die Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung von stillen Beteiligungen oder partiarischer Darlehen unterliegen nicht dem KapErtrStAbzug. Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 sind nicht in der Aufzählung des § 43 Abs. 1 Satz 1 aufgeführt. Die Einnahmen müssen deshalb vom Veräußerer mit der StErklärung deklariert und vom FA im Wege der besonderen Veranlagung (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem besonderen StSatz von 25 % veranlagt werden.

492 **c) Zeitliche Anwendung**

In zeitlicher Hinsicht werden stille Beteiligungen und partiarische Darlehen erfasst, die nach dem 31.12.2008 erworben wurden (§ 52a Abs. 10 Satz 4). Die Aufstockung einer bestehenden stillen Beteiligung oder die Erhöhung eines bestehenden partiarischen Darlehens stellt keinen Erwerb dar. Die betreffende stil-

II. Veräußerungstatbest. im Einzelnen (Satz 1) Anm. 492–505 § 20

le Beteiligung bzw. das betreffende partiarische Darlehen unterliegen in vollem Umfang dem bisherigen Recht.

Einstweilen frei.

493–499

5. Einnahmen aus der Veräußerung von Hypotheken, Grundschulden und Renten iSv. Abs. 1 Nr. 5 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 5)

a) Umfang der Einnahmen

500

Die ebenfalls mit dem UntStReformG 2008 eingefügte Vorschrift korrespondiert mit den Zinseinnahmen aus Hypotheken, Grundschulden und Renten aus Rentenschulden iSd. Abs. 1 Nr. 5. Die Rechte der von Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 erfassten Veräußerungsvorgänge entsprechen den Rechten iSd. Abs. 1 Nr. 5. Der „Gewinn“ aus der Übertragung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden ist erstmalig stbar, wenn das Recht nach dem 31.12.2008 erworben wurde (§ 52a Abs. 10 Satz 4).

b) Steuererhebung im Wege der Veranlagung

501

Die Einnahmen aus der Übertragung der Rechte iSd. Abs. 1 Nr. 5 unterliegen nicht dem KapErtrStAbzug. Sie sind nicht in der Aufzählung des § 43 Abs. 1 Satz 1 enthalten. Die Einnahmen müssen deshalb vom Veräußerer mit der StErklärung deklariert und vom FA im Wege der besonderen Veranlagung (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem besonderen StSatz von 25 % veranlagt werden.

Einstweilen frei.

502–504

6. Einnahmen aus der Veräußerung von Versicherungsverträgen iSv. Abs. 1 Nr. 6 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 6)

Schrifttum: RENGIER, Verkauf und Rückkauf von Kapitallebensversicherungen nach der Unternehmenssteuerreform, NWB Fach 3, 14859.

a) Umfang der Einnahmen und zeitliche Anwendung

505

Die Vorschrift korrespondiert mit den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 6 und regelt in Satz 1 erstmalig die Stpfl. der Einnahmen aus der Veräußerung der in Abs. 1 Nr. 6 bestimmten Versicherungsansprüche. Darunter fällt in erster Linie die entgeltliche Abtretung von Ansprüchen aus kapitalbildenden Lebensversicherungen durch den Versicherungsnehmer oder der entgeltliche Austausch des Versicherungsnehmers durch einen Dritten. In einem solchen Fall tritt der Dritte als Rechtsnachfolger an die Stelle des ursprünglichen Versicherungsnehmers. Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist, dass die Veräußerung nach dem 31.12.2008 stattfindet und der Versicherungsvertrag nach dem 31.12.2004 (Neu-Verträge) abgeschlossen wurde (§ 52a Abs. 10 Satz 5). Die Vorschrift gilt zudem für Versicherungsverträge, die vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurden (Alt-Verträge), wenn der Rückkauf nach dem bis zum 31.12.2004 geltenden Recht zu stbaren Einnahmen führt, zB weil der Vertrag noch keine zwölf Jahre Bestand hatte. Veräußerungsvorgänge vor dem 1.1.2009 sind also nicht betroffen. Veräußerungsgewinne aus einer Übertragung in 2008 oder früher sind somit nicht stbar. Zu sog. Lebensversicherungs-Zweitmarktfonds s. § 15 Anm. 1170.

506 **b) Besondere Kontrollmitteilung über die Veräußerung**

Da die FinBeh. im Regelfall von den zivilrechtl. Vorgängen keine Kenntnis erhalten, werden in Nr. 6 Satz 2 die VU zur vollständigen Erfassung aller Veräußerungsvorgänge verpflichtet, die für den Veräußerer zuständigen FinBeh. (Wohnsitz-FA) unverzüglich nach Kenntniserlangung eines solchen Veräußerungs- oder Austauschvertrags zu informieren. Die FinVerw. erhält über diese Art der Kontrollmitteilung Kenntnis von allen Veräußerungsvorgängen und erhält so die Möglichkeit, StErklärungen auf erklärte oder nicht erklärte Gewinne hin zu überprüfen.

Bescheinigung der bis zur Veräußerung entrichteten Beiträge: Der Veräußerer der Versicherungsansprüche iSd. Abs. 1 Nr. 6 hat nach Abs. 1 Nr. 6 Satz 4 nicht die Bruttoeinnahmen, sondern die Differenz aus dem Veräußerungserlös und den bis zur Veräußerung entrichteten Beiträgen (= AK) als Einkünfte zu versteuern. Um die Höhe der gezahlten Versicherungsbeiträge in der Veranlagung nachzuweisen, kann er vom VU nach Satz 2 eine entsprechende Bescheinigung verlangen. Diese Bescheinigung erlangt insbes. auch dann ihre Bedeutung, wenn beispielsweise einheitliche Versicherungsbeiträge auf eine Kapitallebensversicherung iSd. Abs. 1 Nr. 6 und eine mit ihr verbundene Unfall- oder Berufsunfähigkeitsversicherung geleistet werden. Die auf diese Versicherungen geleisteten Beiträge sind bei der Differenzberechnung sowohl iSd. Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 als auch iSd. Abs. 4 Satz 4 nicht einzubeziehen (s. BTDrucks. 16/5491, 18; vgl. auch BMF v. 1.10.2009, BStBl. I 2009, 1172 – Tz. 7).

Bei privilegierten Versicherungsverträgen (Abs. 1 Nr. 6 Satz 2) werden Veräußerungserlös und gezahlte Beiträge in voller Höhe der Besteuerung zugrunde gelegt. Das Halbeinkünfteverfahren findet insoweit keine Anwendung.

Keine Anwendung der Ersatztatbestände: Die Ersatztatbestände des Abs. 2 Satz 2, insbes. Rückzahlung oder Einlösung sind im Rahmen von Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 nicht anwendbar. Für die Auszahlung der Versicherungsleistung – sowohl beim Erst- als auch beim Zweiterwerber – enthält Abs. 1 Nr. 6 eine abschließende Regelung.

507 **c) Steuererhebung im Wege der Veranlagung**

Anders als bei der Auszahlung der Versicherungsleistung im Erlebensfall sind die VU an der Veräußerung und Abtretung der Versicherungsansprüche regelmäßig nicht beteiligt. Der Veräußerungserlös unterliegt deshalb nicht dem StAbzug durch den Versicherer. Der nach Abs. 4 Satz 4 ermittelte Veräußerungsgewinn muss daher erklärt werden und wird (Pflichtveranlagung gem. § 32d Abs. 3) mit dem besonderen StSatz von 25 % vom FA veranlagt, und zwar auch bei der Veräußerung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen iSv. Abs. 1 Nr. 6 Satz 2.

508–509 Einstweilen frei.

7. Einnahmen aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen iSv. Abs. 1 Nr. 7 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 7)

Schrifttum: HOLZHEIMER, Die steuerliche Behandlung von Optionsanleihen, insbesondere beim Erwerber, WM 1986, 1169; PÖLLATH/RODIN, Besteuerung niedrig verzinslicher Optionsanleihen, DB 1986, 2094; HARENBERG/IRMER, Ertragsteuerliche Behandlung von Optionsanleihen, NWB Fach 3, 10221; SCHARL, Sonderprobleme der Abgeltungsteuer bei Ver-

äußerung oder Einlösung von Forderungen, DB 2009, 532; Haisch/Krampe, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer (Teil I), FR 2010, 311; Ronig, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, DB 2010, 128; Graf/Paukstadt, Abgeltungsteuer – Praxiserfahrungen, Verbesserungsbedarf und Gestaltungsempfehlungen, FR 2011, 249.

a) Umfang der Einnahmen

510

Die Vorschrift korrespondiert mit dem Auffangtatbestand des Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 und stellt damit selbst einen Auffangtatbestand für alle Veräußerungsvorgänge dar, die nicht unter eine der anderen Nummern des Abs. 2 Satz 1 zu subsumieren sind. Während Abs. 1 Nr. 7 das Ergebnis einer Fruchtziehung aus einer verbrieften oder unverbrieften Überlassung von Kapitalvermögen auf Zeit zum Gegenstand hat, regelt Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 die StPfl. der im PV realisierten Wertsteigerungen aus der Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen. Die privaten Vermögensmehrungen sind nur dann stpfl., wenn es sich um eine Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 handelt; s. Anm. 291 ff. Darunter fallen sowohl herkömmliche als auch finanzinnovative Wertpapiere und unverbrieft Kapitalforderungen jeder Art. Der Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 vereinigt sowohl den früheren Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 als auch den Veräußerungstatbestand des früheren § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1, allerdings nur soweit davon Kapitalforderungen betroffen sind. Ferner ist auch die frühere Stückzinsbesteuerung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 aF) von Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 erfasst, wobei es nicht mehr darauf ankommt, ob die Stückzinsen gesondert ausgewiesen werden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 50; vgl. auch aml. Begründung, BTDrucks. 16/4841, 56).

b) Einzelfälle

511

Ab- oder aufgezinste Kapitalforderungen: Zu den Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 Satz 1 gehören deshalb auch die Kapitalerträge, die der Inhaber einer ab- oder aufgezinnten Kapitalforderung bei Rückzahlung (Einlösung) durch den Schuldner (Emittenten) über den von ihm überlassenen Betrag hinaus erzielt. Die Vorschrift erfasst sowohl den Erst- als auch den Zweiterwerber, wenn sie das Wertpapier bis zum Ende der Laufzeit halten, um es dann beim Schuldner einzulösen (Schlotter in LBP, § 20 Rn. 1366).

► *Höhe der steuerpflichtigen Erträge:* Die stpfl. Einnahmen bestehen in der Differenz zwischen dem Emissionskurs der Anleihe und ihrem Einlösungsbetrag (vgl. auch Abs. 4).

► *Abgezinste Wertpapiere* sind Wertpapiere, die unter ihrem Nennbetrag ausgegeben und aE ihrer Laufzeit zum Nennbetrag zurückgezahlt (eingelöst) werden. Ein Einlösungsgewinn unterliegt sowohl beim Erst- als auch beim Zweiterwerber Abs. 2 Satz 1 Nr. 7.

Beispiele: Nullkupon-Anleihen (Zero-Bonds, s. auch BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 55), Finanzierungsschätze, abgezinste Sparbriefe, U-Schätze, Bundesschatzbriefe Typ B. Die bisherigen sog. Zero-Bonds-Erlasse (BMF v. 24.1.1985, BStBl. I 1985, 77; BMF v. 1.3.1991, BStBl. I 1991, 422) sind damit im Anwendungsbereich des § 20 überholt, ggf. aber noch im Rahmen der Investmentbesteuerung bei der Bestimmung von ausschüttungsgleichen Erträgen von Bedeutung (s. Anm. 421).

► *Disagio-Anleihen (Deep-discount-Anleihen)* sind Schuldverschreibungen, die mit einem Abschlag (Emissionsdisagio) auf ihren Nennwert emittiert werden. Der Ersterwerber, der das Wertpapier bei Fälligkeit einlöste, erzielte bis VZ 2008 nur dann stbare Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7 aF in Höhe des Abschlags (BFH v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252), wenn das Emissionsdisagio

die von der FinVerw. festgelegte Disagiostaffel (BMF v. 24.11.1986, BStBl. I 1986, 539, Emissionsdisagio-Erlass) überschritt. Das Emissionsdisagio war dagegen stfrei, wenn es in Abhängigkeit von der Laufzeit die Werte des Erlasses nicht überstieg. Der der Vereinfachung dienende Emissionsdisagio-Erlass ist nach der Erweiterung des § 20 durch das UntStReformG 2008 nicht mehr anwendbar. Ziel dieser Reform war die Erfassung sämtlicher Erträge und Wertzuwächse im Rahmen der Kapitaleinkünfte, weshalb ein Disagio auch beim Ersterwerber im Rückzahlungsfall immer zu den stbaren Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 gehört (s. auch Anm. 421; WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 148).

► *Optionsanleihen* gehören ebenfalls zu den abgezinsten Kapitalforderungen. Sie setzen sich im Regelfall aus zwei WG, einer niedrig verzinslichen Schuldverschreibung und einem dazugehörigem Recht (Option) auf den Bezug bestimmter Basiswerte (Aktien, Anleihen, Genussscheine, neue Optionsanleihen ua.) zusammen (HOLZHEIMER, WM 1986, 1169; PÖLLATH/RODIN, DB 1986, 2094; HARENBERG/IRMER, Rn. 721, 914 [14117]; HARENBERG/IRMER, NWB Fach 3, 10221). Die Gewährung des Optionsrechts selbst stellt keinen Kapitalertrag dar. Nach der Systemumstellung ergeben sich stbare Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7 aus einer etwaigen laufenden Verzinsung. Wird die Anleihe aE ihrer Laufzeit eingelöst, ergibt sich für den Ersterwerber ein Einlösungsgewinn iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 aus der Differenz zwischen dem rechnerisch ermittelten, am Kapitalmarktzins des Emissionszeitpunkts orientierten, Erwerbsentgelt (rechnerischer Emissionskurs) für die Anleihe und dem vom Emittenten gezahlten Einlösungsbetrag (Kapitalrückzahlung); vgl. auch BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 7. Beim Zweiterwerber besteht der Einlösungsgewinn aus der Differenz zwischen dem Einlösungsbetrag und seinen AK (Abs. 4 Satz 1).

► *Aufgezinst Wertpapiere* werden zu einem bestimmten Nennbetrag emittiert und aE ihrer Laufzeit zu einem höheren Betrag zurückgezahlt (eingelöst). Der stbare Ertrag iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 iVm. Satz 2 liegt in der Differenz zwischen dem als Kapital überlassenen Nenn- und dem Einlösungsbetrag.

Baisse-Geschäfte sind Geschäfte, bei denen ein Wertpapier oder eine sonstige Kapitalforderung vor ihrem Erwerb veräußert wird. Der Veräußerer spekuliert mit einem solchen Geschäft darauf, das Kapitalanlageprodukt zu einem höheren Preis verkaufen zu können als er selbst für den Erwerb zu zahlen hat. Die Einnahmen daraus waren bisher nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 stbar und werden nun ebenfalls über Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 erfasst.

Besserungsscheine unterliegen bei Veräußerung mit ihren Gewinnen der Besteuerung aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, wenn die Anschaffung nach 2008 vollzogen wurde.

Finanzinnovative Schuldverschreibungen: Die Zusammenfassung der Besteuerung von Kapitalerträgen und Wertsteigerungen in der Vorschrift des § 20 beseitigt den mit dem StMBG vom 21.12.1993 (BGBl. I 1994, 2310) in Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF vorgenommenen Systembruch; Einzelheiten s. HARENBERG, NWB 2007 Fach 3, 14653). Die bis 2008 geltende Unterscheidung zwischen herkömmlichen Schuldverschreibungen (zB Festzinsanleihen) und finanzinnovativen Schuldverschreibungen ist nach dem ab VZ 2009 geltenden Recht obsolet. Wie auch immer eine Schuldverschreibungen nunmehr ausgestattet ist, ob ein Festzins oder ein variabler Zins vereinbart ist, ob als Kapitalrückzahlung, zB Aktien oder der Nennbetrag in Bar zurückgezahlt wird (Gläubiger- oder Schuldnerwahlrecht), ob Ertrag und/oder Kapitalrückzahlung von einem ungewissen Er-

eignis (zB einem Index) abhängen, die laufenden Zinserträge werden von Abs. 1 Nr. 7, die Veräußerungserlöse von Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 erfasst. Damit ist auch die Unterscheidung zwischen Kapitalertrag als Ergebnis einer Fruchtziehung und realisierter Wertsteigerung als letzter Akt dieser Fruchtziehung hinfällig. Mit den Änderungen in Abs. 2 Satz 1 durch das UntStReformG 2008 werden nicht nur in Abs. 1 Nr. 7, sondern auch in Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 sämtliche Risikoanlagen, die früher nicht von § 20 erfasst waren, sowohl mit ihren Erträgen als auch ihren realisierten Wertsteigerungen der Besteuerung unterworfen. Die Unterscheidung in im Veräußerungserlös enthaltenen Ertragskomponenten und „echte“ Veräußerungsgewinne sowie zwischen Erst- und Zweiterwerb ist daher obsolet (s. Anm. 421).

Private Kapitalforderungen: Gewinne aus verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderungen, die nicht am Kapitalmarkt gehandelt werden, zB eine private Darlehens- oder Gesellschafterforderung, fallen unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, wenn die Forderung nach 2008 begründet oder erworben wurde; die Erträge iSd. Abs. 1 Nr. 7 unterliegen unabhängig vom Anschaffungszeitpunkt ab 2009 bereits der abgeltenden KapErtrSt, wobei es in diesen Fällen häufig an einer auszahlenden Stelle fehlen dürfte, so dass es im Ergebnis nicht zu einem StAbzug kommt. Die Einkünfte sind dann zu erklären (§ 32d Abs. 3).

Stückzinsen: Werden verzinsliche Wertpapiere (Schuldverschreibungen) mit Zinskupons im Laufe eines Zinszahlungszeitraums veräußert, so hat der Erwerber des Wertpapiers dem Veräußerer regelmäßig den Zinsbetrag (Stückzinsen) zu bezahlen, der auf die Zeit seit Beginn des laufenden Zinszahlungszeitraum bis zum Veräußerungstag entfällt und regelmäßig (aber nicht notwendig) neben dem Veräußerungspreis gesondert ausgewiesen wird. Während gesondert ausgewiesene Stückzinsen bis einschließlich 2008 nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und nicht gesondert ausgewiesene Stückzinsen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c stbar waren, gehören Stückzinsen nunmehr zu den Einnahmen aus der Veräußerung, von denen gem. Abs. 4 Satz 1 die AK abzuziehen sind, so dass sich der nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 stbare Gewinn ergibt (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 50). Abkommensrechtlich gehören vereinnahmte Stückzinsen ebenfalls zu den Veräußerungsgewinnen (Art. 13 OECD-MA) und nicht zu den Zinsen (Art. 11 OECD-MA; vgl. BFH v. 9.6.2010 – I R 94/09 BStBl. II 2011, 860 – Tz. 9 ff.). Zu Übergangsregelungen s. Anm. 513.

c) Erstmalige Anwendung und Übergangsregeln

aa) Bestandsschutzregel für Alt-Schuldverschreibungen

512

Die Besteuerung von realisierten Wertzuwächsen ab VZ 2009 setzt nur ein, wenn die zugrunde liegende Kapitalforderung nach dem 31.12.2008 angeschafft oder begründet wurde (§ 52a Abs. 10 Satz 6). Ungeklärt war im UntStReformG 2008 zunächst die stl. Behandlung innovativer Schuldverschreibungen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a bis d aF, wie zB Zerobonds, Gleit- und Stufenzinsanleihen, *Floater*, *Down-Rating*-Anleihen und Garantie-Zertifikate, die vor dem 1.1.2009 erworben und nach dem 31.12.2008 veräußert oder eingelöst werden. Bei diesen Anlageprodukten sammelt sich der Zins ganz oder teilweise im Kurs an und wird mit der Veräußerung oder Einlösung realisiert. Unklar war zudem, wie teilgarantierte Indexzertifikate (garantierte Kapitalrückzahlung zB nur iHv. 10 % des überlassenen Kapitals) in Rahmen der Übergangsvorschriften zu behandeln sind. Diese Unklarheit wurde durch das JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2795; BStBl. I 2009, 74) mit einer Ergänzung des § 52a Abs. 10

Satz 7 beseitigt, mit der der zeitliche Anwendungs- und Übergangszeitraum zur neuen Kurswertbesteuerung bestimmt wird. Danach gelten für herkömmliche Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen mit Erträgen iSd. Abs. 1 Nr. 7 die neuen KapErtrStVorschriften und die in § 43 Abs. 5 normierte Abgeltungswirkung des StAbzugs, sofern die Erträge dem Stpfl. nach dem 31.12.2008 zufließen. Für Erlöse aus der Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 sind die Vorschriften nur auf Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2008 erworben werden (§ 52a Abs. 10 Satz 6). Insoweit besteht Bestandsschutz für Alt-Anschaffungen.

Finanzinnovationen: Ausgenommen hiervon sind allerdings Schuldverschreibungen, die als Finanzinnovationen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a bis d aF einzuordnen sind (§ 52a Abs. 10 Satz 7). Bei diesen Schuldverschreibungen und Kapitalforderungen kommt es auf das Anschaffungsdatum der Kapitalanlage an. Diese Regelungen sind nach der Ergänzung des Satzes 7 in § 52a Abs. 10 auch auf teilgarantierte Indexzertifikate und alle übrigen unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF fallenden Schuldverschreibungen und sonstigen Kapitalforderungen anzuwenden. Für die strechtl. Behandlung eines Finanzprodukts kommt es somit ausschließlich darauf an, dass es unter den Wortlaut des Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF fällt. Eine materiell-rechtl. Prüfung des einzelnen Anlageprodukts nach den Kriterien der Rspr. des BFH (BFH v. 24.10.2000 – VIII R 28/99, BStBl. II 2001, 97; v. 20.11.2006 – VIII R 97/02, BStBl. II 2007, 555; v. 13.12.2006 – VIII R 79/03, BStBl. II 2007, 562) wird damit vermieden.

Verfassungsrechtliche Bedenken: Siehe Anm. 301.

Einbeziehung von teilgarantierten Indexzertifikaten: Die Änderung in § 52a Abs. 10 Satz 7 hat jedoch erhebliche materiell-rechtl. Auswirkung, da in den Kreis der vom Bestandsschutz ausgenommenen, vor dem 31.12.2008 erworbenen Kapitalforderungen (sog. Finanzinnovationen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF) nunmehr auch Schuldverschreibungen einbezogen werden, die ursprünglich bei Verabschiedung des UntStRefG 2008 nicht zu dieser Gruppe gehören sollten. Der Auslöser für die nunmehr erfolgte Klarstellung war durch die Entscheidung des BFH v. 4.12.2007 (VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563) veranlasst, mit der Indexzertifikate mit garantierter Teilrückzahlung – soweit die Erträge den Garantiebereich betrafen – als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 angesehen wurden. Damit ist der Bestandsschutz für Zertifikate mit teilgarantierter Kapitalrückzahlung oder von Anleihen, bei denen eine leichte Trennung von Ertrags- und Vermögensebene, wie zB bei Floating Rate Notes (Floater) oder Aktienanleihen möglich ist, ebenfalls ausgeschlossen. Der ab 2009 erzielte Veräußerungserlös auch aus solchen Anlageprodukten unterliegt ab 2009 immer den neuen Regeln über den abgeltenden StAbzug, unabhängig davon, wann die Schuldverschreibung oder sonstige Kapitalforderungen erworben wurden.

Beispiel 1: Die Einnahmen aus der Einlösung eines vor 2009 zu 10 % des Nennwerts angeschafften Zerobonds, der vom Ersterwerber und Durchhalter 2010 zu 100 % eingelöst wird, ist mit seinem gesamten Aufzinsungsbetrag von 90 nach Abs. 1 Nr. 7 stl. zu erfassen und mit dem Abgeltungsteuersatz von 25 % zu besteuern, da der Aufzinsungsbetrag – bei gleich bleibendem Zinsniveau – als Kapitalertrag, nicht als Veräußerungsgewinn zu werten ist. Auf das Anschaffungsdatum kommt es nicht an, denn der Kapitalertrag fließt jedenfalls nach dem 31.12.2008 zu (§ 52a Abs. 6–8). Dies muss auch für die Einlösung durch den Zweiterwerber gelten, denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Durchhalter und Zweiterwerber.

Beispiel 2: Eine vor 2009 zu 98 % erworbene, laufend verzinste Down-Rating-Anleihe, die in 2010 zu 105 % veräußert wird, unterliegt lediglich mit ihren 2009 und 2010 zufließenden Zinserträgen der Abgeltungsteuer (Abs. 1 Nr. 7). Der realisierte Kurs-

gewinn von 7 % dagegen ist kein Kapitalertrag gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7. Der Kursgewinn ist zum Abgeltungsteuersatz stbar, unabhängig davon, dass das Wertpapier bereits vor dem 1.1.2009 erworben wurde, denn eine Trennung zwischen Ertrags- und Vermögensebene (§ 52a Abs. 10 Satz 1 letzter Halbs.) ist leicht möglich.

Beispiel 3: Erwerb eines Garantie-Zertifikats vor 2009 zu 100 % und Veräußerung (oder Einlösung) 2010 zu 110 %. Der Einlösungsgewinn von 10 unterliegt noch nicht dem Abgeltungsteuersatz, weil bei diesem Produkt der Kapitalertrag nicht vom Kursgewinn leicht und einfach zu trennen ist. Deshalb muss der gesamte Gewinn als Kursgewinn eingeordnet werden, der (da Anschaffung vor dem 1.1.2009) nach altem Recht (außerhalb des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF) nicht stbar ist.

Risiko-Zertifikate: Diese zivilrechtl. als Schuldverschreibungen einzuordnenden Kapitalforderungen haben keinen Zinskupon. Laufende Zinserträge fallen nicht an. Das Entgelt für die Kapitalüberlassung wird vielmehr aE der Laufzeit vom Emittenten mit Rückzahlung des Kapitals in Form eines an die Wertentwicklung eines Basisguts orientierten Mehrbetrags ausgezahlt. Dieser Mehrertrag hängt vom Kurs eines dem Zertifikat zugrunde gelegten anderen WG (zB Aktien-Zertifikate) oder eines Index (Index-Zertifikate) ab. Als Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 wurden von der Rspr. zunächst nur solche Produkte angesehen, die nach den Emissionsbedingungen eine hundertprozentige Kapitalrückzahlung gewährten (BFH v. 13.12.2006 – VIII R 79/03, BStBl. II 2007, 562). Die FinVerw. ließ dagegen auch eine nur teilweise Kapitalrückzahlungsgarantie zu, um das Produkt unter Abs. 1 Nr. 7 aF zu fassen. Diese Rechtsfrage hat der BFH v. 4.12.2007 (VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563) für ein Zertifikat mit einer Rückzahlungsgarantie von 10 % beantwortet. Diese Problematik stellt sich nach der Änderung des Abs. 1 Nr. 7 und der Einfügung des Veräußerungstatbestands in Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 deshalb nicht mehr. Eine Kapitalforderung iSd. Abs. 1 Nr. 7 liegt auch vor, wenn weder der Zinsertrag noch die Rückzahlung des investierten Kapitals vom Emittenten garantiert wird. Somit erfasst sowohl Abs. 1 Nr. 7 als auch Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 hoch risikobehaftete Zertifikate (zB Turbo-Zertifikate), bei denen sowohl die Erträge als auch die Kapitalrückzahlung von einem Index anhängen (Full-Index-Linked-Anleihen), deren Veräußerungserlös nach altem Recht nur unter den zeitlichen Einschränkungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF stbar war.

Obligationsähnliche Genussrechte: Für obligationsähnliche Genussrechte (dh. solche, die nicht unter Abs. 1 Nr. 1 fallen) gilt der allgemeine Bestandschutz für Erwerbe vor dem 1.1.2009 (§ 52a Abs. 10 Satz 7). Auf diese Genussrechte war Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF nicht anzuwenden (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 5 aF). Gewinne aus der Veräußerung dieser Genussrechte unterliegen deshalb nicht Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 (BFH v. 12.12.2012 – I R 27/12 BStBl. II 2013, 682; vgl. auch BMF v. 12.9.2013, BStBl. I 2013, 1167, mit Änderung von BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 319).

bb) Besonderheiten bei Stückzinsen

Nicht abschließend geklärt ist, inwieweit Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 auf nach dem 31.12.2008 vereinnahmte Stückzinsen anzuwenden ist, wenn die veräußerte Schuldverschreibung vor dem 1.1.2009 erworben wurde. Das UntStRefG 2008 sah insoweit nur eine Anwendbarkeit von Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 auf ehemals sog. finanzinnovative Schuldverschreibungen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 aF vor (§ 52a Abs. 10 Satz 7 idF UntStRefG 2008, jetzt § 52a Abs. 10 Satz 7 Halbs. 1). Erst mit dem JStG 2010 wurde § 52a Abs. 10 Satz 7 Halbs. 2 ergänzt, wodurch nunmehr auch Stückzinsen unabhängig vom Anschaffungszeitpunkt der veräußerten Schuldverschreibung nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 besteuert werden sollen. Die Neurege-

513

lung soll für alle Veräußerungen nach dem 31.12.2008 gelten (so amtliche Begründung BTDrucks. 17/2249, 64; wohl auch BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 50). Für den Zeitraum bis zum Inkrafttreten des JStG 2010 bestehen uE erhebliche Bedenken, gesondert ausgewiesene Stückzinsen bei der Veräußerung von vor dem 1.1.2009 angeschafften Schuldverschreibungen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu besteuern. Der mögliche Wille des Gesetzgebers, auch derartige Stückzinsen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 zu erfassen (so amtliche Begründung zum JStG 2010, BTDrucks. 17/2249, 64), ist im Wortlaut von § 52a Abs. 10 Satz 7 idF UntStRefG 2008 nicht zum Ausdruck gekommen (HAISCH/KRAMPE, FR 2010, 311 [318]; GRAF/PAUKSTADT, FR 2011, 249 [253 f.]; vgl. auch REISLHUBER/BACMEISTER, DSStR 2010, 684 [686]; RONIG, DB 2010, 128 [129 f.]; aA FG Münster v. 2.8.2012 – 2 K 3644/10 E, EFG 2012, 2284, rkr.). Anders verhält es sich, wenn die Stückzinsen nicht gesondert ausgewiesen sind (sog. Flat-Handel). In diesem Fall liegen finanzinnovative Schuldverschreibungen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c aF vor.

Beispiel 1: Anleger A hat 2005 verzinsliche Schuldverschreibungen erworben, die er 2009 veräußert. Er realisiert dabei einen Gewinn von 5000 € und erhält gesondert ausgewiesene Stückzinsen iHv. 2000 €. Der Veräußerungsgewinn sowie die gesondert ausgewiesenen Stückzinsen sind stfrei, da die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 verstrichen ist. Eine Rückwirkung von § 52a Abs. 10 Satz 7 Halbs. 2 idF JStG 2010 begegnet uE verfassungsrechtl. Bedenken.

Beispiel 2: Wie zuvor, die Veräußerung erfolgt aber in 2011. In diesem Fall ist aufgrund von § 52a Abs. 10 Satz 7 Halbs. 2 idF JStG 2010 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 auf die Stückzinsen anzuwenden.

Beispiel 3: Wie zuvor, nur die Bank weist die Stückzinsen, wegen fehlender Zinskupons nicht besonders aus (Flat-Handel). In diesem Fall liegt eine finanzinnovative Schuldverschreibung iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c aF vor, mit der Folge, dass die Wertpapiere sowohl bei einer Veräußerung in 2009 als auch in 2011 von der Bestandschutzregel ausgenommen sind (§ 52a Abs. 10 Satz 7 Halbs. 1) und der gesamte Veräußerungsgewinn nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 stpfl. ist.

514 d) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

Die Gewinne aus der Veräußerung von verbrieften und unverbrieften Kapitalforderungen jeder Art iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 unterliegen dem StAbzug durch das die Veräußerung durchführende inländ. Kreditinstitut (§§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10, 44 Abs. 1 Satz 3). Mit dem StAbzug zum Abgeltungsteuersatz von 25 % (§ 32d Abs. 1 Satz 1) ist die ESt abgegolten (§ 43 Abs. 5). Werden die Wertpapiere über ein ausländ. Finanzdienstleistungsinstitut veräußert oder werden private Darlehensforderungen (zB Gesellschafterdarlehen) abgetreten, ist der Veräußerungsgewinn zu erklären (Pflichtveranlagung, § 32d Abs. 3) und unterliegt in der Veranlagung dem Abgeltungsteuersatz.

515–519 Einstweilen frei.

8. Gewinn aus der Übertragung oder Aufgabe von Rechtspositionen iSd. Abs. 1 Nr. 9 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 8)

520 a) Umfang der Einnahmen

Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören nach dieser Vorschrift auch Vermögensmehrungen (-minderungen), die ein Stpfl. (Mitglied, Anteilseigner) beim Ausscheiden aus einer Körperschaft iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG realisiert. Dies gilt ebenfalls bei Übertragung der Mitgliedschafts- und Anteilsrechte

III. Veräußerung gleichgestellte Vorgänge (Satz 2) Anm. 520–531 § 20

auf einen Dritten. Die Notwendigkeit, auch die Rechtspositionen des Abs. 1 Nr. 9 im Rahmen der Veräußerungsbesteuerung des Abs. 2 Satz 1 aufzunehmen, sah der Gesetzgeber in der ansonsten entstehenden Lücke. Ziel des UntStReformG 2008 war es, eine umfassende Besteuerung von Wertzuwächsen im Rahmen des § 20 sicherzustellen. Dieses Ziel wäre verfehlt und hätte zu unerwünschten Gestaltungen führen können, wenn nicht auch die Aufgabe oder Übertragung von Rechtspositionen des Abs. 1 Nr. 9 in die Veräußerungsbesteuerung aufgenommen worden wäre (BTDrucks. 16/4841, 56).

b) Steuererhebung durch abgeltende Kapitalertragsteuer

521

Die Einnahmen aus der Realisierung von Aufgabe und Übertragungsgewinnen iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 unterliegen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 der KapErtrSt. Der StAbzug hat nach § 43 Abs. 5 auch in diesem Bereich abgeltende Wirkung. Der StAbzug ist von der die Kapitalerträge auszahlenden Stelle (§ 44 Abs. 1 Satz 3) durchzuführen.

Einstweilen frei.

522–529

III. Gewinn aus einer Veräußerung gleichgestellten Vorgängen (Abs. 2 Satz 2)

1. Überblick

530

Während in Abs. 2 Satz 1 die entgeltlich Übertragung des rechtl. oder wirtschaftlichen Eigentums an einer Kapitalanlage zu stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen führt, erweitert Abs. 2 Satz 2 den Tatbestand um bestimmte Ersatztatbestände, wie

- (End-)Einlösung,
- Abtretung,
- Rückzahlung einer verbrieften (Wertpapier) oder unverbrieften Kapitalforderung,
- verdeckte Einlage eines WG in eine KapGes. und
- Vereinnahmung eines Auseinandersetzungsguthabens aus einer stillen Gesellschaft iSd. Abs. 1 Nr. 4.

Mit der Aufnahme dieser der Veräußerung gleichgestellten Sachverhalte erreicht der Gesetzgeber einerseits sein mit dem UntStReformG 2008 angestrebtes Ziel, jedwede Form der Übertragung von Kapitalanlagen und die daraus realisierten Wertzuwächse zu Einnahmen aus Kapitalvermögen werden zu lassen und andererseits von vornherein mögliche steuervermeidende Gestaltungen zu unterbinden.

2. Einzelfälle

531

Einlösung von Wertpapieren: Bei im Inland verwahrten Wertpapieren sorgt idR das Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut für die Einlösung von Zins-, Gewinnanteil- und Ertragscheinen sowie von rückzahlbaren Wertpapieren bei deren Fälligkeit. Der Gegenwert von Zins-, Gewinnanteil- und Ertragscheinen sowie von fälligen Wertpapieren jeder Art wird unter dem Vorbehalt gutgeschrieben, dass das Institut den Betrag erhält (§ 14 Abs. 1 AGB, Wertpapier-

geschäfte der Banken). Der von den Instituten gutgeschriebene Gegenwert führt zu stbaren Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1.

Abtretung von Kapitalforderungen: Die einer Veräußerung gleichgestellte Abtretung ist nach § 398 BGB ein Vertrag (Verfügungsgeschäft) zwischen dem bisherigen Gläubiger (Alt-Gläubiger, Anleger) einer Kapitalforderung und dem neuen Gläubiger, durch den der Alt-Gläubiger die Forderung auf den Neugläubiger überträgt. Der Rechtsgrund der Abtretung kann unterschiedlicher Natur, zB ein Kauf, eine Schenkung oder sonstige Vereinbarung sein. Ist die zugrundeliegende Forderung teilbar, zB eine Darlehensforderung, fallen auch Teilabtretungen unter den Tatbestand. Die aus der entgeltlichen Abtretung von Kapitalforderungen realisierten Einnahmen führen zu stbaren Einnahmen iSd. Abs. 2 Satz 1.

Rückzahlung von Kapitalforderungen: Bei im Inland verwahrten Schuldverschreibungen überwachen die Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute den Zeitpunkt der Rückzahlung infolge Auslosung und Kündigung anhand der Veröffentlichungen in den „Wertpapier-Mitteilungen“ und schreiben den Gegenwert der Wertpapiere oder unverbrieften Kapitalforderungen unter dem Vorbehalt des Eingangs des Rückzahlungsbetrags gut. Mit der Gleichstellung von Rückzahlung und Veräußerung werden auch die bei Rückzahlung durch den Stpfl. vereinnahmten Beträge zu stbaren Einnahmen aus Kapitalvermögen. Unbeachtlich ist, ob die Rückzahlung planmäßig, den vertraglichen Vereinbarungen gemäß, oder unplanmäßig, dh. vorzeitig oder verspätet, erfolgt.

Investmentvermögen: Die Rückgabe von Anteilen an Investmentvermögen ist einer Veräußerung gleichgestellt. Die Gleichstellung ergibt sich allerdings bereits unmittelbar aus den investmentrechtlichen Vorschriften, so dass es keines Rückgriffs auf Abs. 2 Satz 2 bedarf.

► *Investmentfonds:* Gewinne aus der Rückgabe von Anteilen an Investmentfonds gehören nach der Fiktion in § 8 Abs. 5 Satz 1 InvStG zu Einkünften iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Unerheblich ist, ob die Rückgabe freiwillig oder aufgrund einer Kündigung der Kapitalanlagegesellschaft erfolgt.

► *Kapital-Investitionsgesellschaften:* Für die Rückgabe von Anteilen an einer Kapital-Investitionsgesellschaft bestimmt § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG, dass diese einer Veräußerung iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gleichgestellt ist. Sofern es sich bei der Rückgabe um einen Erwerb eigener Anteile handelt, ist die Vorschrift deklaratorisch. Ebenso wie bei der Veräußerung sollte § 17 durch die Spezialregelung in § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG verdrängt sein (s. Anm. 431).

Verdeckte Einlage von Wirtschaftsgütern: Zu den einer Veräußerung gleichgestellten Tatbeständen gehört auch die verdeckte Einlage eines WG in eine KapGes., ohne dass eine spätere Veräußerung durch die KapGes. vorausgesetzt wird. Eine verdeckte Einlage liegt vor, wenn ein Gesellschafter der KapGes. außerhalb der gesellschaftsrechtl. Einlage WG in das Vermögen der KapGes. überträgt und diese Übertragung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat (stRspr., s. BFH v. 9.8.1989 – X R 62/87, BStBl. II 1987, 973; v. 18.12.1990 – VIII R 17/85, BStBl. II 1991, 512). Da die verdeckte Einlage weder ein Tauschgeschäft noch ein tauschähnliches Geschäft darstellt und somit nicht als Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 angesehen werden kann, musste zur stl. Erfassung der mit der Einlage realisierte Wertzuwachs in den Ersatztatbestand aufgenommen werden; zu weiteren Einzelheiten zur verdeckten Einlage s. § 23 Anm. 248.

Liquidation von Kapitalgesellschaften

► *Rückzahlung bei Liquidation:* Die Rückzahlung von Kapital in Fällen der Liquidation einer KapGes. ist – anders als zB nach § 17 Abs. 4 – nicht ausdrücklich in Abs. 2 Satz 2 einer Veräußerung gleichgestellt (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 63). Im Hinblick darauf, dass die Übertragung der Kapitalbeteiligung selbst nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 zu stbaren Einnahmen führt, muss uE auch die Auszahlung von Liquidationsraten iSd. Abs. 1 Nr. 2 von Abs. 2 Satz 2 erfasst sein. Dies gilt umso mehr als entsprechende Vorgänge bei Körperschaften iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 zu stpfl. Gewinnen oder Verlusten führen. Ferner ist die Liquidation einer Kapital-Investitions-gesellschaft ausdrücklich einer Veräußerung gleichgestellt (dazu sogleich). Die Nichtberücksichtigung der Liquidation in Abs. 2 Satz 2 ist daher uE verfassungswidrig.

► *Kapital-Investitions-gesellschaften:* Bei Kapital-Investitions-gesellschaften ist die vollständige oder teilweise Liquidation ausdrücklich einer Veräußerung iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 gleichgestellt (§ 19 Abs. 3 Satz 2 InvStG). Das ist uE systematisch zutreffend und sachgerecht. Die Fiktion erfasst uE den gesamten Liquidationsvorgang und verdrängt somit auch Abs. 1 Nr. 2. Es sind daher sämtliche Auskehrungen im Rahmen der Liquidation den historischen AK gegenüberzustellen. Der so ermittelte Gewinn oder Verlust ist nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 zu versteuern. Analog zur Veräußerung ist § 17 Abs. 4 nicht anwendbar (s. Anm. 431).

Erlöschen von Rechtspositionen: Der Anwendungsbereich des Abs. 2 Satz 2 umfasst nicht das Erlöschen von Rechtspositionen wie zB den Verzicht. Zum Verfall einer Option s. Anm. 476. Dem Wortlaut nach ebenfalls nicht erfasst sind Ausfälle von Rechtspositionen iSd. Abs. 2, wie zB der insolvenzbedingte Ausfall einer Kapitalforderung. Beide Fälle führen uE zu einer Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, so dass auch in diesen Fällen eine stl. Berücksichtigung erfolgen muss (glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 427a, „erweiternde Auslegung“; SCHMITT-HOMANN, BB 2010, 351 [353 f.]).

Einstweilen frei.

532–534

IV. Anschaffung oder Veräußerung der Beteiligung an einer Personengesellschaft (Abs. 2 Satz 3)

Schrifttum: BRUNSBACH/MOCK, Einbringung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, BB 2013, 1051.

1. Transparenz der Personengesellschaft

535

Nach Abs. 2 Satz 3 gilt die Anschaffung oder Veräußerung einer mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligung an einer PersGes. als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen WG. Diese Regelung entspricht § 23 Abs. 1 Satz 4 und stellt eine Reaktion auf die Auffassung des BFH dar, wonach der Anteil an einer PersGes. nicht identisch mit der von dieser PersGes. gehaltenen WG ist (vgl. zuletzt BFH v. 10.7.1996 – X R 103/95 BStBl. II 1997, 678). Ohne die Regelung des Abs. 2 Satz 3 wäre somit die Anschaffung oder Veräußerung des Anteils an einer PersGes., in deren Gesamthandsvermögen WG iSv. Abs. 2 enthalten sind, nicht nach Abs. 2 stbar (s. auch amtliche Begründung, BTDrucks. 16/4841, 56).

Damit wird die sog. „Transparenz“ der PersGes gesetzlich angeordnet. Für die Anwendung des Satzes 3 wird allerdings nicht vorausgesetzt, dass die PersGes. ausschließlich Wertpapiere oder sonstige Kapitalanlagen in ihrem Gesamthandsvermögen führen. Die Regelung ist auf Gesellschaften anwendbar, die neben Kapitalvermögen auch andere WG im Gesamthandsvermögen halten. In jedem Fall muss es sich aber um eine vermögensverwaltende PersGes. handeln, dh. eine PersGes., die weder einen Gewerbebetrieb iSv. § 15 Abs. 2 unterhält noch die Voraussetzungen von § 15 Abs. 3 erfüllt. Zur Behandlung von Einkünften aus Kapitalvermögen, die mittelbar über eine PersGes. erzielt werden, s. auch Anm. 23.

536 2. Unmittelbare und mittelbare Beteiligung an einer Personengesellschaft

Unmittelbare Beteiligung: Sie liegt vor, wenn ein Stpfl. Gesellschafter einer PersGes. und als solcher direkt an der PersGes. beteiligt ist oder seine Beteiligung treuhänderisch von einem Dritten gehalten wird.

Mittelbare Beteiligung: Sie liegt vor bei der Beteiligung eines Gesellschafters am Anteil eines anderen Gesellschafters. Die Beteiligung über eine KapGes. ist dagegen keine mittelbare Beteiligung iSd. Abs. 2 Satz 3.

3. Anschaffung und Veräußerung

537 a) Gesellschaftsrechtliche Vorgänge

Zu den Begriffsbestimmungen s. § 23 Anm. 140, sowie Anm. 48–80 und 91–98. Der Tatbestand der Anschaffung oder Veräußerung ist nur insoweit erfüllt, als diese dem Gesellschafter anteilig zuzurechnen sind und die AK oder Veräußerungserlöse anteilig auf ihn entfallen. Darüber hinaus ist Satz 3 auch anzuwenden, wenn die WG von einer PersGes. angeschafft und die Beteiligung an dieser PersGes. vom Gesellschafter veräußert wird (BTDrucks. 16/4841, 57).

Eintritt eines Gesellschafters: Mit Eintritt in eine PersGes. erwirbt der Stpfl. durch seine Einlage eine Beteiligung an der PersGes. Das Gleiche gilt, wenn der Stpfl. (Teil-)Anteile von den bisherigen Gesellschaftern entgeltlich erwirbt.

► *Anteilige Veräußerung/Anschaffung:* Der Erwerb gilt zugleich als Anschaffung der von der PersGes. gehaltenen WG anteilig entsprechend der Beteiligungsquote. Als AK gilt der Anteil der Einlage, der nach dem Verhältnis des Verkehrswerts auf das entsprechende WG entfällt. Mit dem Eintritt des neuen Gesellschafters veräußern zugleich die Altgesellschafter ihren Anteil der WG an den Neugesellschafter. Als Gewinn ist hier der dem Altgesellschafter zufließende Betrag aus der Einlage abzgl. des Anteils an den AK der WG anzusetzen, die nunmehr dem Neugesellschafter zugewiesen werden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 74 f., mit Beispielen).

► *Veräußerungs-/Erwerbszeitpunkt:* Der eintretende Gesellschafter erwirbt anteilig von den Alt-Gesellschaftern gehaltene WG der PersGes. zum Zeitpunkt seines Beitritts. Der Zeitpunkt, zu dem die PersGes. die WG erworben hat, ist für den eintretenden Gesellschafter irrelevant. Die Alt-Gesellschafter veräußern hingegen zum Zeitpunkt des Beitritts des eintretenden Gesellschafters einen Teil der auf sie entfallenden WG der PersGes. Zur Bedeutung für die Übergangsregelungen (§ 52a) s. Anm. 538.

► *Steuerabzug, gesonderte Feststellung und Veranlagung:* Der Gewinn aus der Veräußerung unterliegt nicht dem StAbzug. Er ist in der EStErklärung der Alt-Gesellschafter anzugeben (Pflichtveranlagung nach § 32d Abs. 3). Nach Auffassung der FinVerw. ist der Veräußerungsgewinn zusätzlich in der Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung (§ 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO) anzugeben, allerdings (uE zutreffend) nur nachrichtlich (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 75, Beispiel 1 und 2, jeweils aE).

Austritt eines Gesellschafters: Eine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 3 liegt vor, wenn ein Gesellschafter die Gesellschaft verlässt und sich den Gegenwert der ihm anteilig zustehenden WG von der PersGes. oder den verbleibenden Gesellschaftern auszahlen lässt (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 78 ff., mit Beispielen).

► *Anteilige Veräußerung/Anschaffung:* Auch in diesen beiden Fällen Fall liegt analog zum Eintritt eine anteilige Veräußerung der WG des austretenden und eine anteilige Anschaffung durch die verbleibenden Gesellschafter vor.

► *Veräußerungs-/Erwerbszeitpunkt:* Auch für die Bestimmung des Veräußerungszeitpunkts beim austretenden Gesellschafter und des Erwerbszeitpunkts bei den verbleibenden Gesellschaftern ist der Zeitpunkt des Austritts maßgeblich. Zur Bedeutung für die Übergangsregelungen (§ 52a) s. Anm. 538.

► *Anschaffungskosten:* Die AK bemessen sich nach den an den austretenden Gesellschafter geleisteten Zahlungen. Im Fall der Zahlung durch die PersGes. sind die Zahlungen im Verhältnis der gemeinen Werte der entsprechenden WG aufzuteilen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 81). Die verbleibenden Gesellschafter halten sodann Anteile mit unterschiedlichen AK (s. im Einzelnen die Beispiele in BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 81).

► *Spätere Veräußerung:* Veräußern die verbleibenden Gesellschafter ihre Anteile oder veräußert die PersGes. die von ihr gehaltenen WG zu einem späteren Zeitpunkt, sind die Veräußerungserlöse für Zwecke der Ermittlung des Gewinns nach Abs. 4 Satz 1 auf die unterschiedlichen AK uE nach dem Verhältnis der gemeinen Werte der veräußerten WG aufzuteilen. Übertragen die verbleibenden Gesellschafter zu einem späteren Zeitpunkt nur einen Teil ihrer Anteile, ist uE von einer verhältnismäßigen Veräußerung von WG mit unterschiedlichen Erwerbszeitpunkten und AK auszugehen. Veräußert die PersGes. zu einem späteren Zeitpunkt nur einen Teil der WG, ist auf Ebene der PersGes. hingegen die FiFo-Methode (Abs. 4 Satz 7) anzuwenden.

► *Steuerabzug, gesonderte Feststellung und Veranlagung:* Es gelten die Ausführungen zum Eintritt entsprechend. Bei einer späteren Veräußerung durch die PersGes. kann allerdings KapErtrSt anfallen (s. im Einzelnen Anm. 23).

Einbringungsfälle:

► *Umfang der Veräußerung:* Bringt ein Gesellschafter gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten WG iSd. Abs. 2 in eine PersGes. ohne BV ein, so liegt insoweit keine Veräußerung vor, als er selbst an der PersGes. beteiligt ist (BRUNSBACH/MOCK, BB 2013, 1051). Entsprechendes gilt im umgekehrten Fall der sog. Ausbringung. Eine Veräußerung durch den Einbringenden findet insoweit statt, als die eingebrachten WG anteilig auf die Alt-Gesellschafter entfallen. Umgekehrt veräußern die Alt-Gesellschafter anteilig WG an den Einbringenden (vgl. BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 82). Keine Veräußerung sollte allerdings vorliegen, wenn sämtliche Beteiligten vor und nach der Einbringung im gleichen Verhältnis am eingebrachten WG beteiligt sind (vgl. BRUNSBACH/MOCK, BB 2013, 1051 [1052 f.], mit Beispielen).

► *Anschaffungskosten und Erwerbszeitpunkt*: Soweit keine Veräußerung vorliegt, ändern sich AK und Erwerbszeitpunkt nicht. Soweit eine Veräußerung vorliegt, kommt es zu einer anteiligen Veräußerung und Anschaffung zum Zeitpunkt der Einbringung.

► *Steuerabzug, gesonderte Feststellung und Veranlagung*: Es hat kein KapErtrStAbzug stattzufinden (Beispiel in BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 82). Nicht geklärt ist, ob bei depotverwahrten Wertpapieren in diesen Fällen ein Depotübergang (§ 43a Abs. 2 Sätze 3 ff.) handelt. Veräußerungsgewinne sind in der EStErklärung anzugeben (§ 32d Abs. 3). Darüber hinaus soll das FeststellungsFA – allerdings wiederum (uE zutreffend) nur nachrichtlich – dem WohnsitzFA die Besteuerungsgrundlagen mitteilen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 82, Beispiel aE).

538 b) Bedeutung für die Übergangsregelungen

Die vorstehenden Grundsätze haben vor allem im Rahmen der Übergangsregelungen für bestandsgeschützte WG iSv. § 52a Abs. 10 Bedeutung. Hat die PersGes. derartige WG vor dem 1.1.2009 erworben, tritt aber ein Gesellschafter erst nach diesem Zeitpunkt bei oder erwirbt er Anteile von einem Dritten, ist der Veräußerungsgewinn auf Ebene der PersGes. nicht in der gesonderten und einheitlichen Feststellungserklärung anzugeben. Der später beigetretene Gesellschafter ist hingegen verpflichtet, die Veräußerungsgewinne in seiner EStErklärung anzugeben (§ 32d Abs. 3). Vgl. im Einzelnen BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 76 f., 78 ff., mit Beispielen in Tz. 77, 81.

539–549 Einstweilen frei.

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

550 I. Vorbemerkungen zu Abs. 3

Abs. 3 ergänzt die Aufzählung der Einnahmen in Abs. 1 und 2 durch eine Generalklausel, nach der auch „besondere Entgelte oder Vorteile“, die neben den in Abs. 1 und 2 bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gezahlt werden, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören. Die Vorschrift enthält keinen selbständigen Besteuerungstatbestand, sondern dient lediglich der Klarstellung und Ergänzung der Abs. 1 und 2 (BFH v. 12.12.1969 – VI R 301/67, BStBl. II 1970, 212; v. 3.11.1972 – I R 117/71, BStBl. II 1973, 447; v. 12.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II 1973, 449; v. 11.2.1981 – I R 98/76, BStBl. II 1981, 465; v. 14.12.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178).

Abs. 3 stellt zusammenfassend klar, dass alles, was für eine (private) Überlassung von Kapital gewährt wird oder was unter bestimmten Bedingungen aus der Abtretung oder Zwischenveräußerung von Wertpapieren oder Kapitalforderungen erlangt wird, als Einnahme aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterliegt. Diese Klarstellung ist aus der Systematik der Abs. 1 und 2 erforderlich, weil dort zwar die Quellen der stpfl. Kapitalerträge und Veräußerungserlöse umfassend und abschließend, die Arten von Kapitalerträgen selbst jedoch nicht abschlie-

send aufgezählt und auch nicht begrifflich erläutert sind (s. Anm. 46). Insoweit ergänzt Abs. 3 einerseits die Vorschriften aus Abs. 1 und 2, setzt andererseits aber die Tatbestände der Abs. 1 und 2 voraus. In diesem Sinne wird klargestellt, dass auch Entgelte oder Vorteile stbar sind, die anstelle von Sachbezügen oder anderen geldwerten Vorteilen erzielt werden (BTDruks. 12/6078, 122).

II. Besondere Entgelte oder Vorteile

551

Dem Sinn einer Generalklausel entsprechend gehört alles, was ein Stpfl. „für die Gestattung seiner Kapitalnutzung erhält“ (BFH v. 12.12.1969 – VI R 301/67, BStBl. II 1970, 212) zu den besonderen Entgelten oder Vorteilen iSd. Abs. 3. Nach der Rspr. sind als Einnahmen gem. Abs. 3 alle Vermögensmehrungen zu erfassen, die sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Entgelte für die Kapitalüberlassung darstellen (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735; v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 13.8.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; v. 10.3.1992 – VIII R 66/89, BStBl. II 1992, 1032; v. 2.3.1993 – VIII R 13/91, BStBl. II 1993, 602; v. 14.6.1994 – VIII R 14/93, BFH/NV 1995, 379).

In Betracht kommt alles, was Einnahme iSd. § 8 Abs. 1 sein kann, dh. alle „Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen“ (BFH v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178; s. § 8 Anm. 22 ff.), also auch Sachleistungen und Nutzungen (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399, Hapimag-Fall); nicht aber Rückzahlungen des hingegebenen Kapitals. In welches zivilrechtl. Kleid das einzelne Kapitalüberlassungsverhältnis gekleidet oder mit welcher Bezeichnung das Nutzungsentgelt belegt wird, ist unbeachtlich (RFH v. 13.10.1920, RFHE 4, 222; BFH v. 21.12.1972 – I R 70/70, BStBl. II 1973, 449; v. 4.7.1984 – I R 195/81, BStBl. II 1984, 842; v. 23.10.1985 – I 248/85, BStBl. II 1986, 178; ausdrückl. in Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 normiert; s. Anm. 305 f.).

Ebenso ohne Bedeutung ist die Art der Entgeltsgewährung. Abs. 3 erfasst sowohl offen als auch verdeckt gewährte Entgelte oder Vorteile. Die Entgelte oder Vorteile müssen wirtschaftlich Entgelt für die Kapitalnutzung (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735), die Veräußerung oder Gewährung von Kapitalbeteiligungen sein. Es muss also Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 vorliegen, als dessen Früchte sich die Vorteile oder Entgelte darstellen. Der Leistende muss in den Fällen des Abs. 1 der Schuldner, in den Fällen des Abs. 2 der Erwerber der Wertpapiere oder Abtretungsempfänger der Kapitalforderung oder sonstiger Ansprüche sein.

Ansatz des Bruttobetrags: Als stbares besonderes Entgelt oder besonderer Vorteil ist die gesamte Vermögensmehrung anzusetzen, die aufgrund des Kapitalüberlassungsverhältnisses, der Beteiligung oder Veräußerung beim Stpfl. ausgelöst wird. Die Vermögensmehrung hängt nicht davon ab, ob der zugeflossene Vorteil seinem Wert nach die Rückgewähransprüche übersteigt (BFH v. 4.7.1984 – I R 195/81, BStBl. II 1984, 842; v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178).

Bewertung von Sachbezügen: Vorteile, die nicht in Geld gewährt werden (Wohnung, Kost, Waren und sonstige Sachbezüge), sind nach § 8 Abs. 2 mit den üblichen Endpreisen am Abgabeort anzusetzen. Problematisch kann dies sein, wenn keine handelbaren Waren gewährt werden, für die „Endpreise“ und ein „Abgabeort“ existieren. § 8 Abs. 2 ist insoweit primär im Hinblick auf derartige Sachzuwendungen (die überdies typischerweise im Rahmen von § 19 ge-

währt werden) formuliert. Werden als Sachbezüge hingegen andere WG, zB Beteiligungen, gewährt, ist uE der gemeine Wert anzusetzen (vgl. auch BMF v. 21.7.2000, FR 2000, 1098).

Schadensersatz oder Kulanzzahlungen: Entschädigungszahlungen, die der Stpfl. aufgrund von Beratungsfehlern im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage von ihren Kreditinstituten oder Vermögensanlageberatern erhalten, gelten als besondere Entgelte oder Vorteile iSd. Abs. 3 unabhängig davon, ob für die Zahlung der Entschädigung eine rechtl. Verpflichtung bestand oder ob es sich um eine Kulanzzahlung gehandelt hat. Nach FG Köln (v. 16.5.2012 – 10 K 712/10, EFG 2012, 1743, rkr., betr. VZ 2007) soll die im Zusammenhang mit der Abtretung einer (wertlosen) Forderung gegen einen insolventen Schuldner vom Abtretungsempfänger gezahlte „Entschädigung“ zumindest teilweise als besonderes Entgelt oder Vorteil iSd. Abs. 3 anzusehen sein (uE bedenklich).

Gewährung besonderer Entgelte oder Vorteile neben oder anstelle von Einnahmen iSd. Abs. 1 und 2: Die besonderen Entgelte oder Vorteile sind unabhängig davon stbar, ob sie zusätzlich zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 und 2 oder ausschließlich gewährt worden sind.

III. Rechtsfolgen

Abs. 3 klärt lediglich den Umfang der von den Tatbeständen des Abs. 1 und 2 erfassten Einnahmen, stellt aber keinen selbständigen Besteuerungstatbestand dar (s. Anm. 51). Besondere Entgelte oder Vorteile, die neben oder anstelle von Einnahmen iSd. Abs. 1 und 2 gewährt werden, sind daher den betreffenden Tatbeständen dieser Vorschriften zuzuordnen, nach denen sich die Rechtsfolgen bestimmen.

Kapitalertragsteuerabzug:

► *Abgeltungswirkung:* Soweit Rechtsfolgen an die Tatbestände des Abs. 1 und 2 anknüpfen, sind jeweils auch die besonderen Entgelte oder Vorteile iSd. Abs. 3 miterfasst (§ 43 Abs. 1 Satz 2). Die Abgeltungswirkung des StAbzugs bezieht sich damit auch auf die besonderen Entgelte oder Vorteile, wenn diese dem Stpfl. (Gläubiger) nach dem 31.12.2008 zugeflossen sind (§ 52a Abs. 10 Satz 10). Soweit diese Erträge nicht dem StAbzug unterlegen sind, müssen sie vom Stpfl. mit der StErklärung deklariert werden (Pflichtveranlagung, § 32d Abs. 3).

► *Anwendbare Regelungen:* Bereits vor dem UntStRefG 2008 wurden diese Kapitalerträge jedoch einheitlich den Vorschriften über den Zinsabschlag unterworfen, insbes. unterlagen sie dem StSatz von 30 % (vgl. § 43a Abs. 1 Nr. 3 aF) und der StAbzug hatte durch die auszahlende Stelle zu erfolgen (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2, Satz 4 aF). Hieran hat sich durch das UntStRefG 2008 im Grundsatz nichts geändert. Zwar gilt nunmehr ein einheitlicher KapErtrStSatz von 25 %, der auch auf Kapitalerträge iSv. Abs. 3 anzuwenden ist (vgl. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 nF). Jedoch soll für Einkünfte iSv. Abs. 1 Nr. 10 ein KapErtrStSatz von 15 % gelten (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 nF). In den Fällen, in denen Entgelte oder Vorteile anstelle von Einkünften iSv. Abs. 1 Nr. 10 gewährt werden, müsste hingegen nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut ein Abzugsteuersatz von 25 % anzuwenden sein, denn auf § 43 Abs. 1 Satz 2 wird nur in § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 verwiesen, nicht jedoch in § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Ebenso müsste der StAbzug auch bei Kapitalerträgen iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 bis 4 iVm. Satz 2 durch die auszahlende Stelle erfolgen, während der StAbzug im originären Anwendungsbereich von § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2

bis 4 durch den Emittenten erfolgt. Auch insoweit verweisen lediglich § 44 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2, Satz 4 Nr. 1 auf § 43 Abs. 1 Satz 2, nicht jedoch § 44 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1. Der StAbzug bei besonderen Entgelten oder Vorteilen muss uE aber gleichermaßen vorzunehmen sein wie bei den unmittelbar den Tatbeständen der Abs. 1 und 2 zuzurechnenden Einnahmen aus Kapitalvermögen. Die Vorschriften über den KapErtrStAbzug (Steuererhebung) stehen daher insoweit nicht im Einklang mit dem materiellen Recht. Bei etwaigen Abweichungen müsste der Stpfl. daher im Wege der Veranlagung (§ 32d Abs. 4, 6) vorgehen.

Einstweilen frei.

553

**E. Erläuterungen zu Abs. 3a:
Berücksichtigung von Korrekturen des Steuerabzugs**

I. Bedeutung und Rechtsentwicklung

554

Abs. 3a wurde mit dem JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) eingefügt. Mit Abs. 3a soll die ebenfalls durch das JStG 2010 eingefügte Vorschrift des § 43a Abs. 3 Satz 7 materiell-rechtl. abgesichert werden. Danach hat die auszahlende Stelle Veränderungen der Bemessungsgrundlage oder einer zu erhebenden KapErtrSt, die ihr erst nach Ablauf des Kj. bekannt werden, erst im Zeitpunkt der Kenntnisaufnahme zu korrigieren. Dies soll nach Abs. 3a Satz 1 auch für das materielle Recht gelten, dh., der Stpfl. kann die nachträglich bekannt gewordenen Veränderungen nicht im Rahmen der Veranlagung (§ 32d Abs. 4, 6) für den VZ geltend machen, in dem die Einkünfte erzielt wurden. Eine Geltendmachung im Rahmen der Veranlagung (§ 32d Abs. 4, 6) ist erst in dem VZ möglich, in dem die auszahlende Stelle von den Veränderungen Kenntnis erhält und den KapErtrStAbzug korrigiert. Eine periodengerechte Erfassung im Rahmen der Veranlagung ist nur möglich, wenn die auszahlende Stelle bescheinigt, dass sie die Korrektur nicht vorgenommen hat und auch nicht vornehmen wird (Abs. 3a Satz 2). Mit diesen Regelungen soll die Administrierbarkeit des KapErtrStAbzugsverfahrens gewährleistet bleiben und eine doppelte Berücksichtigung von Fehlern im Abzugs- und Veranlagungsverfahren vermieden werden (amtliche Begründung, BTDrucks. 17/2249, 52f.).

II. Korrekturen im Abzugsverfahren (Abs. 3a Satz 1)

555

Anwendungsbereich: Der Anwendungsbereich von Abs. 3a Satz 1 wird durch den Verweis auf § 43a Abs. 3 Satz 7 bestimmt.

► *Persönlicher Anwendungsbereich:*

▷ *Abzugsverpflichteter:* § 43a Abs. 3 Satz 7 betrifft nur den StAbzug durch die auszahlende Stelle, dh. die in § 44 Abs. 1 Satz 4 aufgezählten Abzugsverpflichteten. Der Schuldner der Kapitalerträge (§ 44 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1) ist nicht erfasst. Unklar ist, ob auch die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle iSv. § 44 Abs. 1 Satz 3 (für Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2) hierunter fällt. Zwar verweist § 44 Abs. 1 Satz 3 insoweit auf die Definition der auszahlenden Stelle in § 44 Abs. 1 Satz 4. Andererseits differenziert das Ge-

setz zwischen beiden Abzugsverpflichteten (vgl. etwa § 44 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 und 3). Ebenso wenig dürften hiervon die Fälle des § 44b Abs. 6 erfasst sein. Die Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse des Stpfl. (Freistellungsauftrag, NV-Bescheinigung) durch die depotführende Stelle ändert nichts daran, dass der Schuldner der Kapitalerträge der Abzugsverpflichtete ist. Die depotführende Stelle wird dadurch nicht zur auszahlenden Stelle iSv. § 44 Abs. 1 Satz 4 und damit auch nicht iSv. § 43a Abs. 3 Satz 7. Gleichwohl scheint die FinVerw. die Regelung in § 43a Abs. 3 Satz 7 auch auf diese Fälle ausdehnen zu wollen (vgl. Beispiel 1 in BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241). Dies scheint zwar unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten begrüßenswert, sollte jedoch im Wortlaut von § 43a Abs. 3 Satz 7 entsprechend geändert werden.

- ▷ *Steuerschuldner (Gläubiger der Kapitalerträge)*: Die Vorschrift betrifft nur Stpfl., die private Kapitalerträge erzielen, nicht jedoch Steuerausländer (so BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241a). Sind die Einkünfte anderen Einkunftsarten zuzurechnen (§ 20 Abs. 8), erfolgt keine Korrektur mW für die Zukunft (§ 43a Abs. 3 Satz 8). Zumindest im Hinblick auf die „echten“ Zahlstellenfälle sollte es insoweit zu keinen Problemen kommen, weil in diesen Fällen bei betrieblichen Kapitalerträgen vom StAbzug Abstand zu nehmen ist (§ 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1). Etwaige Korrekturen sind bei diesen Stpfl. im Veranlagungsverfahren vorzunehmen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241a). Erstreckt man allerdings mit der FinVerw. den persönlichen Anwendungsbereich auch auf Emittentenfälle (§ 44b Abs. 6) und die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle, kann es zu Problemen kommen, da die Freistellung gem. § 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 diese Fälle nicht erfasst. Problematisch dürfte sich dies ferner bei sog. Zebragesellschaften gestalten (s. Anm. 23 sowie § 15 Anm. 1460 ff.). Da eine Zebragesellschaft kein BV hat, ist eine Korrektur mW für die Zukunft grds. zulässig. Problematisch wird dies bei den betrieblich beteiligten Gesellschaftern der Zebragesellschaft, weil diese die Korrektur in einem ggf. bestandskräftigen oder sogar verjährten VZ vornehmen lassen müssten. Es ist uE zweifelhaft, ob der Feststellungsbescheid für das Jahr der Korrektur gegenüber den Festsetzungsbescheiden der betrieblich beteiligten Gesellschafter für den VZ, in dem die Änderung bei diesen Gesellschaftern an sich zu berücksichtigen wären, Bindungswirkung hat. Sofern man dies verneint und die betreffenden Festsetzungsbescheide nicht mehr änderbar sind, müssen Doppelerfassungen durch uE Billigkeitsmaßnahmen vermieden werden.
- ▶ *Sachlicher Anwendungsbereich*: Der sachliche Anwendungsbereich korrespondiert mit dem persönlichen Anwendungsbereich insoweit, als nur solche Kapitalerträge erfasst sein können, bei denen der StAbzug durch die auszahlende Stelle erfolgt, dh. Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, 6, 7 und 8 bis 12 sowie Satz 2 betroffen sind (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2). Dehnt man mit der FinVerw. den Anwendungsbereich auf die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle sowie Fälle des § 44b Abs. 6 aus, werden partiell auch Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 erfasst. Dies ist uE bedenklich, weil in den übrigen Fällen des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 (zB Gewinnausschüttungen einer GmbH) sowie in den Fällen des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 eine Berücksichtigung in dem VZ zu erfolgen hat, in dem die Einkünfte nach allgemeinen Grundsätzen erzielt wurden. Keine Korrektur mW für die Zukunft soll insbes. beim fehlerhaften Ansatz der Ersatzbemessungsgrundlage (§ 43a Abs. 2 Sätze 7 ff.) erfolgen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241a, mit weiteren Beispielen).

Veränderungen der Bemessungsgrundlage oder einer zu erhebenden Kapitalertragsteuer:

► *Nachträgliche Tatsachen:* Nach dem Wortlaut von § 43a Abs. 3 Satz 7 kommt es nicht darauf an, worauf die Veränderungen beruhen. In erster Linie dürfte es sich um nachträglich bekannt gewordene Tatsachen handeln (so auch die Beispiele in BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241). Abs. 3a verdrängt somit § 173 AO, wonach nachträglich bekannt gewordene Tatsachen in dem StBescheid für den VZ zu berücksichtigen sind, auf den sich die nachträglich bekannt gewordenen Tatsachen beziehen. § 173 AO wird aber auch insoweit verdrängt, als es nicht darauf ankommt, ob die nachträglich bekannt gewordenen Tatsachen sich zugunsten oder zuungunsten des Stpfl. auswirken und ob ihn ein Verschulden trifft. Unerheblich ist ferner, auf welche Weise die auszahlende Stelle Kenntnis erlangt hat. Dies kann durch den Stpfl., aber auch durch das FA oder einen Dritten geschehen sein.

► *Fehlerhafte Rechtsanwendung?:* Unklar ist, ob von § 43a Abs. 3 Satz 7 auch eine fehlerhafte Rechtsanwendung erfasst wird (in diese Richtung könnte etwa Beispiel 5 in BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241, verstanden werden). Allerdings soll eine Korrektur für die Zukunft nicht bei Änderung oder Wegfall der Bemessungsgrundlage aufgrund einer Entscheidung des EuGH, des BVerfG oder des BFH erfolgen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241a). Eine unrichtige Rechtsauffassung sollte uE rückwirkend berichtigt werden können. Hierfür spricht zunächst der in § 43a Abs. 3 Satz 7 verwendete Begriff der „Kenntnis“. Dieser betrifft eher Tatsachen. Es ist zudem fraglich, wann „Kenntnis“ von einer unrichtigen Rechtsanwendung vorliegt. Allein die Behauptung einer abweichenden Rechtsansicht (zB durch die Betriebsprüfung) kann wohl noch nicht als Kenntnis gewertet werden, weil über die zutreffende Auslegung ggf. ein Gericht zu entscheiden hat. Zudem hätte dies zur Folge, dass eine von der Bp. beanstandete Rechtsauffassung wegen Abs. 3a Satz 1 nicht in dem VZ, auf den sich die Prüfung bezieht, geltend gemacht werden könnte. Der von der Bp. beanstandete Fehler könnte somit nicht der geprüften KapErtrStAnmeldung korrigiert und KapErtrSt auch nicht für die Vergangenheit nacherhoben werden.

Maßgeblicher Zeitpunkt: Für die Anwendung des § 43 Abs. 3 Satz 7 und damit auch für Abs. 3a ist auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme abzustellen. Gehört zB Wertpapiere im Jahr des Zuflusses zum PV, im Jahr der Kenntnisnahme aber zum BV, ist § 43 Abs. 3 Satz 7 und damit auch Abs. 3a nicht anwendbar (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241). Die Folgen von § 43 Abs. 3 Satz 7 und damit auch für Abs. 3a können allerdings nur durch Kenntnisse ausgelöst werden, die nach Ablauf des maßgeblichen KJ erlangt wurden. Unterjährig erlangte nachträgliche Kenntnisse sind hingegen in laufender Rechnung zu berücksichtigen. Für die Frage, wann Kenntnis erlangt wurde, kann uE auf die zu § 173 AO entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Nicht maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem dann tatsächlich die Korrektur vorgenommen wird.

Rechtsfolge: Das Gesetz spricht insoweit nur davon, dass die Korrekturen „zu berücksichtigen“ seien. Fraglich ist, ob damit tatsächlich das Entstehen des materiell-rechtl. Steueranspruchs „verschoben“ werden soll, dh. Einnahmen und Ausgaben mit materiell-rechtl. Wirkung erst in dem Jahr zu- oder abfließen, in dem die auszahlende Stelle Kenntnis von der Veränderung erlangt (so wohl amtliche Begründung, BTDrucks. 17/2249, 53). Die Rechtsfolge des Abs. 3a Satz 1 sollte uE entsprechend seinem Zweck nur verfahrensrechtl. in einer Berücksich-

tigung im Rahmen einer Veranlagung verstanden werden, dh., der materiell-rechtl. entstandene Steueranspruch ist lediglich in einem späteren Jahr im Rahmen der StFestsetzung zu berücksichtigen. Die Gegenauffassung hätte zur Folge, dass im Hinblick auf den Steueranspruch praktisch nie Festsetzungsverjährung eintreten kann. Vielmehr müsste die auszahlende Stelle auch bei Kenntnisnahme viele Jahre später die Veränderung berücksichtigen, mit der Folge, dass der Steueranspruch dann überhaupt erst entsteht und die Festsetzungsfrist anläuft. Umgekehrt würde eine Verweigerung der Korrektur (mit Ausstellung der Bescheinigung) zum rückwirkenden Entstehen des Steueranspruchs führen. Letztlich könnte die auszahlende Stelle damit über den Entstehungszeitpunkt der StSchuld disponieren. Versteht man Abs. 3a Satz 1 hingegen nur verfahrensrechtl., so läuft die Festsetzungsverjährung nach allgemeinen Grundsätzen an. Erlangt die auszahlende Stelle nach Ablauf der Festsetzungsverjährung Kenntnis von einer Veränderung der Bemessungsgrundlage oder der zu erhebenden KapErtrSt, darf sie keine Korrektur mehr vornehmen. Nimmt sie gleichwohl eine Korrektur vor, kann der Stpfl. diesen StEinbehalt gem. § 32d Abs. 4 für das Jahr der Kenntnisnahme überprüfen lassen. Stellt das FA im Rahmen der Veranlagung fest, dass die Verjährung bereits abgelaufen war, muss es die Korrektur durch die auszahlende Stelle im Veranlagungswege wieder rückgängig machen.

III. Möglichkeit der Veranlagung (Abs. 3a Satz 2)

Vorlage der Bescheinigung: Eine Geltendmachung der Korrektur im Veranlagungsverfahren gem. § 32d Abs. 4 (Überprüfung des Steuereinhalts) oder § 32d Abs. 6 (Günstigerprüfung) ist nach Abs. 3a Satz 2 nur möglich, wenn der Stpfl. eine Bescheinigung der auszahlenden Stelle vorlegt, dass diese die Korrektur nicht vorgenommen hat und auch nicht vornehmen wird. Nach Auffassung der FinVerw. ist eine Bescheinigung in den in BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241a, genannten Fällen nicht erforderlich (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 241b). Verweigert die auszahlende Stelle sowohl die Korrektur als auch die Erteilung der Bescheinigung, dürften dem Stpfl. wohl nur zivilrechtl. Rechtsbehelfe zustehen.

Rechtsfolge: Der Wortlaut von Abs. 3a Satz 2 ist uE zu eng. Bei enger Wortlautauslegung wäre eine Veranlagung auch dann nicht möglich, wenn die auszahlende Stelle die Korrektur tatsächlich durchführt und – folgerichtig – keine Bescheinigung ausstellt bzw. ausstellen darf. Die Rechtsfolge von Abs. 3a Satz 2 ist daher teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass der Stpfl. die Korrektur solange nicht gem. § 32d Abs. 4 und 6 geltend machen kann, bis entweder die Bescheinigung vorliegt oder die Korrektur tatsächlich erfolgt. Ist die Korrektur tatsächlich erfolgt, muss es dem Stpfl. möglich sein, die inhaltliche Richtigkeit der Korrektur überprüfen zu lassen (§ 32d Abs. 4) oder die geänderte Bemessungsgrundlage im Rahmen der Günstigerprüfung geltend zu machen.

Maßgeblicher Zeitpunkt: Das Gesetz sagt nicht, in welchem VZ die Korrektur in den Fällen des Abs. 3a Satz 2 zu berücksichtigen ist. Legt man wie vorliegend ein verfahrensrechtl. Verständnis zugrunde (s. Anm. 555), so entsteht der StAnspruch stets nach allgemeinen Grundsätzen. Wird eine Korrektur vorgenommen, so ist sie wegen Abs. 3a Satz 1 im Rahmen der Veranlagung für den VZ, in dem die auszahlende Stelle Kenntnis erlangt hat, zu berücksichtigen. Wird hingegen keine Korrektur vorgenommen und eine Bescheinigung erteilt,

muss die Korrektur durch das FA in dem VZ vorgenommen werden, auf das sich die Veränderungen beziehen.

IV. Zeitliche Anwendung

557

Die Regelung ist erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden, die nach dem 31.12. 2008 zugeflossen sind (§ 52a Abs. 10 Satz 10). Maßgeblich ist insoweit der „tatsächliche“ Zufluss der Kapitalerträge, der allerdings nach der hier vertretenen Auffassung mit dem Zufluss iSv. § 11 identisch ist, weil Abs. 3a uE nur verfahrensrechtl. Auswirkungen hat (s. Anm. 555). Hiermit ist jedoch keine Rückwirkung verbunden. Ausweislich der amtlichen Begründung stellt Abs. 3a die (nachträgliche) Rechtsgrundlage für eine seit 2009 von der FinVerw. geduldete Praxis dar (BTDrucks. 17/2249, 64).

Einstweilen frei.

558–559

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

Schrifttum: DOEGE, Wertminderung und Ausfall privater Kapitalanlagen nach dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008, Stbg 2008, 440; HARENBERG/ZÖLLER, Abgeltungsteuer 2009, Herne/Berlin, 2. Aufl. 2010.

Siehe auch Schrifttum bei § 23 Anm. 270.

I. Überblick

560

Die mit dem UntStReformG 2008 erstmals in § 20 eingeführte Vorschrift entspricht inhaltlich weitgehend dem § 23 Abs. 3 und regelt im Einzelnen in

Satz 1, dass der Gewinn aus Veräußerungsgeschäften und den ihnen gleichgestellten Tatbeständen des Abs. 2 durch Abzug der AK und der im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehenden Aufwendungen (WK) von den Einnahmen aus der Veräußerung zu ermitteln ist (Halbs. 1) und bei Fremdwährungsgeschäften sowohl der Veräußerungserlös als auch die AK im Zeitpunkt der Veräußerung bzw. Anschaffung in Euro umzurechnen sind (Halbs. 2);

Satz 2, dass bei verdeckten Einlagen (Abs. 2 Satz 2) der gemeine Wert der WG an die Stelle des Veräußerungserlöses tritt (Halbs. 1) und der Gewinn aus einer verdeckten Einlage im Jahr der Einlage anzusetzen ist (Halbs. 2);

Satz 3, dass bei Überführung von WG in das PV oder bei Betriebsaufgabe anstelle der AK der bei der Entnahme (§ 6 Abs. 1 Nr. 4) oder Betriebsaufgabe anzusetzenden Wert (§ 16 Abs. 3) tritt;

Satz 4, dass bei Veräußerungen von Versicherungsverträgen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 6) die AK aus den entrichteten Beiträgen gebildet werden (Halbs. 1) und bei vorausgegangenem entgeltlichen Erwerb des Versicherungsvertrags auch die nach dem Erwerb entrichteten Beiträge zu den AK gehören (Halbs. 2);

Satz 5, dass der Gewinn aus einem Termingeschäft aus dem Saldo des Differenzbetrags (Vorteils) und den mit dem Termingeschäft in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang stehenden Aufwendungen zu ermitteln ist;

Satz 6, dass bei einem unentgeltlichen Erwerb einer Kapitalanlage dem Stpfl. die AK, Kosten der Überführung ins PV und sonstigen Aufwendungen des Rechtsvorgängers zuzurechnen sind und in

Satz 7, dass in den Fällen der Girosammelverwahrung von Wertpapieren im Veräußerungsfall die FiFo-Methode Anwendung findet.

II. Gewinn als steuerliche Bemessungsgrundlage

561 1. Differenzbetrag

Auf der Grundlage der Vorschriften zu den privaten Veräußerungsgeschäften der §§ 17 und 23 regelt Abs. 4 die Ermittlung der estl. Bemessungsgrundlagen für Veräußerungsfälle des Abs. 2. Steuerbar ist danach bei Veräußerung oder einem gleichgestellten Vorgang der „Gewinn“, der sich als Differenz zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung und den AK der Wertpapiere, Kapitalbeteiligung oder sonstigen Kapitalforderungen unter Abzug der Veräußerungskosten errechnet. Bei den Termingeschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a) tritt an die Stelle des Veräußerungserlöses der Differenzausgleich (Vorteil, Geldbetrag). Der „Gewinn“ iSd. Abs. 4 kann auch negativ sein (Verlust), wenn die Einnahmen aus der Veräußerung niedriger sind als die Summe aus AK und Veräußerungskosten.

Keine Gewinnermittlung, sondern Einnahme-Überschussrechnung: Systematisch unzutreffend hat der Gesetzgeber in Abs. 4 – wie bereits in Abs. 2 – den „Gewinn“ als estl. Bemessungsgrundlage vorgegeben, obwohl § 20 – jedenfalls bisher – nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 aF zu den Überschusseinkunftsarten gehörte. Mit dem UntStReformG 2008 hat der Gesetzgeber ab 2009 durch Änderung des § 2 Abs. 2 unter Einfügung eines neuen Satzes 2 die Bruttobesteuerung der Einnahmen aus Kapitalvermögen angeordnet. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 ist anstelle der tatsächlichen WK nur der aus dem bisherigen Sparer-Freibetrag und dem WK-Pauschbetrag gebildete Sparer-Pauschbetrag (Abs. 9) von den stbaren Einnahmen abzuziehen. Dieses System wird allerdings in Abs. 4 wieder dadurch durchbrochen, dass bei den Einnahmen aus der Veräußerung sowohl die AK als auch die bisher im Rahmen des § 23 Abs. 3 Satz 1 berücksichtigungsfähigen Veräußerungskosten, bei denen es sich der Sache nach um WK handelt, abziehbar sind.

Überschussermittlung für jede einzelne Kapitalanlage: Wie bei den Einkünften aus einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 iVm. Abs. 3 ist für jeden einzelnen Veräußerungsvorgang, für jede einzelne Kapitalanlage, der Überschuss gesondert zu ermitteln (zu § 23: Nds. FG v. 15.10.1970 – II 201/69, EFG 1971, 227, rkr.). Jede einzelne Kapitalanlage ist Gegenstand der Einkunftserzielung, wobei allerdings eine Gruppenbildung, zB eine bestimmte Anzahl von Aktien eines Unternehmens, zulässig ist (BFH v. 24.3.1992 – VIII R 12/89, BStBl. II 1993, 18; aA noch BFH v. 23.3.1982 – VIII R 132/80, BStBl. II 1982, 463).

Eigenständigkeit der Einkunftsermittlung: Wenn auch die Besteuerung der Wertzuwächse aus der Veräußerung von Kapitalanlagen oder gleichgestellter Vorgänge mit dem UntStReformG 2008 in den Tatbestand des § 20 integriert

II. Gewinn als steuerliche Bemessungsgrundlage Anm. 561–564 § 20

wurde, so kommt der Ermittlung der stbaren Einnahmen eine gewisse, von der Einnahmeermittlung für Kapitalerträge iSd. Abs. 1 abweichende Eigenständigkeit zu. Diese liegt darin, dass bei der Ermittlung des stbaren Überschusses vom Veräußerungserlös die AK und in beschränktem Umfang auch als WK einzuordnende Aufwendungen (Veräußerungskosten, sachlich unmittelbar mit dem Veräußerungserlös zusammenhängende Aufwendungen) abziehbar sind. Diese Regelung gestattet es, die gesamten AK zuzüglich Nebenkosten – unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Leistung – in dem VZ abzuziehen, in dem die Veräußerungserlöse dem Stpfl. zufließen und damit stbar sind; s. auch § 23 Anm. 295.

Überschusserzielungsabsicht: Anders als noch im Rahmen der Besteuerung als privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 (s. § 23 Anm. 146 „Wirtschaftsgüter des täglichen Gebrauchs/Jahreswagen“) setzt die Besteuerung der Veräußerungserlöse iSd. Abs. 2 iVm. Abs. 4 estl. die Absicht voraus, auf Dauer gesehen nachhaltige Überschüsse zu erzielen (BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. 1984, 752 [766]). Neben den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen „Anschaffung“ und „Veräußerung“ setzt die Besteuerung der Veräußerungserlöse das ungeschriebene (subjektive) Tatbestandsmerkmal der „Überschusserzielungsabsicht“ voraus. Die FinVerw. geht wegen des beschränkten und pauschalierten Abzugs der WK (Abs. 9) nach der Systemumstellung von einer Einkunftserzielungsabsicht aus (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 125).

2. Einnahmen aus der Veräußerung

562

Zu den Einnahmen aus der Veräußerung gehören alle Güter, die der Stpfl. bei der Veräußerung einer Kapitalanlage erhält. Dazu zählen alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen; s. § 8 Anm. 22ff. Anders als im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 kommt es im Rahmen des § 20 für eine periodengerechte Erfassung der Veräußerungseinnahmen auf den Zufluss des Veräußerungserlöses iSd. § 11 Abs. 1 Abs. 1 an (zu § 23 s. BFH v. 15.12.1993 – X R 49/91, BStBl. II 1994, 687); zu Einzelheiten s. § 23 Anm. 272.

3. Zuflusszeitpunkt des Veräußerungserlöses

563

Maßgeblicher Zeitpunkt für den Zufluss des Veräußerungserlöses und damit des StAbzugs durch das ausführende Kreditinstitut ist der Abschluss des zivilrechtl. Kaufvertrags. Dieser Zeitpunkt ist ebenfalls maßgeblich für die Verwaltung des Freistellungsauftrags (Ausnutzung des Freistellungsvolumens) und die unterjährige Verlustverrechnung durch die Kreditinstitute.

4. Anschaffungszeitpunkt bei Wertpapieren

564

Wertpapiere sind in dem Zeitpunkt angeschafft, in dem das obligatorische Rechtsgeschäft (Kaufvertrag) abgeschlossen ist. Börsengehandelte Papiere sind angeschafft, wenn der Börsenhändler, den der Stpfl. oder das ihn vertretende Kreditinstitut beauftragt hat, den Kaufauftrag ausgeführt (geschlossen) hat (Schlusstag). Wertpapiere, die außerhalb der Börse im Hinblick auf eine Börseneinführung erworben werden, sind mit Abschluss des Kaufvertrags angeschafft. Dem Anschaffungszeitpunkt kommt im System der Abgeltungsteuer keine Be-

deutung mehr zu, da die Steuerbarkeit der Veräußerungsgewinne anders als nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 4 aF nicht mehr von einer Frist abhängt. Bedeutung erlangt der Anschaffungszeitpunkt jedoch im Rahmen der Übergangsvorschriften (insbes. § 52a Abs. 10).

Neuemissionen: Bei Zeichnung neu emittierter Wertpapiere liegt eine Anschaffung erst in dem Zeitpunkt vor, in dem entschieden wird, dass es zur Zuteilung der gezeichneten Wertpapiere kommt. Das ist der Zeitpunkt, in dem das Kaufangebot durch den Emittenten des Wertpapiers oder seinen Vertreter abgenommen wird. Kommt es zu keiner Zuteilung, sind aber bereits Aufwendungen beim Stpfl. entstanden, so sind diese – entsprechend dem Prinzip der Bruttosteuerung des Abzugsverbots aus Abs. 9 Satz 1 – stl. unbeachtlich.

Anschaffung von Wertpapieren oder Aktien durch Ausübung von Arbeitnehmeroptionen (stock options): Werden Wertpapiere oder Aktien durch Ausübung von Optionen, die ein ArbG seinen ArbN eingeräumt hat, bezogen, gilt der Ausübungstag als Tag der Anschaffung.

Anschaffung bei Aktiensplit: Die im Rahmen eines Aktiensplits zugeteilten Aktien sind nicht angeschafft, sondern durch Teilung des bisherigen Aktienbestands zugeteilt. Als Anschaffungstag gilt auch bei einem Aktiensplit weiterhin der Tag der Anschaffung des ursprünglichen, ungesplitteten Aktienbestands.

565 5. Anschaffungskosten in Einzelfällen

Anschaffungskosten sind alle Aufwendungen, die durch die Anschaffung der Kapitalanlage veranlasst sind, s. § 6 Anm. 281 ff. und § 23 Anm. 275 ff. Der Begriff der AK ist sowohl im Rahmen der Gewinneinkünfte als auch im Rahmen der Überschusseinkünfte einheitlich nach § 255 HGB auszulegen (BFH v. 28.10.2009 – VIII R 22/07, BStBl. II 2010, 469, Rn. 12). Zu den AK gehören daher auch die ANK wie zB Transaktionskosten der Bank, Maklerhonorare, Gerichts- und Notargebühren (§ 255 Abs. 1 Satz 2 HGB); Einzelfälle s. § 23 Anm. 276; zur Zahlungsweise der AK s. § 23 Anm. 277. Werden im Rahmen von Optionsgeschäften die veroptionierten WG geliefert, gehören zu den AK – neben dem Kaufpreis der WG – auch die an den Veräußerer gezahlten Optionsprämien.

Anschaffung der durch Ausübung von Arbeitnehmeroptionen angeschafften Aktien: Veräußert ein ArbN die aufgrund der ihm vom ArbG gewährten Optionen angeschafften Aktien, sind als AK neben der Zuzahlung zum Kaufpreis auch der Wert des geldwerten Vorteils anzusetzen, der für die Besteuerung der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit maßgeblich war. Der Freibetrag nach § 8 Abs. 3 Satz 3 oder eine sonstige StVergünstigung bleiben dabei unberücksichtigt.

Aktiensplit: Nach einem Aktiensplit sind die ursprünglichen AK auf den gesplitteten Bestand aufzuteilen.

Strategieentgelt: Wird einem Vermögensverwalter ein gesondertes Entgelt für die Auswahl einer Anlagestrategie gezahlt, gehört dieses Entgelt zu den AK der erworbenen Kapitalanlagen (BFH v. 28.10.2009 – VIII R 22/07, BStBl. II 2010, 469 – Rn. 24 f.).

Eintritt in eine Personengesellschaft: Tritt ein Stpfl. in eine PersGes. ein, veräußern die Altgesellschafter einen bestimmten Anteil der WG an den Neugesellschafter. Der Gewinn der Altgesellschafter ermittelt sich als Saldo aus zufließen-

dem Betrag aus der Einlage des Neugesellschafters und dem Anteil an den AK der WG, die dem Neugesellschafter mit seinem Eintritt zugewiesen werden.

Beispiel 1: (nach BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 75): An der AB-GbR sind A und B mit je 5000 € beteiligt. Für ihre Einlage haben sie im Jahr 01 Aktien (1 200 Stück) der X-AG zum Preis von 5 € je Aktie und Aktien der Y-AG (800 Stück) zum Preis von 5 € erworben. Im Jahr 03 beteiligt sich noch C mit einer Einlage von 5000 € und erhält dafür 1/3 der Anteile. Im Zeitpunkt des Eintritts haben die Aktien der X-AG einen Kurswert von 8 €, die der Y-AG von 6,76 €.

Anschaffungskosten des C: C erhält 1/3 der Aktien der X-AG und der Y-AG. Die AK richten sich nach dem Verhältnis der Verkehrswerte der Anteile. Sie betragen 3 200 € für die X-AG und 1 800 € für den Anteil an den Aktien der Y-AG.

Veräußerungsgewinn von A und B (X-AG)

Die Gesellschafter A und B haben jeweils 1/3 ihres Anteils an der X-AG und der Y-AG an den Neugesellschafter C veräußert.

erhaltene Einlage	1 600 €	
./. AK (1/3 von 1 200 Aktien zu 5 €)	./. 1 000 €	
Summe	600 €	600 €

Veräußerungsgewinn von A und B (Y-AG)

erhaltene Einlage	900 €	
./. AK (1/3 von 800 Aktien zu 8 €)	666 €	
Summe	234 €	234 €

Insgesamt **834 €**

Der Gewinn ist nicht kapertrstpf. und muss in der StErklärung deklariert werden. Der anzuwendende StSatz beträgt 25 %.

Austritt eines Gesellschafters: Eine Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 3 liegt ebenfalls vor, wenn ein Gesellschafter die PersGes. verlässt und sich den Gegenwert seiner bisherigen Beteiligung (der ihm anteilig zustehenden WG) auszahlen lässt. Das Gesetz fingiert in diesem Fall eine Veräußerung der anteiligen WG der Gesellschaft an die verbleibenden Gesellschafter, soweit die WG nach dem 31.12.2008 erworben wurden. Gehören zum Vermögen der Gesellschafter auch WG, die vor dem 1.1.2009 angeschafft wurden, ist ein Gewinn in Bezug auf die Veräußerung dieser WG nicht nach Abs. 2 Satz 2 stbar. Als AK der an die verbleibenden Gesellschafter übertragenen anteiligen WG wird der Anteil des Auszahlungsbetrags zugrunde gelegt, der nach dem Verhältnis des Verkehrswerts auf das entsprechende WG entfällt.

Beispiel 2: (nach BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 78 ff.): Sachverhalt wie zuvor; A tritt im Jahr 2010 aus der ABC- GbR aus. Im Vermögen der Gesellschaft befinden sich zum Austrittszeitpunkt 1 200 Aktien der X-AG, die vor dem 1.1.2009 angeschafft wurden (AK 5 €), und 800 nach dem 31.12.2008 angeschaffte Aktien der Y-AG jeweils mit einem Kurswert von 10 € je Aktie (AK 5 €). Der an A gezahlte Betrag beläuft sich damit auf insgesamt 6 667 €. Der auf die Aktien der X-AG entfallende Erlös von 4000 € ist wegen Verstreichens der Haltefrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF stfrei.

Veräußerungsgewinn aus den Y-Aktien

Veräußerungserlös	2 666 €
./. AK (1/3 × 800 × 5 €)	1 333 €
Gewinn	1 333 €

Nach dem Austritt des A verbleiben bei B 1/3 der Aktien der X-AG und der Y-AG mit einem Wert von 5 € (AK) und jeweils 1/3 der Aktien der X-AG und Y-AG mit einem Wert von 10 € (AK). C hält einen Anteil von 1/3 der Aktien der X-AG mit einem Wert von 8 € und einen Anteil von 1/3 der Aktien der X-AG mit einem Wert von

10 € und weiter 1/3 Anteil der Aktien der Y-AG mit einem Wert von 6,76 € und 1/3 der Aktien der Y-AG zum Wert von 10 €.

Gratis- oder Berichtigungsaktien, Teilrechte: Erhöht eine AG ihr Grundkapital aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207 ff. AktG) und gibt zugleich Gratis- oder Berichtigungsaktien und Teilrechte aus, liegt im Zeitpunkt der Zuteilung kein Anschaffungsvorgang vor. Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln führt vielmehr zu einer Abspaltung eines Teils der in den Altaktien verkörperten Substanz und zu einer Abspaltung der ursprünglichen AK (Gesamtwertmethode). Zeitpunkt der Anschaffung auch der Gratis- oder Berichtigungsaktien ist der Zeitpunkt der Anschaffung der Altaktien. Der Gewinn aus der Veräußerung von Gratis- oder Berichtigungsaktien ist stbarer Kapitalertrag nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1.

► *Ausübung von Teilrechten* ist keine Veräußerung der Teilrechte und keine Anschaffung der durch die Ausübung bezogenen Aktien. Der Gewinn aus der Veräußerung der Teilrechte führt zu stbarem Kapitalertrag iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Abs. 4a Satz 4 findet in diesem Fall keine Anwendung.

Beispiel 3: A hat am 10.1.01 30 Aktien der X-AG zum Kurs von 150 € angeschafft. Die X-AG beschließt am 30.4.01 eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und bietet für je zwei Altaktien eine neue Aktie, die am 1.6.01 ausgegeben wird. An diesem Tag beträgt der Kurs der X-Aktie 120 €. Durch die Ausgabe der neuen Aktien (Abspaltung) sinkt der Kurs am 2.5.01 auf 80 €. A erwirbt zu den ihm zugeteilten 30 Teilrechten am 3.5.01 30 weitere Teilrechte zum Kurs von 40 € hinzu und erhält am 1.6.01 eine Zuteilung von 30 X-Aktien (zwei Teilrechte für eine neue Aktie). Am 10.8.01 veräußert A sämtliche X-Aktien zum Kurs von 100 €. Der dabei erzielte Veräußerungsgewinn ist stpfl. Die durch die zugeteilten Teilrechte angeschafften Neuaktien gelten am Tag der Anschaffung der Altaktien, hier am 10.1.01, als angeschafft; die durch die hinzuerworbenen Teilrechte angeschafften Neuaktien gelten am Tag der Anschaffung der Teilrechte, hier am 3.5.01, als angeschafft. Die AK der 30 Altaktien werden nach Ausübung der zugeteilten Teilrechte zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns auf Alt- und Neuaktien aufgeteilt:

Veräußerungsgewinn

Veräußerungserlös	60 × 100 €	6 000 €
AK für 45 Aktien	30 × 150 €	4 500 €
AK für 15 Aktien	30 × 40 €	<u>1 200 €</u> ./. 5 700 €
Veräußerungsgewinn		300 €

Kapitalherabsetzung: Siehe Anm. 126 ff.

Optionsanleihen: Optionsanleihen sind aus zwei WG bestehende Schuldverschreibungen. Dem Stammrecht ist neben eventuellen Zinskupons noch ein in einem Optionsschein verbrieftes Optionsrecht angehängt. Übt der Inhaber des Optionsscheins die Option aus, schafft er das Basisgut (Aktien, Schuldverschreibungen, Rohstoffe) an. Der Kaufpreis und die AK des Optionsscheins gehören zu den AK des Basiswerts. Hat der Stpfl. die Optionsanleihe mit erworben, sind die AK der Anleihe aufzuteilen in AK des Stammrechts und AK des Optionsscheins.

► *Ersterwerb:* Ist der Stpfl. Ersterwerber der Optionsanleihe, richtet sich die Aufteilung der AK nach den Angaben des Emissionsprospekts, sofern dort ein besonderes Aufgeld (Agio) für das Optionsrecht ausgewiesen ist und die Anleihe mit einer kapitalmarktgerechten Verzinsung begeben wurde.

► *Zwischenerwerb:* Im Fall des Zwischenerwerbs lässt es die FinVerw. zu, dass der Stpfl. bzw. das Kreditinstitut die gesamten AK der Anleihe zurechnet, wenn die

Aufteilung auf Stammrecht und Optionsrecht nicht anhand der Emissionsbedingungen erfolgen kann.

Fondsgesellschaften: Erwirbt eine Fondsgesellschaft in der Rechtsform einer PersGes., die weder einen Gewerbebetrieb unterhält noch die Voraussetzungen von § 15 Abs. 3 erfüllt, WG iSd. Abs. 2, können bestimmte Aufwendungen der PersGes. in der Investitionsphase zu den AK gehören (zu Private Equity Fonds OFD Rheinland v. 8.1.2007, DB 2007, 135; OFD Frankfurt v. 27.7.2007, StB 2007, 448; allg. BMF v. 20.10.2003, BStBl. I 2003, 546 – Tz. 38 ff.).

Einstweilen frei.

566

6. Aufwendungen in unmittelbar sachlichem Zusammenhang mit der Veräußerung

567

Nach Abs. 4 Satz 1 sind die mit der Veräußerung im Zusammenhang stehenden Aufwendungen stmindernd zu berücksichtigen. Veräußerungskosten sind nur solche Aufwendungen, die in unmittelbarer sachlicher Beziehung zum Veräußerungsgeschäft stehen (BFH v. 1.12.1992 – VIII R 43/90, BFH/NV 1993, 520). Die Abziehbarkeit der Veräußerungskosten entspricht der bisherigen Regelung in § 23 Abs. 3 Satz 1. Im Gegensatz dazu enthält Satz 1 aber nicht den Begriff der „Werbungskosten“, sondern verwendet den Begriff „Veräußerungskosten“. Eine sachliche Änderung bedeutet diese Wortwahl uE nicht. Nach einhelliger Auffassung zu § 23 sind die durch die Veräußerung des (zuvor angeschafften) WG veranlassten Aufwendungen ebenso als WK anzusehen wie die bei fremdfinanzierter Anschaffung des Spekulationsgegenstands innerhalb der Spekulationsfrist angefallenen Schuldzinsen, soweit nicht eine Nutzung des Spekulationsgegenstands im Rahmen einer vorrangigen Einkunftsart, zB Einkünfte aus Kapitalvermögen (BFH v. 19.2.1965 – VI 291/64 U, BStBl. III 1965, 194; v. 12.12.1996 – X R 65/95, BStBl. II 1997, 603), gegeben ist. Damit ist im Bereich der Veräußerungsgewinne des Abs. 2 ein beschränkter WK-Abzug eröffnet. Neben den durch die ausführende Bank in Rechnung gestellten Transaktionskosten sind auch Schuldzinsen aus der Fremdfinanzierung einer Kapitalanlage als WK abziehbar, wenn sie in sachlichem Zusammenhang mit der Veräußerung stehen. Diese Voraussetzung ist allerdings bei laufenden Schuldzinsen nicht erfüllt. Wird ein Wertpapierkredit wegen der Veräußerung der Kapitalanlage vorzeitig gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung abgelöst, ist die Entschädigung uE als durch die Veräußerung veranlasst anzusehen und als WK abziehbar; Einzelfälle zu den WK bei Veräußerungsgeschäften s. § 23 Anm. 289 und zum Zu- und Abfluss § 23 Anm. 293 f.; zur Verfassungsmäßigkeit des nur beschränkten WK-Abzugs s. Anm. 8.

Transaktionskostenanteil bei Vermögensverwaltung (all-in-fee): Depot- und Vermögensverwaltungskosten sind nach der Systemumstellung (Bruttoprinzip) grds. nicht mehr als WK abziehbar (Abs. 9 Satz 1). Nicht folgerecht wirken sich dagegen ANK und Veräußerungskosten stmindernd aus, da sie in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der Veräußerung stehen. Dies soll nach Auffassung der FinVerw. auch für pauschale Entgelte bei Verträgen mit Kreditinstituten oder Vermögensverwaltern (*all-in-fee*) gelten, die die Transaktionskosten abdecken und in den Vertragsbedingungen ausgewiesen werden. Die in der all-in-fee ausgewiesenen pauschalen Transaktionskosten sind danach im Zeitpunkt der Verauslagung durch das Kreditinstitut als WK abziehbar und von den Kreditinstituten in den Verrechnungstopf des Kunden ein-

zustellen, soweit die Transaktionskosten nicht mehr als 50 % der gesamten all-in-fee betragen. Einzelne Transaktionskosten dürfen in diesen Fällen nicht zusätzlich angesetzt werden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 950 – Tz. 93).

► *Ausweis der Transaktionskosten der Einzelabrechnung der all-in-fee*: Werden die anteiligen Transaktionskosten in der einzelnen all-in-fee-Abrechnung ausgewiesen, sind sie ebenfalls stmindernd als WK in den Verrechnungstopf aufzunehmen.

Beispiel 1: (nach BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 96): Ein Vermögensverwaltungsvertrag sieht eine pauschale Vergütung von 2 % des verwalteten Depotvermögens vor. Bewertungsstichtag ist der 31. Dezember des Jahres. Mit der Pauschale sollen die Transaktionskosten (Wertpapierumsatz) abgegolten sein. Die vermögensverwaltende Bank erteilt aE des Jahres die folgende Abrechnung:

Verwaltetes Vermögen	250 000 €
all-in-fee	2 % von 250 000 € = 5 000 €, das sich wie folgt gliedert:
Vermögensverwaltung	2 600 €
Depotführung	500 €
Wertpapierumsatz	1 900 € (< 51 % der all-in-fee)
Summe:	5 000 €

Der pauschale Transaktionskostenanteil übersteigt die 50 %-Grenze nicht und ist daher in voller Höhe abziehbar.

Beispiel 2: Die pauschale Vergütung beträgt 1,5 % des verwalteten Depotbestands am 31. Dezember und deckt die Transaktionskosten (Wertpapierumsatz) ab. Der Vermögensverwalter erstellt folgende Abrechnung:

Verwaltetes Vermögen: 100 000 € × 1,5	= 1 500 €
Wertpapierumsatz 70 % von 1 500 €	= 1 050 €

Die Transaktionskosten können mit 50 % des all-in-fee, also mit 750 €, gewinnmindernd berücksichtigt werden.

Transaktionskosten bei Beratungsverträgen: Vermögensverwaltungsverträge und Beratungsverträge unterscheiden sich dadurch, dass bei Beratungsverträgen einzelne Transaktionen des Kreditinstituts nur Zustimmung des Kunden vorgenommen werden dürfen. Für die Abziehbarkeit der Transaktionskosten gelten die Regeln zur Vermögensverwaltung.

568 7. Saldierung von Veräußerungserlös und Anschaffungskosten

Nach Abs. 4 Satz 1 sind zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns die AK von den Einnahmen aus der Veräußerung („nach Abzug der übrigen Aufwendungen“) abzuziehen. Danach sind die AK in voller Höhe im Jahr der Besteuerung der Veräußerungseinnahmen, also im Jahr des Zuflusses des Veräußerungspreises, zu berücksichtigen. Unbeachtlich ist, wann die AK verausgabt werden, also beim Stpfl. abgeflossen sind. Die AK sind auch dann abziehbar, wenn sie erst nach der Veräußerung vom Stpfl. geleistet werden.

Beispiel: A veräußert seine Wertpapiere im November 2009 an B zum Gesamtpreis von 10 000 € mit der Abrede, B müsse den Kaufpreis erst aus einem Weiterverkauf der Wertpapiere bezahlen. B veräußert die Papiere im Dezember 2010 weiter zum Preis von 14 000 € und überweist nach Erhalt des Kaufpreises aus dem Weiterverkauf im Januar 2011 den Kaufpreis an A. B hat in 2010 einen Veräußerungsgewinn von 4 000 € erzielt.

8. Fremdwährungsbeträge (Satz 1 Halbs. 2)

569

Für Wertpapiere und sonstige Kapitalforderungen, die nicht auf Euro, sondern auf eine Fremdwährung lauten, bestimmt Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2, dass der Gewinn in der Steuerwährung Euro durch Umrechnung der AK und Veräußerungskosten zum Devisenbriefkurs zu ermitteln ist (BMF v. 13.6.2008, DStR 2008, 1236 – Tz. 7). Diese mit dem UntStReformG 2008 in § 20 eingeführte Regelung weicht von der Regelung in Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 Halbs. 2 aF ab, nach der bei der Veräußerung von finanzinnovativen Schuldverschreibungen der Veräußerungsgewinn zunächst in der Fremdwährung zu ermitteln und danach in Euro umzurechnen war. Die jetzige Regelung entspricht der bisherigen Regelung zu § 23 (BFH v. 2.5.2000 – IX R 73/98, BStBl. II 2000, 614) und stellt sicher, dass Vermögensmehrungen/-minderungen, die auf Wechselkursschwankungen beruhen, estl. mit berücksichtigt werden, wohingegen die alte Regelung Vermögensmehrungen/-minderungen aufgrund von Währungsschwankungen gerade nicht grds. nach § 11 BewG. Zur Ermittlung des Gewinns iSv. Abs. 2 Satz 7 aF, der die Nichtberücksichtigung des Währungsgewinns/-verlusts beim KapErtrStAbzug zum Gegenstand hatte.

9. Gemeiner Wert bei verdeckter Einlage (Abs. 4 Satz 2)

570

Nach Abs. 2 Satz 2 ist die verdeckte Einlage in eine KapGes. einer Veräußerung gleichgestellt (s. Anm. 551). Satz 2 bestimmt für diese Fälle, dass für Zwecke der Ermittlung des Gewinns iSv. Abs. 2 der gemeine Wert der eingelegten WG als Einnahme aus der Veräußerung gilt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der verdeckten Einlage. Die Regelung entspricht § 17 Abs. 2 Satz 2. Der gemeine Wert bestimmt sich grds. nach § 11 BewG. Zur Ermittlung des Gewinns iSv. Abs. 2 sind vom gemeinen Wert die AK und Veräußerungskosten abzuziehen sind (s. auch § 17 Anm. 170 ff.).

10. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte bei Entnahme oder Betriebsaufgabe (Abs. 4 Satz 3)

571

Satz 3 regelt für den Fall der Entnahme von WG aus dem BV oder einer Betriebsaufgabe, dass für Zwecke der Ermittlung des Gewinns iSv. Abs. 2 nicht die historischen AK, sondern der nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 oder nach § 16 Abs. 3 ermittelten Wert anzusetzen ist (zu Einzelheiten s. § 6 Anm. 1197 ff. und § 16 Anm. 460 ff.). Damit wird sichergestellt, dass die bei Entnahme oder Betriebsaufgabe bereits versteuerte Wertzuwächse bei einer späteren Veräußerung im PV nicht nochmals versteuert werden. Vielmehr sollen lediglich die im PV entstandenen Werterhöhungen/-minderungen im Rahmen des § 20 besteuert werden.

11. An die Stelle der Anschaffungskosten tretende Werte bei Übertragung von Ansprüchen auf eine Versicherungsleistung (Abs. 4 Satz 4)

572

Bei Übertragung von Ansprüchen auf eine Versicherungsleistung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 6) ist die Summe der auf den Vertrag entrichteten Beiträge als AK anzusetzen (Abs. 4 Satz 4 Halbs. 1). Wird die Versicherung entgeltlich erworben, setzen sich die AK aus der Summe der Aufwendungen des Erwerbers (und späteren

Zweitveräußerers) für den Erwerb der Ansprüche und den von ihm sodann während seiner Besitzzeit geleisteten Folgebeiträgen zusammen (Abs. 4 Satz 4 Halbs. 2).

573 12. Gewinn/Verlust aus Termingeschäften (Abs. 4 Satz 5)

Ermittlung der steuerbaren Einnahmen: Abs. 4 Satz 5 entspricht der bisherigen Regelung für die Gewinnermittlung aus der Beendigung von Termingeschäften in § 23 Abs. 3 Satz 5 aF. Für die Ermittlung der stbaren Einnahmen aus einem Termingeschäft kann – anders als für die Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 2 Nr. 1 und 2, Nr. 4 bis 8 grds. nicht auf einen Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang abgestellt werden. Deshalb bedurfte es auch für diese Fälle einer besonderen Regelung zur Ermittlung der maßgebenden Bemessungsgrundlage. Dazu bestimmt Satz 5, dass der Gewinn oder Verlust aus einem Termingeschäft der Differenzausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzgl. der in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehenden Aufwendungen ist. Bei diesen Aufwendungen handelt es sich der Sache nach um WK, die nach der Grundregel des Abs. 9 Satz 1 nicht abziehbar sind. Abs. 4 Satz 5 erfasst dagegen nicht die Veräußerung des Termingeschäfts selbst. Der Gewinn oder Verlust des unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b fallenden Sachverhalts ist nach den Regeln des Abs. 4 Satz 1 zu ermitteln.

Einzelfälle:

► *Optionsprämien:* Eine bei Erwerb eines Optionsrechts an den Optionsgeber geleisteten Optionsprämie steht mit dem Abschluss des Termingeschäfts in unmittelbarem wirtschaftlichen und damit sachlichen Zusammenhang, so dass sie ebenfalls als Abzugsposition zu berücksichtigen ist. Ist die Option zB auf den Erwerb bestimmter Aktien gerichtet, so setzt der Optionsnehmer zur Erlangung der Aktien sein Optionsrecht ein, indem er es ausübt und mit der Ausübung das Optionsrecht selbst erlischt. Die damit eintretende Vermögensminderung ist Voraussetzung für die Erlangung des Vorteils in Gestalt der Aktienlieferung. Dem steht uE nicht entgegen, dass die Optionsprämie zugleich zu den AK des Optionsrechts gehört, denn der Gesetzgeber hat in Abs. 4 Satz 5 lediglich die entgegen der Regelung in Abs. 9 Satz 1 abziehbaren Aufwendungen (WK) geregelt. Eine Bestimmung der AK des zugrunde liegenden Rechts fehlt zwar. Abweichend von der Grundregel des Abs. 4 Satz 1 sind etwaige AK bei Gewinnen oder Verlusten aus Termingeschäften jedoch für die Besteuerung nicht von Bedeutung, s. auch Anm. 476.

► *Differenzausgleich bei EUREX-Geschäften:* Der stbare Differenzausgleich bei Geschäften an der EUREX setzt sich aus der Differenz der Summe aller während der Laufzeit des Geschäfts empfangenen und geleisteten Zahlungen im Zeitpunkt der Fälligkeit des Differenzausgleichs zusammen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 36 ff.).

► *Einnahmen bei Glattstellung:* Wird ein Ausgangsgeschäft an der Terminbörse (EUREX) durch Abschluss eines Gegengeschäfts glattgestellt (Schuldauhebungs- und Verrechnungsabrede), ergibt sich der Gewinn oder Verlust ebenfalls aus der Differenz der Summen aller während der Laufzeit des Geschäfts empfangenen und geleisteten Zahlungen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 24). Für die Gewinnermittlung ist allerdings nicht Abs. 4 Satz 5, sondern

Abs. 4 Satz 1 einschlägig, da die Glattstellung wirtschaftlich einer Veräußerung des Optionsrechts iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b entspricht (s. Anm. 486).

Gewinn/Verlust aus der Einlösung (Rückzahlung) von Zertifikaten: Die mit der Einlösung (Rückzahlung) von als Zertifikat ausgestalteten Schuldverschreibungen erlangten Einnahmen erfüllen den Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2. Zertifikate sind keine Termingeschäfte iSd. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a und Abs. 4 Satz 5 (s. Anm. 472). Gewinn aus der Rückzahlung ist nach Abs. 4 Satz 1 die Differenz zwischen dem mit der Einlösung empfangenen Geldbetrag oder dem Wert der als Rückzahlung gelieferten Basiswerte und den AK zuzüglich der Transaktionskosten der Anschaffung (Bankgebühren, Maklercourtage u.Ä.) abzgl. der in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit der Rückzahlung stehenden Aufwendungen (WK).

Berücksichtigung geldwerter Vorteile bei der Einkünfteermittlung: ArbN erhalten vom ArbG häufig anstelle des oder neben dem Arbeitsentgelt Optionsrechte auf Aktien des Unternehmens zu einem unter dem Marktpreis liegenden Kurs übertragen. Übt ein ArbN sein Optionsrecht später aus oder veräußert er das Recht, ist fraglich, ob bei der Bestimmung der AK der im nicht marktgerechten Erwerbspreis liegende Vorteil zu berücksichtigen ist. Für die AK der erworbenen Aktien wird das von der FinVerw. bejaht (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 87). Der geldwerte Vorteil muss aber uE auch bei der Ermittlung des Gewinns iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a berücksichtigt werden. Ebenso ist er uE bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b als AK zu berücksichtigen. Der geldwerte Vorteil fließt einem ArbN bei Veräußerung oder Ausübung des Optionsrecht zu und ist als Einnahme iSd. § 19 stl. zu erfassen (BFH v. 10.3.1972 – VI R 278/68, BStBl. II 1972, 596; v. 3.7.1999 – VI B 116/99, BStBl. II 1999, 684). Wird der geldwerte Vorteil bei der Ermittlung des Gewinns/Verlust im Fall einer Ausübung oder Veräußerung nicht berücksichtigt, kommt es zu einer Doppelbesteuerung: als Arbeitslohn nach § 19 und als Einnahmen aus der Veräußerung iSd. Abs. 2 Satz 1 iVm. Abs. 4 Satz 1 oder 5, wenn von den tatsächlichen (niedrigeren) AK des Rechts ausgegangen wird.

Beispiel: Ein ArbN erhält 2009 von seinem ArbG Optionsrechte im Wert von 1 000 € zum Preis von 500 €. Die Rechte veräußert er 2010 zum Kurswert von 1 200 €. Ohne Berücksichtigung des geldwerten (stbaren) Vorteils von 500 € (§ 19) ergibt sich ein Veräußerungsgewinn von 700 €, in dem der Vorteil von 500 € enthalten ist. Werden die tatsächlichen AK von 500 € bei Ermittlung des Veräußerungsgewinns um den geldwerten Vorteil von 500 € erhöht, ergeben sich AK von 1 000 € und damit ein Veräußerungsgewinn von lediglich 200 €.

Nach BMF v. 9.10.2012 (BStBl. I 2012, 953 – Tz. 87) ist der geldwerte Vorteil den AK hinzuzurechnen, unabhängig davon, ob er tatsächlich der Besteuerung unterliegt oder wegen des Freibetrags in § 8 Abs. 3 Satz 2 stfrei bleibt.

13. Zurechnung der Anschaffungskosten durch den Rechtsvorgänger bei Einzelrechtsnachfolge bei unentgeltlichem Erwerb (Abs. 4 Satz 6) 574

Werden Kapitalanlagen iSd. Abs. 2 unentgeltlich im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf einen Dritten übertragen, hat der Dritte keine Aufwendungen. Für diesen Fall bestimmt Satz 6, dass dem Dritten die Aufwendungen des Rechtsvorgängers bei der Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung oder gleichgestellter Vorgänge zuzurechnen sind. Die Regelung entspricht dem bisherigen § 23 Abs. 1 Satz 3 aF; s. § 23 Anm. 230–233.

575 14. FiFo-Verfahren (Abs. 4 Satz 7)

Wertpapiere in Sammelverwahrung: Die Vorschrift schreibt für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Wertpapieren, die sich in der Sammelverwahrung befinden, die sog. FiFo-Methode (*first-in-first-out*) vor. Die Regelung entspricht der mit dem EURLUMsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310) in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 aF eingeführten FiFo-Methode (BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034). Bei der Girosammelverwahrung (§§ 5 ff. DepotG) erwirbt der Wertpapierinhaber lediglich Bruchteilseigentum an allen Wertpapieren einer Art, die gemeinsam im Girosammeldepot verwahrt werden. Bei der Streifbandverwahrung bleibt der Wertpapierinhaber Eigentümer der von ihm erworbenen Wertpapiere. Allerdings werden alle Wertpapiere, die ein Depotinhaber zur Sonderverwahrung bestimmt hat, mit einem einzigen Streifband umgeben. Sie werden also regelmäßig nicht nach dem Anschaffungsdatum getrennt verwahrt. Werden Wertpapiere in einem Depot bei einem Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut verwahrt und wurden mehrere Wertpapiere derselben Art zu unterschiedlichen Zeitpunkten angeschafft, lässt sich bei einer teilweisen Veräußerung des Bestands dieser Wertpapier nicht feststellen, wann und mit welchen AK die veräußerten Wertpapiere angeschafft wurden.

Wertpapiere in Streifbandverwahrung: Abs. 4 Satz 6 ist auch auf Wertpapiere anwendbar, die sich in einer Streifbandverwahrung befinden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 99).

Unterdepots: Als Depot iSd. Abs. 4 Satz 6 wird auch ein Unterdepot angesehen, wenn das Unterdepot mit einer laufenden Unterdepotnummer versehen ist und der Bankkunde dadurch die Zuordnung der einzelnen Wertpapiere zum jeweiligen Depot bestimmen kann.

Verbrauchsfolge: Satz 7 sieht verbindlich die FiFo-Methode vor. Dieses Verfahren besagt, dass jeweils die zuerst angeschafften Wertpapiere als zuerst veräußert gelten. Die bis 2004 vom BFH favorisierte Durchschnittsmethode (BFH v. 24.11.1993 – X R 49/90, BStBl. II 1994, 591; v. 5.5.1994 – X R 157/90, BFH/NV 1995, 195) ist damit auch im Rahmen des § 20 obsolet. Die FiFo-Methode ist einfach zu handhaben und erleichtert es den Kreditinstituten, den für den Abzug der KapErtrSt maßgeblichen Veräußerungsgewinn zu ermitteln.

Beispiel 1: A kauft am 30.11.09 100 Aktien zum Kurswert von 50 € je Aktie und lässt sie sammelverwahren. Am 31.1.10 kauft er weitere 100 Aktien desselben Unternehmens zum Kurs von 60 € je Aktie und am 31.3.10 weitere 100 Stück zu 70 €. Am 31.12.10 verkauft er 150 Aktien zum Kurs von 80 € je Aktie. Da fingiert wird, dass die zuerst gekauften Aktien zuerst veräußert werden, müssen 100 Aktien mit AK von 50 € und 50 Aktien mit AK von 60 € bei der Gewinnermittlung berücksichtigt werden. Der Gewinn ist also zu ermitteln:

Veräußerungserlös 150 × 80 €	12000 €
./. AK 100 × 50 €	./. 5000 €
./. AK 50 × 60 €	./. 3000 €
Veräußerungsgewinn	8500 €

Verbrauchsfolge über Depotgrenzen hinweg: Die FiFo-Methode findet nur insoweit Anwendung, als sich die Wertpapiere gleicher Gattung in einem Depot (Haupt- oder Unterdepot) befinden. Sie kommt über (Unter-)Depotgrenzen hinweg nicht zur Anwendung (vgl. BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 97). Damit ist sichergestellt, dass Haupt- und Zweitdepots zur Trennung von Wertpapieren, die bei Einführung der abgeltenden KapErtrSt den Bestandsschutz-

regeln unterliegen (Alt-Wertpapiere), unabhängig von nach dem 31.12.2008 angeschafften Wertpapieren besteuert werden können. Die Anwendung der FiFo-Methode ist in diesen Fällen sachlich auch nicht geboten, weil der Stpfl. selbst entscheiden kann, aus welchem (Unter-)Depot er Wertpapiere veräußert und damit die AK eindeutig zugeordnet werden können.

Beispiel 2: Der Stpfl. hat Aktien der X-AG zu unterschiedlichen Zeitpunkten für sein Hauptdepot angeschafft. Zugleich hat er X-Aktien in einem Unterdepot. Bei der Veräußerung von X-Aktien aus dem Hauptdepot ist die Verbrauchreihenfolge nur für dieses Depot zu bestimmen. Die Aktien aus dem Unterdepot bleiben unberücksichtigt. Das Gleiche gilt für mehrere Hauptdepots des Stpfl.

Einstweilen frei.

576–579

**G. Erläuterungen zu Abs. 4a:
Sonderregeln zur Ermittlung des Veräußerungs-
gewinns bei Kapitalmaßnahmen, Andienungsvorgän-
gen, Bezugsrechtsveräußerung und damit zusammen-
hängenden Regelungen**

Schrifttum: HAHNE/KRAUSE, Geplante Änderungen bei der Abgeltungsteuer im Jahressteuergesetz 2009 und Auswirkungen auf die Steuerplanung, DStR 2008, 1724; HAI SCH, Umwandlung, Abgeltungsteuer und Teileinkünfteverfahren, Ubg 2009, 96; MELICKE, Die Neuregelung der Besteuerung des Bezugsrechts, DB 2009, 476; NACKE, Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2009 (Teil 1), StuB 2009, 55; STEINLEIN, Abgeltungsteuer und Kapitalmaßnahmen: Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2009, DStR 2009, 509; BRON/SEIDEL, Die Besteuerung von Kapitalmaßnahmen (§ 20 Abs. 4a EStG) nach dem JStG 2010, BB 2010, 2599; HARITZ, Abgeltungsteuer und Umwandlungssteuergesetz, FR 2010, 589; BENECKE/SCHNITGER, Die steuerliche Behandlung nicht wesentlich beteiligter Anteilseigner bei Umwandlungen: Ein Diskussionsbeitrag, Ubg 2011, 1; BEINERT, Auswirkungen von Umwandlungsvorgängen auf Kleingesellschafter nach dem UmwSt-Erlass 2011, GmbHR 2012, 291; HAI SCH/HELIOS, AmtshilfeRLUMsG: Änderungen im Finanzierungsbereich, DB 2013, 1444; BRON, Aktuelle Entwicklung im Rahmen von Kapitalmaßnahmen (§ 20 Abs. 4a EStG) – Gesetzliche Änderung durch das AmtshilfeRLUMsG und erste Rechtsprechung, DStR 2014, 353.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953, betr. Einzelfragen zur Abgeltungsteuer; BMF v. 15.8.2008, StEK EStG § 32d Nr. 6, betr. weitere Anwendungs- und Zweifelsfragen zur Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009; BMF v. 25.10.2004, DStR 2004, 2009, betr. Zweifelsfragen bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG; OFD Hannover v. 5.1.2007, DB 2007, 491.

I. Überblick zu Abs. 4a

580

Regelungsinhalt: Die mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) eingeführte und mit dem JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) und dem AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) geänderte Vorschrift ist eine Reaktion auf diverse Eingaben der Kreditwirtschaft. Sie soll die Regelungen zur Ermittlung des Gewinns bei Veräußerung von Kapitalanlagen in Abs. 4 nachbessern und vereinfachen. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, mit der Einführung einer abgeltenden KapErtrSt auf private Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne ua. die StErhebung für den Stpfl., für die FinVerw., aber auch für die zum

StEinbehalt verpflichteten Stellen zu vereinfachen. Die Vielfalt der zu Kapitalinkünften führenden Sachverhalte macht es daher notwendig, den StAbzug im Massenverfahren für die Kreditinstitute möglichst praktikabel und wenig fehleranfällig auszugestalten. Dazu regelt Abs. 4a in Ergänzung des Abs. 4 in

- ▶ *Satz 1*, dass bei bestimmten Kapitalmaßnahmen die erhaltenen Kapitalanteile an die Stelle der abgegebenen Anteile treten und der Gewinn aus einer nachfolgenden Weiterveräußerung der empfangenen Anteile wie ein Gewinn aus der Veräußerung der abgegebenen Anteile nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 vorzunehmen ist;
- ▶ *Satz 2*, dass das neben den in Satz 1 beschriebenen Kapitalmaßnahmen gezahlte Entgelte (sog. Barkomponente) im Zeitpunkt der Zahlung als Kapitalertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1 zu besteuern ist;
- ▶ *Satz 3*, dass ein Gewinn aus der Ausübung von Lieferoptionen zB bei Aktien- und Umtauschanleihen sowie Wandelanleihen im Zeitpunkt der Andienung der Basiswerte als steuerneutral zu behandeln ist;
- ▶ *Satz 4* eine Fiktion der AK von Bezugsrechten, die grds. mit 0 € anzunehmen sind, weil die den StAbzug vornehmenden Institute im Massenverfahren keine Bewertung der Bezugsrechte vornehmen können und es deshalb vermehrt zu Veranlagungsfällen kommen würde;
- ▶ *Satz 5*, dass der Ertrag und die AK bei einer Zuteilung von Anteilen, für die der Stpfl. keine Gegenleistung erbringt, mit 0 € zu erfolgen hat, wodurch kein abzugspflichtiger Kapitalertrag entsteht;
- ▶ *Satz 6*, den stl. relevanten Zeitpunkt einer Kapitalmaßnahme, um den abzugspflichtigen Instituten den StEinbehalt zu erleichtern und in
- ▶ *Satz 7*, dass die Sätze 1 und 2 (und nicht Satz 5) im Fall des Vermögensübergangs von einer Körperschaft auf eine andere durch Abspaltung entsprechend gelten.

Rechtsfolge dieser unterschiedlichen Einzelfallregelungen ist, dass in Abweichung von Abs. 2 Satz 1 und §§ 13, 15 UmwStG keine zeitgerechte Besteuerung des durch die Kapitalmaßnahme entstandenen Gewinns eintritt. Die Besteuerung wird vielmehr auf einen späteren Zeitpunkt, den der nachfolgenden Weiterveräußerung der empfangenen Anteile, verschoben. Es handelt sich dabei um eine materiell-rechtl. Vorschrift, die auch im Rahmen der Veranlagung (§ 32d Abs. 3, 4, 6) zu beachten ist (BEINERT, GmbHR 2012, 291 [292]).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Einkünfte aus anderen Einkunftsarten:* Abs. 4a gilt nicht in Fällen, in denen die Einkünfte aus Kapitalvermögen anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind (vgl. Abs. 8 Satz 2). Dies betrifft insbes. Anteile, die in einem BV gehalten werden, sowie Anteile iSv. § 17.
- ▶ *Verhältnis zur Kapitalertragsteuer:* Die Vorschriften in Abs. 4a zielen in erster Linie darauf ab, den KapErtrStAbzug zu vereinfachen. Gleichwohl ist Abs. 4a auch auf Fälle anzuwenden, in denen die betreffenden WG nicht girosammelverwahrt oder auch nicht verwahrfähig sind (zB die in Satz 4 ausdrückl. erwähnten Bezugsrechte auf GmbH-Anteile; s. aber Anm. 586). Im Übrigen stellt § 43a Abs. 2 Satz 2 klar, dass Abs. 4a auch im Rahmen des KapErtrStAbzugs anzuwenden ist.
- ▶ *Verhältnis zum UmwStG:* Abs. 4a verdrängt in seinem Anwendungsbereich die Vorschriften des UmwStG. Zwar betrifft das UmwStG überwiegend Fragen der Bewertung von BV bzw. Fälle des § 17, die ohnehin nicht von Abs. 4a erfasst

werden. Gleichwohl wären insbes. die §§ 13, 21 UmwStG an sich auch auf Anteile im PV bei Beteiligung von weniger als 1 % anwendbar. In diesen Fällen geht Abs. 4a vor (vgl. BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 13.01, 21.02).

II. Austausch von Anteilen bei bestimmten Kapitalmaßnahmen (Abs. 4a Satz 1)

1. Vorbemerkung

581

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift betrifft eine ganze Reihe unterschiedlicher gesellschaftsrechtl. und wertpapierrechtl. Sachverhalte, die allesamt Auswirkungen auf den Anteilsbestand des privaten Kapitalanlegers haben können und durch die sich – nach Einführung der Abgeltungsteuer – stbar positive oder negative Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 2 – bis 2008 iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF – ergeben können.

Rechtsentwicklung: In seiner ursprünglichen Fassung (JStG 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) sollten nur Tauschvorgänge mit Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen erfasst werden, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben. Der Gesetzgeber sah namentlich bei Auslandssachverhalten Probleme, dass die Kreditinstitute den Veräußerungszeitpunkt und -preis zutreffend bestimmen können (amtliche Begründung, BTDrucks. 16/10189, 50). Für Inlands-sachverhalte wurde in § 43 Abs. 1a (idF des JStG 2009) eine Steuerneutralität nur für Zwecke des KapErtrStAbzugs fingiert. Damit stellte sich aber das Problem, dass materiell-rechtl. gleichwohl eine Realisation möglich gewesen wäre, was der Stpfl. im Rahmen der Veranlagung (§ 32d Abs. 3) hätte erklären müssen. Um dies zu vermeiden, wurde Satz 1 durch das JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) entsprechend geändert (vgl. amtliche Begründung, BTDrucks. 17/2249, 53) und erfasst nunmehr auch Inlands-sachverhalte.

2. Tatbestandsvoraussetzungen von Abs. 4a Satz 1

582

Körperschaft, Personenvereinigung, Vermögensmasse: Abs. 4a Satz 1 erfasst Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSv. § 1 Abs. 1 KStG (vgl. BENECKE/SCHNITGER, Ubg 2011, 1 [4], zu Umwandlung in/auf PersGes.). Unerheblich ist es dabei, wo diese Sitz (§ 11 AO) oder Geschäftsleitung (§ 10 AO) haben, dh., es werden sowohl in- als auch ausländ. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen erfasst. Ob ein ausländ. Rechtsgebilde als Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung iSd. Abs. 4a Satz 1 einzustufen ist, bestimmt sich anhand eines Rechtstypenvergleichs; zu Einzelheiten s. § 1 KStG Anm. 20–28. Abs. 4a Satz 1 ist nicht auf die Verschmelzung von Investmentfonds anwendbar. Insoweit sind §§ 14, 17a InvStG vorrangig (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 100; differenzierend BEINERT, GmbHR 2012, 291 [293]).

Anteilstausch auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage: Der Anteilstausch muss nach Satz 1 von den beteiligten Unternehmen aufgrund gesellschaftsrechtl. Maßnahmen ausgehen.

► *Erfasste Maßnahmen*: Erfasst werden grds. nur Tauschvorgänge. Es genügt allerdings, wenn es sich dabei um Vorgänge handelt, bei denen für stl. Zwecke ein Tausch fingiert wird. In jedem Fall liegt aber dem Grunde nach ein Vorgang iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 vor (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 5; BENECKE/SCHNITGER, Ubg 2011, 1 [9]; aA BEINERT, GmbHR 2012, 291 [293]). Ferner besteht keine Deckungsgleichheit zwischen Abs. 4a und Maßnahmen nach dem UmwG oder dem UmwStG. Tauschvorgänge können auch Maßnahmen sein, die nicht im UmwG oder UmwStG geregelt sind. Umgekehrt sind nicht sämtliche in diesen Gesetzen geregelte Maßnahmen erfasst, sondern nur diejenigen, bei denen übertragender und übernehmender Rechtsträger eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ist (vgl. auch HARITZ, FR 2010, 589). Erfasst werden daher:

- ▷ *Verschmelzungen* iSv. § 2 UmwG, § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwStG, sofern daran Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen als übertragende und übernehmende Rechtsträger beteiligt sind, und vergleichbare ausländ. Vorgänge. Es handelt sich dabei um die im Dritten Teil des UmwStG (§ 11 ff.) behandelten Vorgänge. Gesellschaftsrechtlich liegen nach wohl hM allerdings keine Tauschvorgänge vor. Vielmehr fingiert § 13 UmwStG für stl. Zwecke in diesen Fällen eine Veräußerung (SCHMITT in SCHMITT/HÖRSTAGL/STRATZ VI. § 13 UmwStG Rn. 5 mwN zum Streitstand). Es kommt uE allerdings nicht darauf an, ob die Bestimmungen des UmwStG auch anwendbar sind. Abs. 4a Satz 1 ist uE auch dann anwendbar, wenn die Bestimmungen des UmwStG wegen § 1 Abs. 2 UmwStG nicht anwendbar sind.
- ▷ *Einbringungen* von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen in andere Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen gegen Gewährung von Anteilen: Erfasst ist somit insbes. der Anteilstausch iSv. § 21 UmwStG (BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 21.02; v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 100; krit. HARITZ, FR 2010, 589 [591]). Abs. 4a Satz 1 ist uE aber weiter, weil er auch Fälle erfasst, in denen übertragender oder aufnehmender Rechtsträger Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen sind, bei denen es sich weder um KapGes. noch um Genossenschaften handelt.
- ▷ *Aufspaltungen* iSv. § 123 Abs. 1 UmwG und vergleichbare ausländ. Vorgänge: Nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 15.12; v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 100) fallen auch Aufspaltungen unter Abs. 4a Satz 1. Dem ist uE zuzustimmen (glA HARITZ, FR 2010, 589 [590]; BRON/SEIDEL, BB 2010, 2599 [2600]). Bei der Aufspaltung gehen die Anteile an den übertragenden Rechtsträger unter. Im Gegenzug erhalten die bisherigen Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers Anteile an den übernehmenden Rechtsträgern. Ebenso wie bei der Verschmelzung dürfte zivilrechtl. kein Tauschvorgang vorliegen. Da § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG auf § 13 UmwStG verweist, dürfte auch insoweit für stl. Zwecke eine Veräußerung fingiert werden, was für Abs. 4a Satz 1 ausreichend ist.
- ▷ *Abspaltungen* iSv. § 123 Abs. 2 UmwG und vergleichbare ausländ. Vorgänge fallen an sich nicht unter Abs. 4a Satz 1, weil die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers lediglich zusätzlich Anteile am übernehmenden Rechtsträger erhalten. Diese treten gleichsam „neben“ die Anteile an dem übertragenden Rechtsträger, so dass kein Tausch vorliegt (HARITZ, FR 2010, 589 [590]; BRON/SEIDEL, BB 2010, 2599 [2600]; BRON, DSrR 2014, 353 [354]; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 432; JOCHUM in KSM, § 20 Rn. 16). Die FinVerw. sah deshalb Abspaltungen als einen Fall des Abs. 4a Satz 5 an (BMF v. 11.11.2011,

BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 15.12; differenzierend für In- und Auslandsfall hingegen BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 101 ff.; s. auch Anm. 590). Mit der Einfügung von Abs. 4a Satz 7 durch das AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) sind ab VZ 2013 (vgl. § 52a Abs. 10 Satz 12) die Sätze 1 und 2 anstelle von Satz 5 auf Abspaltungen entsprechend anwendbar (zu Einzelheiten s. Anm. 592).

- ▷ *Ausgliederungen* iSv. § 123 Abs. 3 UmwG, allerdings nur, soweit es sich bei dem ausgegliederten Vermögen um Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen und vergleichbare ausländ. Vorgänge handelt. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 UmwStG ist insoweit der sechste bis achte Teil des UmwStG anzuwenden, dh. insbes. § 21 UmwStG. Gleichwohl sollte Abs. 4a uE ebenso wie bei Einbringungen auch solche Fälle erfassen, die von § 21 UmwStG nicht erfasst sind.
- ▷ *Ein Tausch aufgrund eines freiwilligen Übernahmeangebots* fällt in den Anwendungsbereich von Abs. 4a Satz 1 (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 100).
- ▶ *Nicht erfasst werden:*
- ▷ *Vermögensübertragungen* iSv. § 174 UmwG, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwStG, und zwar sowohl bei der Vollübertragung (§ 174 Abs. 1 UmwG) als auch bei der Teilübertragung (§ 174 Abs. 2 UmwG), weil die Gegenleistung in diesen Fällen gerade nicht in Anteilen besteht.
- ▷ *Formwechsel* iSv. § 123 UmwG, weil in diesen Fällen der Rechtsträger in anderer Rechtsform fortbesteht, es also ebenfalls nicht zu einem Anteilstausch kommt.
- ▷ *Tauschvorgänge auf freiwilliger privatrechtlicher Basis:* Privatrechtliche Tauschvorgänge, zB zwischen Privatanlegern, fallen nicht unter Satz 1. Der Tauschgewinn ist in diesen Fällen nach den allgemeinen Regeln der Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 stbar.

Kein Ausschluss und keine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts: Es handelt sich dabei um eine Anforderung, die ebenso bei den allgemeinen Entstrickungstatbeständen seit der umfassenden Regelung durch das SEStEG eingeführt wurde (zB § 4 Abs. 1 Satz 3, § 12 Abs. 1 KStG; vgl. auch §§ 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b, 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, 21 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 Nr. 1, 24 Abs. 2 Satz 2 UmwStG).

- ▶ *Gegenstand des Ausschlusses oder der Beschränkung* muss der Gewinn aus der späteren Veräußerung der erhaltenen Anteile sein (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 18).
- ▶ *Ein Ausschluss oder eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts* setzt zunächst voraus, dass überhaupt ein deutsches Besteuerungsrecht bestanden hat (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 432). Maßgeblich ist uE insoweit der Zeitpunkt der gesellschaftsrechtl. Wirksamkeit des Tauschs (ggf. modifiziert gem. Satz 6). Fällt das Besteuerungsrecht später unabhängig von dem Tauschvorgang weg, ist dies stl. unbeachtlich. Insbesondere führt dies nicht zu einem rückwirkenden Ansatz des gemeinen Werts o.Ä. Das bestehende deutsche Besteuerungsrecht muss wegfallen (idR aufgrund eines anwendbaren DBA) oder eingeschränkt sein. Eine Einschränkung liegt vor, wenn das deutsche Besteuerungsrecht zwar bestehen bleibt, aber nunmehr eine ausländ. Steuer anzurechnen ist.
- ▷ *Inbound-Fall:* Tauscht eine nicht in Deutschland ansässige Person Anteile an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse mit Sitz oder Geschäftsleitung in Deutschland gegen Anteile an einer anderen Kör-

- perschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, bestand in den meisten Fällen bereits an den veräußerten Anteilen kein deutsches Besteuerungsrecht, und zwar unabhängig davon, ob die nicht ansässige Person durch ein DBA geschützt ist. Eine beschränkte StPflcht besteht nur in den Fällen des § 17 (vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e). In diesen Fällen ist Abs. 4a aber ohnehin nicht anwendbar (s. Anm. 580). Es kommt daher insoweit nicht darauf an, wo die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung hat. Ein deutsches Besteuerungsrecht an den veräußerten Anteilen ist nur in den engen Ausnahmefällen des § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d Doppelbuchst. bb (anonymes Tafelgeschäft unter Einschaltung von Kreditinstituten) denkbar. Ist der Anteilseigner in diesem Fall DBA-geschützt, wäre das Besteuerungsrecht an den veräußerten Anteilen dann idR wegen Art. 13 Abs. 5 OECD-MA ausgeschlossen (vgl. aber zB Art. 13 Abs. 3 DBA-Tschechoslowakei). Nur bei nicht DBA-geschützten Anteilseignern oder im Sonderfall des Art. 13 Abs. 3 DBA-Tschechoslowakei wäre Abs. 4a Satz 1 beim anonymen Tafelgeschäft nicht anwendbar, wenn die Anteile in Anteile an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ohne Sitz und Geschäftsleitung in Deutschland eingetauscht werden.
- ▷ *Outbound-Fall*: Tauscht eine in Deutschland unbeschr. stpfl. Person Anteile an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse in Anteile an einer anderen Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, so besteht wegen des Welteinkommensprinzips unabhängig davon, wo sich Sitz oder Geschäftsleitung beider Körperschaften befinden, grds. ein deutsches Besteuerungsrecht. Dies gilt auch, wenn Anteile an einer in Deutschland ansässigen Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse in Anteile an einer in einem DBA-Staat ansässigen Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse getauscht werden. Wegen Art. 13 Abs. 5 OECD-MA besteht in diesen Fällen idR ein uneingeschränktes Besteuerungsrecht fort. Ausnahmen können sich ergeben, wenn es sich bei den erworbenen Anteilen um Anteile an sog. Immobiliengesellschaften (Art. 13 Abs. 4 OECD-MA) handelt, weil Deutschland in diesen Fällen die Doppelbesteuerung typischerweise durch Steueranrechnung vermeidet (vgl. REIMER in VOGEL/LEHNER V. Art. 13 OECD-MA Rn. 171, 174 mwN), so dass eine Einschränkung des deutschen Besteuerungsrechts vorliegt. Eine Einschränkung kann ferner vorliegen, wenn das einschlägige DBA abw. von Art. 13 OECD-MA ein Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates der Gesellschaft und/oder eine Anrechnung der ausländ. Steuer vorsieht (vgl. zB Art. 22 Abs. 2 Buchst. b(viii) DBA-Australien, s. ROSENTHAL in WASSERMAYER, Doppelbesteuerung, Art. 22 DBA-Australien Rn. 92 mwN). Ist die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, deren Anteile erworben werden, nicht in einem DBA-Staat ansässig, hängt eine Einschränkung des deutschen Besteuerungsrechts davon ab, ob der betreffende Staat auf Gewinne aus der Veräußerung der Anteile eine Steuer erhebt, die nach § 34c anrechenbar ist.
 - ▷ *Für den Abzug der Kapitalertragsteuer* dürfen die Kreditinstitute davon ausgehen, dass das Besteuerungsrecht Deutschlands hinsichtlich der erlangten Anteile nicht beschr. oder ausgeschlossen ist (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 102). Ist dies tatsächlich nicht der Fall, muss der Stpfl. den Anteilstausch im Rahmen der Veranlagung (§ 32d Abs. 3) erklären.
 - *Vorrang der Fusionsrichtlinie*: Auf einen Ausschluss oder eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts kommt es nicht an, soweit die sog. FRL (RL 90/434/EWG) anwendbar ist. Dies betrifft namentlich den Fall des Art. 13

Abs. 3 DBA-Tschechoslowakei, wonach im Fall des Tauschs in Anteile an einer tschechischen KapGes. das deutsche Besteuerungsrecht beschr. würde, weil Deutschland insoweit die tschechische Steuer gem. Art. 23 Abs. 1 Buchst. b Nr. 3 DBA-Tschechoslowakei anrechnen müsste. Da in diesem Fall die FRL anwendbar ist, ist auch Abs. 4a Satz 1 anzuwenden (STEINLEIN, DStR 2009, 509 [510]). Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum dies nach dem Gesetzeswortlaut nur im Fall der Verschmelzung gelten soll. In richtlinienkonformer Auslegung sollten uE auch die übrigen von der FRL erfassten Vorgänge unter Abs. 4a Satz 1 fallen (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 22).

Kein Anwendungsfall von § 12 Abs. 2 KStG? In der amtlichen Begründung zum JStG 2009 findet sich die Aussage, dass Abs. 4a Satz 1 in den Fällen von § 12 Abs. 2 KStG keine Anwendung finden solle. In diesen Fällen sei die StFreiheit beim Anteilseigner bereits nach § 12 Abs. 2 Satz 2 KStG iVm. § 13 UmwStG gewährleistet (vgl. BTDrucks. 16/10189, 50). Diese Einschränkung ist uE im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gekommen und auch nicht erforderlich. Abs. 4a Satz 1 verdrängt uE vielmehr in seinem Anwendungsbereich § 12 Abs. 2 KStG (glA HARITZ, FR 2010, 589 [590]; BEINERT, GmbHR 2012, 291 [294] mwN; aA wohl JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 28).

3. Rechtsfolgen von Abs. 4a Satz 1

583

Fußstapfentheorie: Als Rechtsfolge bestimmt Abs. 4a Satz 1, dass die erhaltenen Anteile rechtl. an die Stelle der hingegebenen Anteile treten (sog. Fußstapfentheorie). Die erhaltenen Anteile „erben“ so den stl. Status der hingegebenen Anteile (STEINLEIN, DStR 2009, 509). Daraus ergeben sich folgende Besonderheiten:

▶ *Anschaffungskosten:* Die AK der hingegebenen Anteile werden in den neuen Anteilen fortgeführt (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 100). Ergibt sich bei einer Spaltung die Notwendigkeit, die AK der alten Anteile auf mehrere neue Anteile aufzuteilen ist grds. auf das Umtauschverhältnis gem. dem umwandlungsrechtl. Spaltungs- oder Übernahmevertrag oder Spaltungsplan abzustellen. Wenn dieses Verhältnis, insbes. bei ausländ. Maßnahmen, nicht bekannt ist, ist das rechnerische Umtauschverhältnis oder das Splittingverhältnis maßgebend (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 101).

▶ *Kein Veräußerungsgeschäft:* Der Tausch iSd. Abs. 4a Satz 1 stellt stl. kein Veräußerungsgeschäft dar (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 100). Die Kapitalmaßnahme wirkt sich beim Anteilsinhaber vielmehr steuerneutral aus. Eine Besteuerung findet im Durchführungszeitpunkt nicht statt. Die Besteuerung eines durch die Kapitalmaßnahme tatsächlich entstandenen Gewinns wird vielmehr bei einer späteren Veräußerung der Anteile nachgeholt, was letztlich einem Steueraufschub entspricht.

Beispiel: Privatanleger A erwirbt 2009 100 Aktien der X-AG zu einem Preis von 10 € je Aktie. Im Jahr 2010 wird die X-AG von der Y-AG übernommen. Die Aktionäre der X-AG erhalten für je 10 Aktien der X-AG eine Aktie der Y-AG, die im Tauschzeitpunkt mit 120 € je Aktie notiert ist. Die AK der 10 Y-Aktien (100 €) entsprechen den AK der 100 X-Aktien (100 €). A veräußert die 10 erhaltenen Aktien der Y-AG im Jahr 2011 zum Preis von 150 € je Aktie. Der Veräußerungsgewinn ermittelt sich (ohne Berücksichtigung der Veräußerungskosten) mit $1500 \text{ €} \cdot 1000 \text{ €} = 500 \text{ €}$.

▶ *Kein Kapitalertragsteuerabzug:* Mangels Veräußerung ist auch kein KapErtrStAbzug vorzunehmen. Da beim Anteilstausch idR keine Zahlungsvorgänge stattfinden, müssen die Kreditinstitute somit keine KapErtrSt beim Anteilsinhaber

anfordern. Die mit dem UntStRefG 2008 und dem JStG 2009 für Inlandssachverhalte eingeführten Sonderregelungen in § 43 Abs. 1 Satz 7 aF bzw. § 43 Abs. 1a aF sind aufgrund der Änderungen durch das JStG 2010 obsolet und deshalb gestrichen geworden (krit. BRON/SEIDEL, BB 2010, 2599 [2601 f.]).

► *Behandlung der Transaktionskosten:* Da im Zeitpunkt der Durchführung der Kapitalmaßnahme keine Veräußerung vorliegt, können evtl. anfallende Transaktionskosten (Umbuchungsgebühren uÄ), mit denen der Stpfl. belastet wird, nicht berücksichtigt werden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 100). Findet die Weiterveräußerung erst in einem späteren VZ statt, sind die mit dem Tauschvorgang verbundenen Transaktionskosten stl. grds. verloren und dürfen uE – wegen des Abflussprinzips aus § 11 Abs. 2 – bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nicht abgezogen werden (glA STEINLEIN, DStR 2009, 509 [511]), es sei denn, die FinVerw. ließe die Transaktionskosten als nachträgliche AK der getauschten Anteile zu (bejahend BRON, DStR 2014, 353 [356]). Eine Regelung dazu fehlt bisher.

Beispiel: Anleger A tauscht seine Aktien der X-AG mit einem Wert von 100 € gegen Anteile der Y-AG im Wert von 120 €. Die Bank berechnet für die Umbuchung im Depot 10 €. Anschließend veräußert A die neuen Aktien für 150 €, wobei Transaktionskosten von 15 € entstehen. Der Veräußerungsgewinn errechnet sich:

Veräußerungserlös	150 €
./. Anschaffungskosten	120 €
./. Transaktionskosten	<u>15 €</u>
Gewinn	15 €

Unter Berücksichtigung der Umbuchungskosten von 10 € ergäbe sich lediglich ein Gewinn von 5 €.

► *Anteilstausch im Übergang zur Abgeltungsteuer:* Sind die hingegebenen Anteile noch vor dem 1.1.2009 angeschafft, gehören sie zu den sog. Altanteilen, die noch dem bis 31.12.2008 geltenden § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF unterfallen (§ 52a Abs. 10 Satz 1). Die Regeln über die Besteuerung des Veräußerungsgewinns aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 sind noch nicht anzuwenden. Treten nun die erhaltenen Anteile an die Stelle der hingegebenen Anteile, gehören die neuen Anteile ebenso zum Altbestand, dh. werden sie außerhalb der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 weiterveräußert, ist der daraus entstehende Gewinn nicht stbar. Abs. 4a Satz 1 Halbs. 2 ist ebenfalls nicht anwendbar. Sind sowohl Altanteile als auch Neu-Anteile vorhanden und werden nicht sämtliche Anteile getauscht, kommt uE die FiFo-Methode (vgl. Abs. 4 Satz 7) zur Anwendung.

► *Keine Anwendung von §§ 13, 21 UmwStG:* Abs. 4a Satz 1 verdrängt in seinem Anwendungsbereich §§ 13, 21 UmwStG (glA BEINERT, GmbHR 2012, 291; HARITZ, FR 2010, 589 [590]; BRON/SEIDEL, BB 2010, 2599 [2601]). Dies bedeutet insbes., dass der gemeine Wert nicht anzusetzen ist (abweichend von § 13 Abs. 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Satz 1 UmwStG). Ferner sind die besonderen Voraussetzungen für die Buchwertverknüpfung in § 13 Abs. 2 und § 21 Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 2 Satz 1 sowie Abs. 2 Satz 2 ff. UmwStG im Rahmen von Abs. 4a Satz 1 nicht zu beachten (glA BEINERT, GmbHR 2012, 291 [293]; vgl. auch HARITZ, FR 2010, 589 [592], betr. Erfordernis des qualifizierten Anteilstauschs). Im Rahmen von Abs. 4a Satz 1 erfolgt uE deshalb auch keine rückwirkende Besteuerung des Einbringungsgewinns II (§ 22 Abs. 2 UmwStG; glA BEINERT, GmbHR 2012, 291 [294]; aÄ möglicherweise BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 22.12). Über den Wortlaut von Abs. 4a Satz 1 hinaus muss uE auch § 15 UmwStG verdrängt werden. Da Abspaltungen in den An-

wendungsbereich von Abs. 4a Satz 1 fallen, muss die Steuerneutralität auch dann gewahrt sein, wenn das Teilbetriebserfordernis des § 15 Abs. 1 Satz 2 UmwStG nicht erfüllt ist (glA BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 15.12).

Nachgelagerte Besteuerung bei Weiterveräußerung: Liegen die Voraussetzungen des Abs. 4a Satz 1 Halbs. 2 vor, wird die Besteuerung des Tauschgewinns vom Zeitpunkt der Ausbuchung der abgebenden Anteile auf den Zeitpunkt einer späteren erfolgten Veräußerung der empfangenen Anteile verschoben. Dazu bestimmt Abs. 4a Satz 1 Halbs. 2, dass der Gewinn aus einer Weiterveräußerung der erworbenen Anteile wie eine Veräußerung der abgegebenen Anteile zu besteuern ist.

▶ *Keine Anwendbarkeit von Doppelbesteuerungsabkommen:* Bei der Besteuerung des Veräußerungsgewinns sind etwa entgegenstehende Bestimmungen eines DBA nicht anzuwenden. Dies kann sich nur auf Fälle beziehen, in denen das deutsche Besteuerungsrecht erst nach dem für Abs. 4a Satz 1 relevanten Zeitpunkt aufgrund eines DBA, nicht aber aus anderen Gründen wegfällt. Dieser Einschränkung kommt uE nur in seltenen Ausnahmefällen Bedeutung zu.

▷ *Wegzug:* Fälle, in denen der Stpfl. nach dem für Abs. 4a Satz 1 relevanten Zeitpunkt wegzieht, sind uE nicht von Abs. 4a Satz 1 Halbs. 2 erfasst. In diesen Fällen unterliegen die Veräußerungsgewinne idR bereits nicht der beschränkten Stpfl. Abs. 4a erfordert aber, dass dem Grunde nach ein deutsches Besteuerungsrecht bestehen muss. Auf ein etwa entgegenstehendes DBA kommt es daher in diesen Fällen nicht mehr an.

▷ *Wird das deutsche Besteuerungsrecht dadurch eingeschränkt,* dass mit dem Staat, in dem die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ansässig ist, deren Anteile eingetauscht wurden, nachträglich ein DBA abgeschlossen wird, dass für die Veräußerungsgewinne eine Steueranrechnung vorsieht, steht Abs. 4a Satz 1 Halbs. 2 einer Steueranrechnung uE nicht entgegen. Anderenfalls bestünde ein Wertungswiderspruch zu dem Fall, dass der betreffende Staat kein DBA abschließt, sondern nachträglich eine Steuer auf Veräußerungsgewinne einführt, die nach § 34c anrechenbar ist. Dieser Anrechnung steht Abs. 4a Satz 1 Halbs. 2 nicht entgegen.

▶ *Entsprechende Anwendbarkeit von § 15 Abs. 1a Satz 2:* Da es sich bei der nachgelagerten Veräußerung um eine Veräußerung iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 handelt, muss uE auch Abs. 2 Satz 2 anwendbar sein. Der Verweis auf § 15 Abs. 1a Satz 2 geht daher im Hinblick auf die verdeckte Einlage in eine KapGes. ins Leere. Besondere Bedeutung erlangt jedoch Gleichstellung der Auflösung mit einer Veräußerung, sofern man mit der FinVerw. (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 63) davon ausgeht, dass diese nicht von Abs. 2 Satz 2 erfasst ist (s. Anm. 531). Gemäß § 15 Abs. 1a Satz 2 einer Veräußerung gleichgestellte Ausschüttungen (Rückzahlungen) aus dem stl. Eigenlagenkonto der KapGes. sind zunächst erfolgsneutral mit den AK zu verrechnen. Ein stpfl. Veräußerungsgewinn entsteht erst, soweit diese Beträge die AK übersteigen (s. § 17 Anm. 325 zum insoweit gleichlautenden § 17 Abs. 4 Satz 1).

Einstweilen frei.

584

III. Besteuerung der Barkomponente (Abs. 4a Satz 2)

585

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift regelt die Besteuerung einer Zuzahlung bei Anteilstausch mit Baraufgabe. Erhält der Stpfl. neben neuen Anteilen

für seine eingetauschten Anteile noch eine Barzahlung, so stellt diese sog. Bar-Komponente in voller Höhe stbaren Kapitalertrag iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 Satz 2 dar (krit. BEINERT, GmbHR 2012, 291 [295 f.]).

Anteilstausch aus Altbestand und Zuzahlung im Übergang zur Abgeltungsteuer: Problematisch ist ein Anteilstausch von Anteilen aus einem Altbestand gegen Zuzahlung, wenn die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 für die vor dem 1.1.2009 erworbenen Anteile bereits abgelaufen ist.

Beispiel: Anleger A erwirbt im Juni 2008 Aktien der X-AG, die aufgrund gesellschaftsrechtl. Maßnahmen im August 2009 in Aktien der Y-AG getauscht werden. Neben den Aktien der Y-AG erhält A eine Barzahlung von 1000 €. Im Jahr 2010 veräußert er die Y-Aktien wieder mit Gewinn. Der beim Tausch entstehende Gewinn des A ist wegen Ablaufs der Jahresfrist nach dem bis 2008 geltenden Recht stfrei; ebenso der 2010 entstehende Veräußerungsgewinn (Fußstapfenprinzip). Fraglich ist die Besteuerung der Zuzahlung bei Zufluss. Die Zuzahlung ist uE keine Ausschüttung iSd. Abs. 1 Nr. 1, sondern Abfindung für die in seinen Altaktien steckenden stillen Reserven, die wegen des Ablaufs der Jahresfrist stfrei vereinnahmt werden kann (glA FG Düss. v. 11.12.2012 – 10 K 4059/10 E, EFG 2013, 520, nrkr., Az. BFH VIII R 10/13; FG München v. 6.6.2013 – 5 K 2416/12, EFG 2013, 1913, Az. BFH VIII R 42/13; glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 434).

586 IV. Anlieferung von Wertpapieren bei Ausübung von Rückzahlungsoptionen (Abs. 4a Satz 3)

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift enthält eine weitere mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) eingeführte Vereinfachungsregel zur Anwendung des Abs. 4 Satz 1 und dient wiederum der Erleichterung des StAbzugs durch die ausführenden Kreditinstitute. Abweichend von Abs. 4a Satz 1 sind hier keine Tauschvorgänge, sondern Einlösungsvorgänge (Rückzahlung) bei sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 (Schuldverschreibungen) betroffen. Da die Einlösung und Rückzahlung von sonstigen Kapitalforderungen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 einer Veräußerung der Forderung gleichgestellt ist, kann es bei der Endeinlösung in Form der Anlieferung von Wertpapieren zu stbaren Gewinnen oder stl. zu beachtenden Verlusten und in Folge der Einführung der abgeltenden KapErtrSt zum StAbzug durch die ausführenden Kreditinstitute kommen. Diese sollten im Zeitpunkt der Rückzahlung und Anlieferung der Wertpapiere vom StAbzug befreit werden, was mit Satz 3 durch eine Fiktion erreicht wird. Der Veräußerungsgewinn aus der Einlösung wird mit 0 € fingiert. Dieser Gewinn ergibt sich dadurch, dass der Veräußerungserlös und die AK der Wertpapiere aus den AK der Forderung fingiert werden.

Übernahme aus dem bisherigen Recht für Wandelanleihen: Mit Abs. 4a Satz 3 hat der Gesetzgeber zumindest im Ergebnis die strechtl. Situation, wie sie bereits vor Einführung der Abgeltungsteuer für Wandelanleihen bestand, übernommen. Vor Einführung der Abgeltungsteuer wurde die Wandlung bei Wandelanleihen iSv. § 221 AktG nicht als Veräußerung angesehen (vgl. BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 – Tz. 5 und 6), was insbes. Bedeutung für die Veräußerungsfrist in § 23 aF hatte. Nunmehr dürfte das Gesetz die Wandlung einer Wandelanleihe als Veräußerung ansehen (wohl entgegen der Zivilrechtslage), bei der aber fiktiv ein Veräußerungsgewinn von null erzielt wird (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 103).

Umfang der betroffenen Schuldverschreibungen: Abs. 4a Satz 3 erfasst die Rückzahlung von verbrieften oder unverbrieften Schuldverschreibungen, deren Emissionsbedingungen bei Fälligkeit entweder dem Gläubiger oder dem Emittenten ein Rückzahlungswahlrecht einräumen.

► *Schuldverschreibungen mit Inhabervahlrecht:* Dazu gehören in erster Linie die sog. Umtauschanleihen, die meist niedrig verzinst werden und die im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit dem Inhaber ein Wahlrecht dergestalt gewähren, dass er die Rückzahlung zum Nennwert oder die Lieferung einer im Voraus festgelegten Anzahl von Aktien eines bestimmten Unternehmens verlangen kann. Der Inhaber wird von diesem Wahlrecht Gebrauch machen, wenn im Fall der Aktienlieferung neben dem (niedrigen) Zinsertrag einen im Kurswert der Aktien enthaltenen zusätzlichen Ertrag erzielt werden kann.

Beispiel 1: Privatanleger A erwirbt 2009 eine Umtauschanleihe der X-Bank zum Wert von 1000 €. Am Ende der Laufzeit 2010 wählt er die Lieferung von Aktien der Y-AG zum Kurswert von 1200 €, die er 2011 zum Kurs von 2000 € wieder veräußert. Der Vorgang ist 2010 stl. nicht relevant. Die X-Bank wird bei Lieferung der Aktien keine KapErtrSt einbehalten, denn die AK der Aktien sind gleich den AK der Anleiheforderung. Erst im Jahr 2011 bei der Weiterveräußerung hat A den Veräußerungsgewinn von 2000 € ./ . 1000 € = 1000 € in Form des StAbzugs durch die ausführende Bank zu versteuern.

► *Schuldverschreibungen mit Emittentenvahlrecht:* Dazu gehören Aktienanleihen, die regelmäßig hoch verzinst werden und mit einem (Schuldner-)Emittentenvahlrecht ausgestattet sind. Der Schuldner der Kapitalrückzahlung (Emittent, idR ein Kreditinstitut) hat bei Eintritt bestimmter Bedingungen das Recht, statt des Nominalbetrags der Anleihe eine bestimmte Anzahl von Aktien eines im Voraus festgelegten Unternehmens zu liefern. Liefert der Schuldner die Aktien, macht zumindest der Ersterwerber der Kapitalforderung idR einen stl. relevanten Einlösungsverlust, während ein Zwischenerwerber je nach Einstiegskurs bei der Einlösung auch einen Gewinn erzielen kann.

Beispiel 2: Privatanleger B erwirbt 2009 als Ersterwerber eine Aktienanleihe der X-Bank zum Nominalwert von 1000 €. Am Ende der Laufzeit 2010 liefert die Bank statt der Kapitalrückzahlung Aktien der Y-AG zum Kurswert von 600 €. Im Jahr 2011 veräußert B die Aktien zum Preis von 700 €. Der Einlösungsverlust von 400 € ist 2010 stl. nicht relevant. Erst mit der Veräußerung im Jahr 2011 wird der eingetretene Verlust von 700 € ./ . 1000 € = 300 € stl. von der Bank im Rahmen der unterjährigen Verrechnung positiver und negativer Kapitalerträge berücksichtigt.

► *Vollrisikozertifikate mit Andienungsrecht:* Mit dem UntStRefG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630) wurde der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 7 auf Vollrisikozertifikate erweitert. Bei dieser Art von Schuldverschreibungen ist sowohl die Erzielung von Erträgen als auch die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals von einem ungewissen Ereignis, der Wertentwicklung des Basiswerts, anhängig. Deshalb fallen diese Zertifikate nunmehr unter Abs. 1 Nr. 7 und Gewinne aus der Veräußerung dieser Zertifikate unter Abs. 2 Satz 1 Nr. 7. Abs. 4a Satz 3 idF des UntStRefG 2008 sah vor, dass die Wertpapiere „anstelle der Rückzahlung des Nominalbetrags“ geliefert bzw. angedient würden. Aufgrund dessen ergaben sich Zweifel, ob Abs. 4a Satz 3 auch für Vollrisikozertifikate mit Andienungsrecht gelten würden, weil es bei diesen Schuldverschreibungen an einer Rückzahlung des Nominalbetrags fehlt. Der Gesetzgeber beseitigte diese Unsicherheit mit dem JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394), indem er den Begriff „Rückzahlung des Nominalbetrages“ durch „Zahlung eines Geldbetrages“ ersetzte.

► **Übergangsregelung:** Abs. 4a Satz 3 ist allerdings noch nicht anwendbar, sofern die Andienung vor dem 1.1.2010 erfolgt und das Zertifikat nach dem 14.3.2007 angeschafft wurde (§ 52a Abs. 10 Satz 11). Dies entspricht der bisherigen Auffassung der FinVerw. Sofern allerdings im Rahmen des KapErtrStVerfahrens die auszahlende Stelle abw. davon von einer Anwendung des Abs. 4a Satz 3 ausgegangen ist, sind die AK der Wertpapiere, soweit sie sich am 31.12.2009 im Depot des Kunden befanden, zu korrigieren (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 105).

GmbH: Wandelanleihen einer GmbH (vgl. § 55a GmbHG) oder Umtauschanleihen, die zum Bezug von GmbH-Anteilen berechtigen, dürften bei enger Interpretation des Wortlauts von Abs. 4a Satz 3 nicht erfasst sein, weil es sich bei GmbH-Anteilen nicht um Wertpapiere handelt (JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 33). Derartige Schuldverschreibungen sollten uE gleichwohl erfasst sein, weil auch in diesen Fällen die Bewertungsschwierigkeit besteht, die aufgrund von Abs. 4a vermieden werden soll.

Keine Anwendung auf Optionsanleihen: Abs. 4a Satz 3 ist auf Optionsanleihen nicht anwendbar. Diese Anleihen bestehen aus zwei WG, dem Stammrecht (Anleihe) und dem angehängten Optionsschein. Daraus ergeben sich keine der mit Abs. 4a zu vermeidenden Bewertungsschwierigkeiten (glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 35).

Keine Anwendung auf Lieferschuldverschreibungen: Satz 3 verlangt im Tatbestand ausdrücklich, dass sich das Andienungsrecht auf Wertpapiere bezieht. Unter Wertpapiere fallen regelmäßig Aktien oder Schuldverschreibungen, aber auch anleiheähnlich ausgestattete Genussscheine. Nicht von Satz 3 erfasst sind deshalb Rückzahlungsrechte, die sich auf eine Lieferung physischer WG wie Edelmetalle oder sonstige Rohstoffe beziehen. Gewährt der Emittent einer Schuldverschreibung dem Inhaber das Recht, die Rückzahlung der Schuldverschreibung ausschließlich in physischem Gold zu verlangen (Goldlieferschuldverschreibungen), ist Satz 3 uE nicht anwendbar. Gewinne oder Verluste aus solchen Anleihen sind deshalb im Zeitpunkt der Lieferung nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 stl. beachtlich. Gewinne unterliegen damit dem StAbzug durch das ausführende Kreditinstitut und dem Abgeltungssteuersatz von 25 %.

Rechtsfolgen des Abs. 4a Satz 3: Liegen die Voraussetzungen des Satz 3 vor, wird die Gewinnermittlungsregel des Abs. 4 Satz 2 (Veräußerungserlös minus AK minus Veräußerungskosten) dahingehend modifiziert, dass der Veräußerungserlös der Schuldverschreibung (sonstige Kapitalforderung) mit ihren AK gleichgesetzt wird. Ferner sind die AK der ursprünglichen Schuldverschreibung als AK der gelieferten Wertpapiere anzusetzen. Es entsteht im Rückzahlungszeitpunkt kein stbarer Einlösungsgewinn, weshalb das ausführende Kreditinstitut keine KapErtrSt einzubehalten und abzuführen hat. Ein Verlust ist ebenfalls stl. unbeachtlich. Die stl. Auswirkungen werden auf den Zeitpunkt der Weiterveräußerung der erhaltenen Wertpapiere verlagert.

Beispiel 3: A erwirbt aus der Neuemission eine Umtauschanleihe zum Preis von 1 000 €, wählt aE der Laufzeit die Rückzahlung in Aktien und erhält Aktien im Wert von 1 200 €, die er später für 1 500 € weiterveräußert. Der Einlösungsgewinn von 200 € bleibt im Zeitpunkt der Rückzahlung stl. unbeachtet. Erst im Veräußerungszeitpunkt ergibt sich ein stbarer Gewinn von 500 € (1 500 € ./ . 1 000 €). Die Besteuerung des Gewinns wird auf den späteren Zeitpunkt verlagert.

Beispiel 4: A erwirbt aus der Neuemission einer Aktienanleihe zum Preis von 1 000 €, die vom Emittenten aE der Laufzeit mit Aktien im Wert von 800 € zurückgezahlt wird. Die AK der Aktien betragen 1 000 €. Werden die Aktie später zu 1 200 € veräußert, er-

gibt sich daraus ein Gewinn von 200 € (1200 € ./ 1000 €). Die Berücksichtigung des Einlösungsverlust von 200 € wird so auf den Zeitpunkt der Weiterveräußerung verschoben.

Keine Anwendung der Fußstapfentheorie: Anders als in Abs. 4a Satz 1 treten die gelieferten Wertpapiere in Satz 3 nicht an die Stelle der zurückgezahlten Schuldverschreibung. Das bedeutet, dass eine vor dem 1.1.2009 angeschaffte und in 2009 eingelöste Schuldverschreibung zwar den Bestandsschutzregeln aus dem UntStReformG 2008 unterliegt (§ 52a Abs. 10 Satz 6), die anstelle der Rückzahlung gelieferten Wertpapiere dagegen nicht.

Beispiel 5: A erwirbt in 1999 aus der Neuemission eine Umtauschanleihe zum Preis von 1000 €, die in 2009 durch Lieferung von Aktien im Wert von 1200 € zurückgezahlt wird. Veräußert er diese Aktien nach Ablauf eines Jahres in 2010 zum Preis von 1500 €, unterliegt der daraus entstehende Gewinn von 500 € (1000 € ./ 1500 €) den Regeln der abgeltenden KapErtrSt (StSatz 25 %) und nicht denen aus § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF.

Bedenklich ist dies uE in Fällen der Wandelanleihe, bei der nach bisheriger Rechtsauffassung im Fall der Wandlung bereits kein Veräußerungsgeschäft vorlag.

Beispiel 6: Wie oben, nur handelt es sich bei der Anleihe um eine Wandelschuldverschreibung iSv. § 221 AktG. Geht man mit der bisherigen Rechtslage davon aus, dass die Aktien identisch mit der Wandelanleihe sind (vgl. BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 – Tz. 5 und 6), so wurden die Aktien bereits 1999 erworben. Veräußert er diese Aktien nach Ablauf eines Jahres nach Wandlung in 2010 zum Preis von 1500 €, unterliegt der daraus entstehende Gewinn von 500 € nicht der Abgeltungsteuer und wegen Ablaufs der Jahresfrist auch nicht § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF.

Barausgleich von Bruchteilen ohne Angaben in den Emissionsbedingungen: Bei der Tilgung von Schuldverschreibungen durch Anlieferung von Wertpapieren verbleiben häufig Bruchteile, die nicht in Wertpapieren, sondern durch Barzahlung ausgeglichen werden. Für die Anwendung des Abs. 4a Satz 3 ist in diesen Fällen das Entgelt, das der Stpfl. für den Erwerb der Schuldverschreibungen aufgewendet hat, in vollem Umfang den gelieferten Wertpapieren zuzurechnen, sofern die Emissionsbedingungen keine Regelungen zum Barausgleich von Bruchteilen enthalten. Der Barausgleich stellt im Übrigen einen stpfl. Kapitalertrag dar (Abs. 4a Satz 3 Halbs. 2 iVm. Satz 2). Der Verweis auf die entsprechende Geltung von Satz 2 in Satz 3 Halbs. 2 ist uE allerdings so zu verstehen, dass der Barausgleich zu den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 7 gehört (glA wohl auch BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 106). Dies hat namentlich Bedeutung für den KapErtrStAbzug (Zahlstellenfall statt Emittentenfall; vgl. auch BRON/SEIDEL, BB 2010, 2599 [2602]).

Beispiel 7 (nach BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 106): A erwirbt für 10000 € nominal eine Aktienanleihe mit einem Basispreis der hinterlegten Aktien von 22 €. Am Bewertungstag notiert die Aktie bei 21 € und A erhält für nominal 1000 € rechnerisch 45,4545 Aktien (1000 € : 22 €) als Rückzahlung der Anleihe angeordnet. Die Lieferung von Aktienbruchteilen ist nicht möglich, weshalb ihm die Emittentenbank 450 Aktien liefert. Die Bruchteile von 0,4545 je 45 Aktien (insgesamt 4,545) werden zum Kurs am Tag der Fälligkeit in bar ausgezahlt. Die AK der 450 Aktien betragen 10000 €. Bei einem Kurswert der Aktien von 20 € am Fälligkeitstag (Rückzahlungstag) fließen dem Anleger 90,90 € (4,545 × 20 €) als Kapitalertrag iSd. Abs. 1 Nr. 7 zu.

Barausgleich von Bruchteilen mit Angaben in den Emissionsbedingungen: Sehen die Emissionsbedingungen Regelung für einen Barausgleich von Bruchteilen vor und verfährt die Emittentenbank nach diesen Regeln, so sind die AK der gelieferten Anleihe entsprechend der Zahl der angeordneten Aktien zuzuweisen.

Beispiel 8 (nach BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 107): Die Wertpapierbedingungen einer Wandelanleihe mit Nennwert 1000 € sehen bei einem Verfall (Nichtausübung des Wandlungsrechts) eine Rückzahlung in bar von 501,25 € sowie zusätzlich eine Andienung von 7,1454 Aktien vor. Die Bruchteile der Aktien werden in bar auf der Grundlage des Wandlungspreises ausgezahlt. Nach dem vorgegebenen Aufteilungsverhältnis von Barrückzahlung und Andienung der Aktien besteht ein konkreter Aufteilungsmaßstab für die AK. Der Rückzahlungsbetrag von 501,25 € entspricht einem Betrag von 50,125 % der AK der Anleihe. Den angedienten Aktien können somit 49,875 % der Aufwendungen für die Anleihe als AK zugewiesen werden. Der Barausgleich für die Abfindung der Bruchteile gehört zum Rückzahlungspreis und ist somit in die Berechnung eines Rückzahlungsgewinns oder -verlusts gem. Abs. 4 Satz 1 einzustellen.

587 Einstweilen frei.

588 V. Besteuerung von Veräußerung oder Ausübung von Bezugsrecht (Abs. 4a Satz 4)

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 (Einzelfragen zur Abgeltungsteuer); BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8; OFD Hannover v. 5.1.2007, DB 2007, 491.

Gegenstand der Regelung: Satz 4 enthält eine Regelung zur Ermittlung des Gewinns oder Verlusts aus der Veräußerung oder der Ausübung von Bezugsrechten und gleichgestellten ausländ. Zeichnungsrechten. Insbesondere die Bewertung der Bezugsrechte stellt die zum StAbzug verpflichteten Kreditinstitute vor erhebliche Probleme, deren Lösung dem Vereinfachungsgedanken des StAbzugsverfahrens mit Abgeltungswirkung entspricht. Nach Meinung der Rspr. und FinVerw. (BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8) zum bisherigen Recht ist ein Teil der AK der Aktien auf die zugeteilten Bezugsrechte abzuspalten. Die Aufteilung ist – bei börsennotierten Bezugsrechten – nach den Grundsätzen der Gesamtwertmethode vorzunehmen; zu den Einzelheiten der Berechnung der AK eines Bezugsrechts nach der Gesamtwertmethode s. BFH v. 6.12.1968 (IV R 174/67, BStBl. II 1969, 105). Die AK der (Alt-)Aktien mindern sich um den Wert des Bezugsrechts, der nach der Gesamtwertmethode auf das Bezugsrecht entfällt. Dieser Wert ist nach dem Verhältnis des niedrigsten Börsenkurses der Bezugsrechte am ersten Handelstag zum niedrigsten Börsenschlusskurs der (Alt-)Akte am letzten Tag vor dem Bezugsrechtehandel zu ermitteln (BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8). Diese Wertermittlung ist mit besonderen praktischen Schwierigkeiten verbunden, die sich im Massenverfahren des StAbzugs durch die Kreditinstitute nicht zeitgerecht lösen lassen. Satz 4 fingiert deshalb abw. von der bisherigen Rechtslage die AK für das Bezugsrecht mit 0. Dabei handelt es sich um eine materiell-rechtl. Regelung und nicht bloß um eine Fiktion für KapErtrStZwecke.

Bezugsrechte berechtigen den Anteilsinhaber im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Einlage zum Bezug neuer Anteile gegen Zuzahlung entsprechend seiner bisherigen Beteiligung am Grundkapital der KapGes. (§ 186 Abs. 1 Satz 1 AktG; § 55 GmbHG). Sie sind kein Entgelt der KapGes. für das Kapital, das der Anteilsinhaber ihr überlassen hat, sondern ein mit dem Wirksamwerden des Kapitalerhöhungsbeschlusses von Gesetzes wegen entstehendes Forderungsrecht, das aus dem alten Anteil hervorgegangen ist. Solange das Bezugsrecht zB durch den Beschl. der Hauptversammlung einer AG noch nicht konkretisiert ist,

gehört es zu den durch die Aktie vermittelten allgemeinen Mitgliedschaftsrechten des Aktionärs und ist weder von der Aktie abtrennbar noch selbständig übertragbar (sog. allgemeines Bezugsrecht). Durch den Kapitalerhöhungsbeschluss der Hauptversammlung (§ 182 Abs. 1 Satz 1 AktG) wird das allgemeine Bezugsrecht zu einem selbständig verwertbaren Forderungsrecht des Aktionärs konkretisiert (WIEDEMANN in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2012, § 186 Rn. 60 und 61; BFH v. 22.5.2003 – XI R 9/00, BStBl. II 2003, 712). Den inländ. Bezugsrechten sind nach Satz 4 vergleichbare ausländ. Rechte gleichgestellt.

Rechtslage bis 2008: Nach der Rspr. des BFH, waren bei der Zuteilung von Bezugsrechten die AK der Altaktien nach der Gesamtwertmethode aufzuteilen in die AK des abgespaltenen Bezugsrechts und die AK der verbliebenen Altaktien (BFH v. 6.12.1968 – IV R 174/67, BStBl. II 1969, 105).

Beispiel 1 (nach MEILICKE, DB 2009, 476): A hält eine Aktie der X-AG, die einen inneren Wert von 100 € je Aktie hat. Er erhält das Recht, für jede Altaktie eine junge Aktie zu 20 € zu erwerben. Der Unternehmenswert der X-AG erhöht sich somit um 20 € je Aktie. A übt das Bezugsrecht aus und hält nach Zuteilung der jungen Aktien zwei Aktien der X-AG, mit einem Gesamtwert von 120 € oder 60 € je Aktie. Der daraus abgeleitete Wert des Bezugsrechts beträgt somit 40 € (60 € ./ . 20 €).

Rechtslage ab 2009: Nach Abs. 4a Satz 4 wird der Wert eines Bezugsrechts, das wirtschaftlich einem abgespaltenen Wert aus der Altaktie entspricht, mit einem fiktiven Wert von 0 € bei der Veräußerung oder Ausübung angesetzt und eingebucht. Daraus folgt, dass die Altaktien weiterhin mit ihren ursprünglichen, nicht um das Bezugsrecht wertgeminderten AK fiktiv fortgeführt werden. Diese Rechtsfolge tritt unabhängig davon ein, ob die Altaktien vor dem 1.1.2009 oder nach dem 31.12.2008 erworben wurden. Das Anschaffungsdatum der Altaktien geht bei Veräußerung der Bezugsrechte auf das Bezugsrecht über. Der Gewinn aus einem Bezugsrechtsverkauf in 2009 ist daher stfrei, wenn die Aktie bereits vor dem 1.1.2009 angeschafft und die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF abgelaufen ist (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 108f.). Werden die Bezugsrechte 2009, aber noch innerhalb der Jahresfrist veräußert, muss der private Veräußerungsgewinn mit der StErklärung deklariert werden. Zur Anwendung kommt in diesem Fall der Tarifsteuersatz und nicht der definitive StStatz von 25 %.

Veräußerung der Bezugsrechte: Zuteilte Bezugsrechte können an der Börse weiterveräußert oder durch den Inhaber veräußert werden. Der Veräußerungsgewinn ist nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 stbarer Kapitalertrag und führt zum StAbzug durch das ausführende Kreditinstitut.

Ausübung des Bezugsrechts:

► *Nach bisherigem Recht* war die Ausübung von Bezugsrechten als Veräußerung der Bezugsrechte anzusehen (BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12). Erfolgte die Ausübung innerhalb eines Jahres nach der Anschaffung der Altaktien, lag nach dem bis 31.12.2008 geltendem Recht ein stpf. privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF vor (krit. MEILICKE, DB 2009, 476 [477], mwN). Als Zeitpunkt der Veräußerung galt der Tag der Annahme des Bezugsrechtsangebots. Als Veräußerungserlös war der Börsenkurs der Bezugsrechte im Zeitpunkt der Annahme des Bezugsrechtsangebots zu sehen.

► *Rechtslage ab 2009:* Fraglich ist, ob dieses Verständnis auch nach Einführung der Abgeltungsteuer noch gilt. Der Wortlaut von Abs. 4a Satz 4 könnte so interpretiert werden, dass die Ausübung nach wie vor als Veräußerung anzusehen ist, denn ein Ansatz der AK von null „bei der Ermittlung des Gewinns nach Abs. 4

Satz 1“ setzt voraus, dass ein Veräußerungsvorgang stattgefunden hat. Ansonsten gäbe es gar keinen Gewinn iSv. Abs. 4 Satz 1 (glA BRON/SEIDEL, DB 2010, 2599 [2603]; krit. MEILICKE, DB 2009, 476 [477]; aA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 55). Im Gesetzgebungsverfahren zum JStG 2010 hat der BRat in seiner Stellungnahme zudem explizit auf diesen Punkt hingewiesen und eine gesetzliche Klarstellung gefordert (vgl. BTDrucks. 17/2823, 13 f., zu Nr. 18). Die BReg. war hingegen der Auffassung, aus dem Wortlaut von Abs. 4a Satz 4 ergebe sich, dass die Ausübung keine Veräußerung sei, weil beide Begriffe nebeneinander aufgeführt würden (BTDrucks. 17/2823, 38; krit. BRON/SEIDEL, DB 2010, 2599 [2603]). Die FinVerw. scheint offenbar der Ansicht der BReg. zuzuneigen, da sie die Ausübung des Bezugsrechts nicht als Veräußerung ansieht. Vielmehr gehen die AK des Bezugsrechts von null auf die erworbenen Gesellschaftsanteile über (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 110; glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 55).

Rechtfolgen des Abs. 4a Satz 4: Werden Bezugsrechte veräußert oder ausübt, sieht Satz 4 vor, dass der Teil der AK der Altaktien, der auf die Bezugsrechte entfällt, bei der Gewinnermittlung iSd. Abs. 4 Satz 1 mit 0 € anzusetzen ist. Damit wird sichergestellt, dass die mit dem Bezugsrecht zusammenhängenden Kapitalmaßnahmen im Rahmen stl. Massenverfahren zeitpunktgenau praktisch abgewickelt werden können, denn ein StAbzug durch die ausführenden Institute ist nicht vorzunehmen. Der Wert der AK der Altaktien vermindert sich nicht um den Wert des Bezugsrechts. Bei der Veräußerung von Bezugsrechten braucht deren schwer zu ermittelnder Wert nicht bestimmt zu werden. Schließlich wirkt sich der Wert des Bezugsrechts nicht auf die AK der aufgrund der Ausübung des Bezugsrechts erhaltenen Anteile aus.

Auswirkungen auf vor 2009 erworbene Aktien: Die Übergangsregeln zur Abgeltungsteuer sehen in § 52a Abs. 10 Satz 4 vor, dass für vor dem 1.1.2009 angeschaffte Aktien die bis zum 31.12.2008 geltenden Steuerregeln, also auch § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 aF, anzuwenden sind. Veräußerungsgewinne sind nur bei Realisation innerhalb der Jahresfrist stbar. Außerhalb dieser Frist bleiben stille Reserven stfrei. Verluste können nicht mit Gewinnen iSd. Abs. 2 verrechnet werden. Die FinVerw. geht davon aus, dass bei Bezugsrechten aus Altanteilen das Anschaffungsdatum der Altanteile „im Fall der Veräußerung“ auf die Bezugsrechte übergeht (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 109). Die Veräußerung des Bezugsrechts soll dann stfrei sein, sofern sie außerhalb der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF erfolgt. Da die Ausübung des Bezugsrechts nicht als dessen Veräußerung anzusehen ist fraglich, ob die Ausführungen der FinVerw. in BMF v. 9.10.2012 (BStBl. I 2012, 953 – Tz. 110) iS einer Fußstapfentheorie zu verstehen sind, dh. die aufgrund der Ausübung des Bezugsrechts erworbenen Anteile als Altanteile gelten, auch wenn das Bezugsrecht erst nach dem 31.12.2008 ausgeübt wurde. Sofern man dies verneint, kommt es zur einer stl. Belastung der wegen Fristablaufs eigentlich stfreien Veräußerungsgewinne, weil der abgespaltene Anteil an stillen Reserven der Altanteile in den Wert der jungen Aktien einfließt (krit. auch JOCHUM in KSM, § 20 Rn. Fa 60, der eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung vorschlägt).

Beispiel 2: A hält eine Aktie der X-AG mit einem aktuellen Wert von 100 €. Die Aktie hatte er vor langer Zeit zu 10 € erworben. Würde A die Aktie 2008 oder 2009 veräußern, blieben die stillen Reserven von 90 € stfrei. Im Jahr 2009 erwirbt A aus einem Bezugsrecht eine junge Aktie unter Zuzahlung von 20 €. In der jungen Aktie stecken 40 € an stillen Reserven aus der Altaktie, deren stille Reserven von ursprünglich 90 € auf 50 € gemindert sind. Veräußert A Jungaktien zu ihrem aktuellen Wert von 60 €, entsteht ein Veräußerungsgewinn von 60 € (60 € ./ 0 €), in dem der eigent-

lich nicht mehr steuerverstrickte Anteil an stillen Reserven der Altaktie enthalten ist und besteuert wird (nach MEILICKE, DB 2009, 476).

Auswirkungen auf nach 2008 erworbene Aktien: Werden Aktien nach dem 31.12.2008 erworben, sind stille Reserven, die bei einer Veräußerung realisiert werden, ohne Einhaltung einer Frist immer steuerverstrickt.

Beispiel 3: A erwirbt 2009 eine Aktie der X-AG zum Preis von 60 €. Kurz vor Zuteilung eines Bezugsrechts für eine junge Aktie der X-AG mit Zuzahlung von 20 € steigt der Wert der Altaktie auf 100 €. A veräußert die Altaktie vor der Zuteilung des Bezugsrechts zu 100 €. Der dabei realisierte Veräußerungsgewinn von 40 € unterliegt der Besteuerung mit 25 %. Würde A das Bezugsrecht annehmen, würde der Börsenwert seiner Altaktie auf die ursprünglichen AK 60 € sinken, da die stillen Reserven von 40 € auf die junge Aktie übergehen würden.

Zu Gestaltungsmöglichkeiten bei einer Teilveräußerung, Schenkung s. MEILICKE, DB 2009, 476 (478).

Einstweilen frei.

589

VI. Sonderregelung zur Gewinnermittlung bei Einbuchung ausländischer Kapitalanteile (Abs. 4a Satz 5) 590

Gegenstand der Regelung: Satz 5 dient der Vermeidung von Veranlagungsfällen unter dem System der abgeltenden KapErtrSt (amtliche Begründung, BTDrucks. 16/11108, 16) und bedeutet eine weitere Vereinfachung des StAbzugs, wenn die Höhe des Kapitalertrags bei Kapitalmaßnahmen, insbes. bei Auslandssachverhalten, nicht ermittelt werden kann. Die Regelung bestimmt, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Sätze 3 und 4 der Kapitalertrag und die AK der Kapitalanteile (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1) mit 0 € anzusetzen sind, wenn dem Stpfl. aufgrund der Kapitalmaßnahme Anteile, zB Aktien, zugeteilt werden, ohne dass er dafür eine Gegenleistung, zB in Form einer Zuzahlung oder eines Umtauschs von Anteilen, zu erbringen hat. Bei inländ. Sachverhalten geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Erträge idR durch entsprechende Angaben der Emittenten von den Kreditinstituten ermittelt werden können. Gleichwohl kann Abs. 4a Satz 5 in Ausnahmefällen auch bei inländ. Kapitalmaßnahmen Anwendung finden.

Abspaltungen iSv. § 123 Abs. 2 UmwG sowie vergleichbare ausländ. Vorgänge (sog. *spin-off*) fielen nach der ursprünglichen Gesetzesfassung (JStG 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) in den Anwendungsbereich von Abs. 4a Satz 5, weil in diesem Fall kein Tausch vorlag, sondern die Anteile am übernehmenden Rechtsträger gleichsam „neben“ die Anteile am übertragenden Rechtsträger getreten sind (BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 15.12, teilweise anders allerdings BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 101 ff.; s. Anm. 582, 592). Mit der Einfügung von Abs. 4a Satz 7 durch das AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) sind auf Abspaltungen ab dem VZ 2013 (vgl. § 52a Abs. 10 Satz 12) anstelle von Satz 5 die Sätze 1 und 2 anzuwenden (s. Anm. 592).

Bezug von Bonus- oder Freiaktien: Die Einnahmen und die AK sind auch dann mit 0 € anzusetzen, wenn dem Stpfl. Aktien einer KapGes. oder von einem Dritten ohne Zuzahlung Bonusaktien oder Freianteile angedient werden und dafür keine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vorgenommen wurde. Anders verhält es sich, wenn zB das maßgebliche ausländ. Recht ein Wahlrecht zulässt, wonach unter Verzicht einer Bardividende der Bezug von

Freiaktien möglich ist. Bei diesen Sachverhaltsgestaltungen ist es den Kreditinstituten möglich, den stl. relevanten Kapitalertrag zu ermitteln (vgl. amtliche Begründung, BTD Drucks. 16/11108, 16 f.; danach soll dies ua. in den Niederlanden zulässig sein).

Sachdividenden: Schüttet eine Körperschaft Anteile an einer anderen Körperschaft aus, liegt eine Sachdividende vor, die zu den Einkünften gem. Abs. 1 Nr. 1 gehört (s. Anm. 62, 67; BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 113). Die Sachdividende ist grds. mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Abs. 4a Satz 5 ist nur anwendbar, wenn dieser Wert nicht ermittelt werden kann, wovon bei Auslandssachverhalten allerdings regelmäßig auszugehen sein soll (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 114). Dies gilt allerdings nicht, wenn es sich bei den ausgeschütteten Anteilen um eine Kapitalrückzahlung – sowohl Rückzahlung von Nennkapital als auch Einlagenrückgewähr – handelt (BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, DB 2011, 453 – Tz. 14 f.; vgl. auch FG Nürnberg v. 12.6.2013 – 5 K 1552/11, EFG 2014, 188 [191 f.], nrkr., Rev. Az. BFH VIII R 47/13).

Keine Anwendung in Optionsfällen: Erhält ein Anteilshaber im Zuge von Kapitalmaßnahmen ein Wahlrecht auf Bezug von Aktien der übernehmenden KapGes. oder auf Auszahlung eines bestimmten Barbetrags, sind uE die Voraussetzung des Satz 5 nicht gegeben (glA STEINLEIN, DStR 2009, 509 [512]). Unabhängig von der Ausübung des Wahlrechts bestehen in einem solchen Fall keine Schwierigkeiten, den durch die Kapitalmaßnahme erzielten Gewinn und die AK der neuen Anteile zu ermitteln.

Beispiel 1: A erhält für seinen Bestand an Aktien der X-AG im Wert von 1000 € im Rahmen der Kapitalmaßnahme das Angebot, dafür Aktien der Y-AG zum Wert von 1500 € oder diesen Betrag in bar zu verlangen. Wählt A die Barzahlung, entsteht ein Veräußerungsgewinn für die Aktien der X-AG von 500 €, ebenso bei Bezug der Aktien der Y-AG. Wählt er die Y-Aktien, werden diese bei einer späteren Weiterveräußerung mit AK von 1500 € angesetzt.

Rechtsfolgen des Satzes 5: Die Einbuchung der erlangten Anteile mit einem Wert von 0 € hat zur Folge, dass die Kapitalmaßnahme für den Anteilshaber (zunächst) einen steuerneutralen Vorgang darstellt. Es entsteht dem Grund und der Höhe nach kein Ertrag, die durchführende Bank hat keinen StAbzug vorzunehmen. Im Hinblick auf eine spätere Weiterveräußerung der Anteile handelt es sich jedoch lediglich um einen Steueraufschub, denn durch den Ansatz der AK mit 0 € wird bei einer Weiterveräußerung der gesamte Wertzuwachs besteuert.

Beispiel 2: A erhält im Zuge einer ausländ. Kapitalmaßnahme ohne Zuzahlung im Jahr 2010 Aktien einer ausländ. Gesellschaft im Wert von 1000 €, die er später zum Wert von 1500 € veräußert. Gleichwohl sind die AK mit 0 € anzusetzen. Bei einer späteren Veräußerung ist demzufolge der gesamte Veräußerungserlös abzgl. der Veräußerungskosten als Kapitalertrag zu erfassen.

591 VII. Steuerlich relevanter Zeitpunkt einer Kapitalmaßnahme (Abs. 4a Satz 6)

Gegenstand der Regelung: Die Vorschrift enthält eine weitere Vereinfachungsregel für die den StAbzug vornehmenden Kreditinstitute hinsichtlich der Bestimmung des stl. relevanten Zeitpunkts einer Kapitalmaßnahme. Satz 6 stellt – abw. vom bisherigen Recht – die Fiktion auf, dass für die stl. Wirksamkeit auf den Zeitpunkt der Einbuchung der Anteile im Depot des Stpfl. abzustellen ist.

Zeitpunkt der steuerlichen Wirksamkeit: Nach dem bis 2008 geltendem Recht hatte der Zeitpunkt der Anschaffung und Veräußerung im Rahmen der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 eine besondere Bedeutung. Der maßgebliche Zeitpunkt war abhängig von der Art der Kapitalmaßnahme. So werden Verschmelzungen umwstrecrtl. mit Eintragung in das Handelsregister der aufnehmenden Gesellschaft wirksam. Diese Eintragung bestimmt zugleich den Veräußerungs- und Anschaffungszeitpunkt. Aktien gelten mit der Ausübung des Optionsrechts, also unabhängig vom Zeitpunkt der Einbuchung, als angeschafft. Bezugsrechte gelten mit Bezug der Altaktien als angeschafft. Mit der Aufnahme der privaten Veräußerungstatbestände in § 20 und dem dadurch bedingten Wegfall der Jahresfrist hat der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Kapitalmaßnahme an Bedeutung verloren. Das Abstellen des stl. Wirksamwerdens auf die Depoteinbuchung bei Privatanleger dient letztlich der Transparenz und der Vereinfachung des StAbzugs durch die beteiligten Kreditinstitute; zu den Auswirkungen der Vorschrift auf girosammelverwahrte Wertpapiere s. STEINLEIN, DSStR 2009, 509 (512). Dies bedeutet allerdings nicht, dass Abs. 4a nur auf girosammelverwahrte Wertpapiere anzuwenden wäre. Auch wenn die WG nicht girosammelverwahrt werden (ggf. sogar nicht verwahrfähig sind), ist Abs. 4a trotzdem anzuwenden (s. Anm. 580). Maßgeblicher Zeitpunkt ist in diesen Fällen wie bisher der Zeitpunkt der zivilrechtl. Wirksamkeit der jeweiligen Maßnahme, was ggf. nach ausländ. Recht zu beurteilen ist.

VIII. Anwendung der Sätze 1 und 2 auf Abspaltungen (Abs. 4a Satz 7) 592

Gegenstand der Regelung: Mit Satz 7 wird der Anwendungsbereich der Sätze 1 und 2 auch auf die Abspaltung erstreckt.

Rechtsentwicklung: Satz 1 erfasst nur Tauschvorgänge, zu denen die Abspaltung nicht gehört (s. Anm. 582). An sich wäre die Abspaltung daher unter Satz 5 zu fassen gewesen. Die FinVerw. vertrat insoweit jedoch keine konsistente Auffassung (s. auch BEINERT, GmbHR 2012, 291 [296 f.]). Nach BMF v. 11.11.2011 (BStBl. I 2011, 1314 – Tz. 15.12, sog. Umwandlungsteuererlass) sollte auf Abspaltungen Abs. 4a Satz 5 anwendbar sein. Nicht ganz klar war, ob dies nur gelten sollte, wenn das sog. Teilbetriebserfordernis des § 15 UmwStG erfüllt war oder in sämtlichen Abspaltungsfällen. BMF v. 9.10.2012 (BStBl. I 2012, 953 – Tz. 113 ff. aF) differenzierte hingegen: Bei Auslandssachverhalten (spin-off) sollte Abs. 4a Satz 5 idR anwendbar sein, weil davon auszugehen sei, dass in diesen Fällen die Ermittlung des Kapitalertrags regelmäßig nicht möglich ist (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 114 aF). Liegen hingegen bei Inlandssachverhalten erkennbar die Voraussetzungen einer Abspaltung iSv. § 15 UmwStG vor, sollten die zu Satz 1 entwickelten Grundsätze gelten, dh. die AK entsprechend dem Spaltungsbeschluss auf die Anteile am übertragenden und am übernehmenden Rechtsträger aufgeteilt werden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 115 aF iVm. Tz. 101). Abs. 4a Satz 7 geht zurück auf den RegE für das (gescheiterte) JStG 2013 (vgl. BTDrucks. 17/10000, 13 f., 54), ist dann aber erst im Rahmen des Vermittlungsverfahrens zum AmtshilfeRLUmG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) wieder aufgegriffen worden (vgl. Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BTDrucks. 17/13722, 9).

Gesetzliche Festschreibung der bisherigen Verwaltungsauffassung: Mit Abs. 4a Satz 7 wird letztlich die bisherige Auffassung der FinVerw. (BMF v.

9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 115 aF iVm. Tz. 101) festgeschrieben, allerdings auch für Auslandssachverhalte.

► *Fiktion eines Tauschs*: Für stl. Zwecke wird damit auch im Fall der Abspaltung ein Tausch fingiert, dh. die Anteile am übernehmenden Rechtsträger treten nicht neben, sondern partiell an die Stelle der Anteile am übertragenden Rechtsträger (HAISCH/HELIOS, DB 2013, 1444 [1446]). Ebenso wie bei der Aufspaltung (s. Anm. 583) sind die AK dabei entsprechend dem Umtauschverhältnis gem. Spaltungsvertrag oder -plan aufzuteilen. Sofern dieser nicht bekannt ist, ist das rechnerische Splittingverhältnis maßgebend (vgl. amtliche Gesetzesbegründung, BTDrucks. 17/10000, 54).

► *Auslandssachverhalte*: Satz 7 (und nicht mehr Satz 5) ist auch bei Auslandssachverhalten anzuwenden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 115 idF BMF v. 3.1.2014, BStBl. I 2014, 58; glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 439a). Abgesehen von den Fällen einer Abspaltung zur Aufnahme ist bei ausländ. Vorgängen für die Anwendung von Satz 7 bereits dann von einer Abspaltung auszugehen, wenn folgende Kriterien erfüllt sind (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 115 idF BMF v. 3.1.2014, BStBl. I 2014, 58):

- Die ISIN der ursprünglichen Gattung (= Rumpfunternehmen) bleibt erhalten.
- Die ISIN der neu eingebuchten Gattung wurde neu vergeben und es handelt sich nicht um eine bereits börsennotierte Gesellschaft.
- Auf Grundlage der Emittenteninformationen liegen die Strukturmerkmale einer Abspaltung gemäß BMF v. 11.11.2011, BStBl. I, 1314 – Tz. 01.36 (sog. Umwandlungssteuererlass) vor.
- Es ist ein Aufteilungsverhältnis angegeben.
- Es wird keine Quellensteuer einbehalten.
- Aus den Emittenteninformationen ergeben sich keine Hinweise auf eine Gewinnverteilung.
- Der übertragende ausländ. und der übernehmende in- oder ausländ. Rechtsträger müssen einem vergleichbaren umwandlungsfähigen Rechtsträger inländ. Rechts entsprechen (Rechtstypenvergleich gem. Tabellen 1 und 2 zu BMF v. 24.12.1999, BStBl. I, 1076, sog. Betriebstättenerlass).
- Es wurde keine Barzuzahlung durch den Aktionär geleistet.

► *Fußstapfentheorie*: Aufgrund der entsprechenden Anwendung von Satz 1 gilt für die im Zuge der Abspaltung erworbenen Anteile ebenfalls die sog. Fußstapfentheorie (BRON, DStR 2014, 353 [355]; s. dazu Anm. 583).

► *Verhältnis zu § 15 UmwStG*: Satz 7 verdrängt in seinem Anwendungsbereich § 15 UmwStG, dh., die Voraussetzungen von § 15 UmwStG, insbes. das sog. Teilbetriebsfordernis oder Anträge, müssen für das Eingreifen von Satz 7 iVm. Satz 1 nicht erfüllt sein (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 115a idF BMF v. 3.1.2014, BStBl. I 2014, 58; glA HAISCH/HELIOS, DB 2013, 1444 [1446]; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 439a).

Zeitlicher Anwendungsbereich: Satz 7 ist ab VZ 2013 anwendbar (§ 52a Abs. 10 Satz 12); zur Behandlung von Altfällen s. BRON, DStR 2014, 353 (354). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung in das öffentliche Register, das für die Wirksamkeit des jeweiligen Vorgangs maßgebend ist. Fehlt es bei Auslandssachverhalten an einem entsprechenden Eintragungserfordernis ist uE die gesellschaftsrechtl. Wirksamkeit gem. dem anwendbaren ausl. Recht entscheidend. Die FinVerw. beanstandet es nicht, wenn die geänderten Regelun-

gen für Zwecke des KapErtrStAbzugs erst ab 1.1.2014 angewendet werden (BMF v. 3.1.2014, BStBl. I 2014, 58).

Einstweilen frei.

593–599

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

I. Erzielen von Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 1 bis 2

1. Anteilseigner erzielt Einkünfte (Abs. 5 Satz 1)

600

Abs. 5 Satz 1 bestimmt, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 der Anteilseigner erzielt. Mit dieser Regelung ist der Gesetzgeber der Rspr. des I. Senats des BFH gefolgt; s. Anm. 20. Bereits durch das StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I 1993, 1569; BStBl. I 1993, 774) wurde mW ab 1.1.1994 ein Abs. 2a (jetzt Abs. 5) in § 20 eingefügt, wonach derjenige Einkünfte aus Kapitalvermögen aus Abs. 1 Nr. 1 bis 3 (jetzt Nr. 1 und 2) erzielt, dem die Anteile am Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses nach § 39 AO zuzurechnen sind. Der in der Vorschrift normierte zeitliche Bezug gibt die bis dahin von Teilen der Rspr. und Literatur zur Zurechnung von Beteiligungserträgen, dh. offen ausgeschütteten Bezügen iSd. Abs. 1 Nr. 1, vertretene Auffassung wieder. Maßgeblicher Zeitpunkt im Fall verdeckter Ausschüttungen ist dagegen die Entstehung der Forderung (Abschluss des Kauf-, Miet-, Pacht- oder Anstellungsvertrags), in der sich die zu Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 führende Gewinnausschüttung manifestiert (WASSERMAYER, GmbHR 1989, 423). Die Zurechnungsregel des heutigen Abs. 5 Satz 2 gilt eindeutig für alle Beteiligungserträge, die von Abs. 1 Nr. 1 und 2 erfasst werden. Anteilseigner, dem Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2 zuzurechnen sind, ist somit der im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zivilrechtl. oder wirtschaftliche Inhaber (§ 39 AO) des Beteiligungsvermögens bzw. Inhaber der gegen Einlage gewährten Mitgliedschaftsrechte an einer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Körperschaften.

2. Begriff des Anteilseigners (Abs. 5 Satz 2)

601

Abs. 5 Satz 2 definiert den Begriff „Anteilseigner“. Anteilseigner ist derjenige, dem nach § 39 AO die Anteile an Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind.

Zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer: Demnach ist Anteilseigner in erster Linie

- der Inhaber (Eigentümer) der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Anteile (§ 39 Abs. 1 AO) und
- der wirtschaftliche Eigentümer der in Abs. 1 Nr. 1 genannten Anteile (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO), sofern er nicht schon zivilrechtl. Eigentümer iSd. § 39 Abs. 1 AO ist.

Treuhandverhältnisse, Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt: Siehe Anm. 21.

Ausländische Kapitalgesellschaft: Abs. 5 Satz 2 gilt auch für ausländ. Gesellschaften, die ihrer inneren Struktur nach einer nach deutschem Recht errichteten KapGes. im Wesentlichen entsprechen. Die Einkünfte sind danach demjenigen zuzurechnen, der nach Maßgabe des für die KapGes. geltenden ausländ. Rechts zu dem Zeitpunkt Anteilseigner war, in dem der den Auszahlungsanspruch begründende Rechtsakt stattgefunden hat. Fehlt es an einem solchen Rechtsakt, ist der Zeitpunkt der Ausschüttung maßgeblich (BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, DB 2011, 453 – Tz. 18).

Gesamthandsgemeinschaft: Stehen die Anteile mehreren Stpfl. als Gesamthandsgemeinschaft zu, so sind den einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft, nicht die Gemeinschaft an sich, als Anteilseigner anzusehen (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO). Ihnen sind die Einkünfte aus Kapitalvermögen anteilig zuzurechnen.

Zeitpunkt der Zurechnung: Siehe Anm. 19.

602 3. Nießbraucher und Pfandgläubiger als Anteilseigner (Abs. 5 Satz 3)

Sind einem Nießbraucher oder einem Pfandgläubiger die Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder 2 zuzurechnen, so „gilt“ er nach Abs. 5 Satz 3 als Anteilseigner. In beiden Fällen ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Zurechnung der Einkünfte zu prüfen, wer den Tatbestand der Einkünfteerzielung verwirklicht hat. Siehe zur Zurechnung beim Nießbraucher Anm. 24 ff. und zur Zurechnung beim Pfandgläubiger Anm. 21.

603 II. Bedeutung für die übrigen Tatbestände des Abs. 1 Nr. 4 bis 8

Abs. 5 betrifft seinem Wortlaut nach nur Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 1 und 2. Aber auch bei den übrigen Tatbeständen des Abs. 1 sind die Einkünften letztlich demjenigen zuzurechnen, der durch Nutzung von Kapitalvermögen am Marktgeschehen teilnimmt (s. Anm. 19 f.). Dies ist grds. der Gläubiger des betreffenden Rechtsverhältnisses oder derjenige, dem die Gläubigerstellung wirtschaftlich zuzurechnen ist (s. Anm. 21). Maßgeblich ist auch insoweit derjenige Zeitpunkt, in dem der Kapitalertrag zu einem verselbständigten Vermögensrecht erstarkt (BFH v. 26.1.2011 – VIII R 14/10, BFH/NV 2011, 1512 – Tz. 17).

604–609 Einstweilen frei.

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

Schrifttum: LANG/ENGLISCH, Zur Verfassungswidrigkeit der neuen Mindestbesteuerung, StuW 2005, 3; BEHRENS, Neuregelung der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab 2009 nach dem Regierungsentwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes vom 14.3.2007, BB 2007, 1025; BLUMENBERG/BENZ, Unternehmenssteuerreform, Köln 2007; BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, Berlin 2007; ENGLISCH, Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Ab-

geltungssteuer, StuW 2007, 221; Loos, Benachteiligung der Aktionäre/Gesellschafter mit Anteilen im Privatvermögen in der Unternehmensteuerreform, DB 2007, 704; PAUKSTADT/LUCKNER, Die Abgeltungsteuer ab 2009 nach dem Regierungsentwurf zur Unternehmensteuerreform, DStR 2007, 653; SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, München 2007; HARENBERG, Gemeinschaftsdepots und -konten: Lösungen für Probleme unter der Abgeltungsteuer, Vermögensbildung professionell 2009, 113; Loos, Ist die Einschränkung der Verrechenbarkeit von Verlusten aus der Veräußerung von Aktien im Privatvermögen (§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG) verfassungskonform?, DStZ 2010, 78; MUSIL, Abzugsbeschränkungen bei der Abgeltungsteuer als steuersystematisches und verfassungsrechtliches Problem, FR 2010, 149; SCHMITT-HOMANN, Abgeltungsteuer: Verlustanteil, Forderungsausfall, Bezugsrecht und Wertpapierleihe, BB 2010, 351; STRAUCH, Strategien zur Nutzung von Altverlusten im Rahmen der Abgeltungsteuer, DStR 2010, 254.

Zum Verlustausgleich und Verbot des Verlustabzugs s. auch Schrifttum vor § 23 Anm. 320.

I. Vorbemerkungen zu Abs. 6

610

Überblick: Als Konsequenz der Einführung einer abgeltenden KapErtrSt und eines eigenen StTarifs für private Kapitaleinkünfte in § 32d hat der Gesetzgeber mit dem UntStReformG 2008 eine Verlustverrechnungsbeschränkung für diese Art der Einkünfte eingeführt (BTDrucks. 16/4841, 100), die in Teilbereichen dem § 23 Abs. 3 Sätze 7 und 8 entspricht. Da private Kapitaleinkünfte nur noch mit einem reduzierten definitiven StSatz von 25 % belegt sind, erschien es dem Gesetzgeber erforderlich, eine Verlustverrechnung nur noch innerhalb dieser Einkunftsart (Schedule) zuzulassen; zu Einzelheiten zum Verlustausgleich und Verbots des Verlustabzugs s. § 23 Anm. 320–322. Die Vorschrift regelt deshalb in

- ▶ *Satz 1*, dass der generelle Ausschluss einer vertikalen Verlustverrechnung in Satz 2 für eine Übergangszeit für (Alt-)Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 und für (Alt-)Verluste aus sonstigen Einkünften in Form von Stillhaltergeschäften iSd. § 22 Nr. 3 durchbrochen wird; hier ist eine einkünfteübergreifende Verlustverrechnung mit Veräußerungsgewinnen iSd. Abs. 2 bzw. Einnahmen aus Stillhaltergeschäften iSd. Abs. 1 Nr. 11 bis einschließlich VZ 2013 zulässig; zur zeitlichen Anwendung s. § 52a Abs. 10 und 10a,
- ▶ *Satz 2*, dass Verluste aus Kapitalvermögen nicht mehr mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden können,
- ▶ *Satz 3*, dass nur noch ein Ausgleich mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen in den folgenden VZ zulässig ist,
- ▶ *Satz 4*, dass die sinngemäße Anwendung des § 10d Abs. 4 mit der gesonderten Feststellung nicht ausgeglichener Verluste anwendbar ist,
- ▶ *Satz 5*, dass für Verluste aus Aktiengeschäften eine noch strengere Beschränkung des vertikalen Verlustausgleichs gilt. Verluste aus Aktiengeschäften dürfen nur mit Gewinnen aus eben solchen Geschäften verrechnet werden,
- ▶ *Satz 6*, dass für einen Verlustausgleich die Vorlage einer Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 2 erforderlich ist.

Verlustverrechnungstopf gem. § 43a Abs. 3: Die Regelungen über die Verlustverrechnung des Abs. 6 stehen in einem engen Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Verlusten im Rahmen des KapErtrStAbzugs nach § 43a Abs. 3. Um eine möglichst abschließende Besteuerung privater Kapitaleinkünfte im Wege des StAbzugs zu ermöglichen, sind Verluste bereits von der auszahlen-

den Stelle – idR den Kreditinstituten – (nicht jedoch vom Schuldner der Kapitalerträge in den Fällen der § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 bis 4) beim Einbehalt der KapErtrSt zu berücksichtigen. Die unterjährige Verlustverrechnung durch die Kreditinstitute ist vorrangig vor einer Verrechnung im Veranlagungsverfahren. Negative Kapitalerträge sind also von der auszahlenden Stelle unterjährig mit positiven Kapitalerträgen zu verrechnen. Erst der verminderte Betrag ist der KapErtrSt zu unterwerfen. Daher haben die Kreditinstitute nach § 43a Abs. 3 einen sog. Verlustverrechnungstopf zu führen. Die in einem Kj. nicht verbrauchten Verluste sind auf das folgende Kj. vorzutragen. Nur wenn der Stpfl. einen Antrag nach § 43a Abs. 3 Satz 4 auf Ausstellung einer Bescheinigung über die Höhe eines nicht ausgeglichenen Verlustes (Überschuss der negativen über die positiven Erträge) stellt, kann dieser Verlust im Veranlagungsverfahren durch das FA berücksichtigt werden. In diesem Fall wird der Verlustverrechnungstopf durch das Kreditinstitut geschlossen.

Durchbrechung der Schedulenbesteuerung: Eine gewisse Durchbrechung der Schedulenbesteuerung erfolgt dadurch, dass positive Einkünfte aus Kapitalvermögen im Rahmen der Günstigerprüfung (§ 32d Abs. 6) mit negativen Einkünften aus anderen Einkunftsarten (unter Berücksichtigung der im Übrigen bestehenden Beschränkungen der Verlustverrechnung) verrechnet werden können. Diese Fallgestaltung ist nicht von Abs. 6 erfasst, es handelt sich gleichsam um den „umgekehrten Fall“. Gleichwohl dürfte es in den meisten Fällen nicht ratsam sein, in einer derartigen Situation die Günstigerprüfung zu beantragen, denn damit werden Verluste, die an sich auch tariflich besteuerte Einkünfte ausgleichen können, mit positiven Einkünften ausgeglichen, die nur dem Abgeltungssteuersatz unterliegen (s. Anm. 617).

Verfassungsrechtliche Bedenken: Jede Verlustverrechnungsbeschränkung wirft die Frage nach ihrer verfassungsrechtl. Zulässigkeit auf, weil die Einschränkung der Verlustverrechnung eine Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzip darstellen kann, die verfassungsrechtl. nur zulässig ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (STAPPERFEND, DStJG 24 [2001], 331; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 9 Rn. 506 f.; LANG/ENGLISCH, StuW 2005, 3). Der Gesetzgeber geht aber offensichtlich davon aus, dass die Beschränkung der Verlustverrechnung nach Abs. 6 im Rahmen einer Schedulenbesteuerung systemimmanent ist und daher keiner weiteren Begründung bedarf. Allein schon der niedrige StTarif von 25 % berechtige dazu, von den allgemeinen ertragstrechtl. Regelungen über den einkünfteübergreifenden vertikalen Verlustausgleich abzuweichen (BTDrucks. 16/4841, 100). Allerdings werden auch verschiedene Bedenken gegen die verfassungsrechtl. Zulässigkeit der Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 vorgebracht, insbes. soweit es um die zusätzliche Beschränkung für die Verrechnung von Verlusten aus Aktiengeschäften geht; s. Anm. 8 und ENGLISCH, StuW 2007, 221; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322; Loos, DB 2007, 704; für Verfassungskonformität MUSIL, FR 2010, 149.

II. Vorrangige Verrechnung mit Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften (Abs. 6 Satz 1)

1. Überblick

611

Positive Einkünfte aus Kapitalvermögen sind nach Satz 1 vorrangig mit Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften, auf die § 23 in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung anzuwenden ist, zu verrechnen, allerdings nur „nach Maßgabe der § 23 Abs. 3 Satz 9 und 10“. Dort wird die Verrechnung auf positive Einkünfte iSd. Abs. 2 beschränkt. Ferner sind nur verbleibende positive Einkünfte nach Verrechnung im Rahmen der sog. Verlustverrechnungstöpfe bei den Kreditinstituten nutzbar. Der Grund für die in Abweichung zu Satz 2 zugelassene einkunftsartübergreifende Verlustverrechnung liegt darin, dass viele bisher nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 stpfl. Veräußerungs- und Termingeschäftsgewinne seit 2009 gem. Abs. 2 als Einkünfte aus Kapitalvermögen besteuert werden. Übergangsweise bis einschließlich VZ 2013 wird dem Stpfl. insbes. für Altverluste aus Wertpapierveräußerungsgeschäften die Möglichkeit eröffnet, die Verluste – wie bisher – mit Gewinnen aus solchen Geschäften zu verrechnen (BTDrucks. 16/4841, 102). Allerdings ist auch eine Verrechnung mit anderen Altverlusten iSv. § 23 möglich, insbes. Verluste aus der Veräußerung von Immobilien innerhalb der Zehnjahresfrist (s. Anm. 613). Ferner wurden mit dem JStG 2009 auch Altverluste aus Termingeschäften zur Verrechnung mit verbleibenden positiven Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 11 zugelassen (§ 22 Nr. 3 Sätze 5, 6, allerdings ebenfalls befristet bis einschließlich VZ 2013 (§ 52a Abs. 10a)). Die Befristung der Verlustverrechnungsmöglichkeit hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, in Abs. 6 Satz 1 eine Verwendungsreihenfolge für Verluste zu etablieren.

2. Verrechnung mit verbleibenden positiven Einkünfte

612

Zur Verrechnung mit Altverlusten aus § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 aF und § 22 Nr. 3 aF stehen nur die verbleibenden positiven Einkünften aus Kapitalvermögen zur Verfügung.

Sparer-Pauschbetrag: Die verbleibenden positiven Einkünfte sind ohne Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags zu ermitteln. Dieser kommt nur insoweit zur Anwendung, als nach Verrechnung gem. Abs. 6 positive Einkünfte aus Kapitalvermögen verbleiben (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 119b).

Verlustverrechnungstopf: Der Begriff „verbleibende positive Einkünfte“ erschließt sich nur mit Blick auf den von den auszahlenden Stellen zum Zwecke des KapErtrStAbzugs nach § 43a Abs. 3 zu führenden Verlustverrechnungstopf. Da negative und positive Kapitalerträge zunächst von der auszahlenden Stelle beim KapErtrStAbzug unterjährig verrechnet werden, können nur die nach der Verrechnung iSd. § 43a Abs. 3 verbleibenden positiven Erträge mit Altverlusten aus privaten Veräußerungs- und Termingeschäften ausgeglichen werden (BTDrucks. 16/4841, 101). Im Rahmen der Verlustverrechnungstöpfe sind jedoch nur positive und negative Kapitalerträge zu verrechnen (vgl. § 43a Abs. 3 Satz 2), so dass insoweit auch Verrechnungspotential verloren gehen kann. So sind im Verlustverrechnungstopf positive Einkünfte aus Abs. 1 Nr. 11 sowie Abs. 2 mit negativen Einkünften aus Abs. 1 bis 3 zu verrechnen, allerdings unter Berücksichtigung der nochmals eingeschränkten Verrechenbarkeit von Aktien-

verlusten (Satz 5). Der (ggf. anteilige) Sparer-Pauschbetrag ist indes nicht abzuziehen (BMF v. 20.12.2012, BStBl. I 2013, 36 – Tz. 24). Im Einzelnen hat die auszahlende Stelle für Zwecke von Abs. 6 Folgendes zu bescheinigen (vgl. Muster I der Anl. 1 zu BMF v. 20.12.2012, BStBl. I 2013, 36):

- Gewinne aus Kapitalerträgen iSv. Abs. 2 (ggf. nach Verrechnung mit positiven Einkünften, aber vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags),
- davon Gewinne aus Aktienveräußerungen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (ggf. nach Verrechnung mit Verlusten aus Aktienveräußerungen),
- Stillhalterprämien iSv. Abs. 1 Nr. 11 (ggf. nach Verrechnung mit positiven Einkünften, aber vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags).

Nicht dem Steuerabzug unterliegende Erträge: Für die Verlustverrechnung stehen auch Einkünfte aus Kapitalvermögen zur Verfügung, die nicht dem KapErtrStAbzug unterliegen haben und deshalb in der StErklärung anzugeben sind (§ 32d Abs. 3). Aufgrund der Vorrangigkeit der Verrechnung mit Altverlusten aus § 22 Nr. 3 und § 23 aF erfolgt insoweit und anders als in den Verlustverrechnungstöpfen jedoch noch keine Verrechnung positiver und negativer Einkünfte.

Erträge aus Investmentvermögen:

► *Investmentfonds:* Erträge aus Anteilen an Investmentfonds gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 5 InvStG). Sie stehen damit grds. auch zur Verrechnung gem. Abs. 6 Satz 1 zur Verfügung. Soweit die Investmentfondsanteile durch eine inländ. auszahlende Stelle verwahrt und verwaltet werden, werden die Erträge mit der StBescheinigung ausgewiesen. Andere Investmentfondserträge sind hingegen in der StErklärung anzugeben (§ 32d Abs. 3). Wegen der Besonderheiten der Ertragsermittlung für Investmentfonds (§§ 2 ff. InvStG) sind allerdings einige Besonderheiten zu beachten:

- ▷ *Laufende Erträge aus Investmentfondsanteilen* gehören grds. zu den Einkünften iSv. Abs. 1 Nr. 1 (§ 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG) und stehen damit für eine Verrechnung gem. Abs. 6 Satz 1 nicht zur Verfügung (s. Anm. 613). Dies gilt bei thesaurierten Investmentfondserträgen auch für die meisten von dem Investmentfonds vereinnahmten und nicht zur Ausschüttung verwendeten Erträge iSv. Abs. 1 (sog. ausschüttungsgleiche Erträge, § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG). Hierzu zählen allerdings nicht Einkünfte iSv. Abs. 1 Nr. 11 sowie ein Großteil der Einkünfte iSv. Abs. 2 (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG). Diese Erträge gelten beim Anleger im Fall der Thesaurierung jedoch nicht als zugeflossen, stehen also im Jahr der Vereinnahmung durch den Investmentfonds ebenfalls nicht für die Verlustverrechnung zur Verfügung.
- ▷ *Gewinne aus der Veräußerung oder Rückgabe von Investmentfondsanteilen* gehören grds. zu den Einkünften iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (§ 8 Abs. 5 Satz 1 InvStG). Sie stehen damit im Grundsatz für die Verlustverrechnung gem. Abs. 6 Satz 1 zur Verfügung (s. Anm. 613). Da allerdings die während der Laufzeit als zugeflossen geltenden ausschüttungsgleichen Erträge vom Veräußerungs- oder Rückgabebelös abzuziehen sind (§ 8 Abs. 5 Satz 3 InvStG), enthält der Veräußerungs- oder Rückgabegewinn vor allem die während der Besitzzeit des Anlegers durch den Investmentfonds vereinnahmten, aber nicht ausgeschütteten Erträge iSv. Abs. 1 Nr. 11 und Abs. 2, die nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören. Überdies sind auch die im Jahr der Rückgabe oder Veräußerung aufgelaufenen Zinserträge (sog. Zwischengewinn, vgl. § 1 Abs. 4 InvStG) vom Veräußerungs- oder Rückgabebelös abzuziehen (§ 8 Abs. 5 Satz 2 InvStG) und gehören zu den Einkünften iSv. Abs. 1 Nr. 1 (§ 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG). Im Ergebnis können Investmentfondserträge daher

nur recht eingeschränkt zur Verrechnung mit Altverlusten gem. Abs. 6 Satz 1 herangezogen werden. Insbesondere ist eine Verrechnung gem. § 22 Nr. 3 Sätze 5, 6 nicht möglich, selbst wenn der Investmentfonds Stillhalterprämien bezogen hat. Die Fiktion in § 8 Abs. 5 Satz 1 InvStG ist umfassend.

► *Kapital-Investitionsgesellschaften*: Gewinne aus der Rückgabe, Veräußerung oder Liquidation einer Kapital-Investitionsgesellschaft gehören zu den Einkünften iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (vgl. § 19 Abs. 3 Satz 1 und 2 InvStG) und stehen damit im Grundsatz für eine Verrechnung mit Altverlusten gem. Abs. 6 Satz 1 zur Verfügung. Die Regelungen über Kapital-Investitionsgesellschaften wurden jedoch erst durch das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz vom 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318; BStBl. I 2014, 2) eingeführt und sind ab dem 24.12.2013 anzuwenden (§ 22 Abs. 1 Satz 1 InvStG). Aufgrund der zeitlichen Beschränkung der Verrechnung mit Altverlusten gem. Abs. 6 Satz 1 bis einschl. VZ 2013 dürfte diesen Gewinnen nur eine geringe praktische Bedeutung zukommen.

3. Verrechenbare Verluste

613

Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften:

► *Art des Veräußerungsgeschäfts unbeachtlich*: Verrechenbar sind alle Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften, unabhängig davon, welche Art von WG in den Vorjahren veräußert wurde. Nicht nur Verluste aus Wertpapier- oder Termingeschäften, sondern auch Verluste, die durch die Veräußerung von Immobilien entstanden sind (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1), können im Veranlagungswege nach Abs. 6 Satz 1 mit Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet werden (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 53). Dies hat der Gesetzgeber offenbar hingenommen, weil bis einschließlich 2008 im Rahmen von § 23 Abs. 3 aF keine getrennte Feststellung von Verlusten aus § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 aF einerseits und § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 aF andererseits erfolgte. Soweit die Verluste nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. j aF iVm. § 3c nur hälftig zu berücksichtigen waren, werden sie auch bei der Verrechnung nach Satz 1 nur hälftig angesetzt (FG Berlin-Brandenb. v. 25.4.2013 – 3 K 3273/11, EFG 2013, 1219, nrkr., Az. BFH VIII R 37/13; FG Düss. v. 6.6.2013 – 12 K 3905/12 F, EFG 2013, 1567, nrkr., Az. BFH VIII R 51/13).

► *Altverluste* waren ursprünglich solche „aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 in der bis zum 31. Dezember 2008 anzuwendenden Fassung“ (§ 23 Abs. 3 Satz 9 idF UntStRefG 2008). Daher konnten auch Altverluste nach dem 1.1.2009 entstehen, weil für bestimmte Veräußerungsgeschäfte gem. § 52a Abs. 11 Satz 4 bis 6 noch § 23 aF anzuwenden ist (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 53; LANGE in BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, 2007, § 20 Rn. 81). Somit ist die Verlustverrechnung nicht nur mit Verlusten zulässig, die vor dem 1.1.2009 entstanden sind (aA BEHRENS, BB 2007, 1025, [1030]). Da sich § 52a Abs. 11 Satz 4 nur auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF bezieht, wären überdies sogar Verluste aus Immobilienveräußerungsgeschäften innerhalb der Zehnjahresfrist erfasst, bei denen die Veräußerung erst nach dem 31.12.2008, ggf. sogar erst im VZ 2013 erfolgt, denn § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 wurde durch das UntStRefG 2008 nicht geändert, so dass es sich nach wie vor um die „bis zum 31. Dezember 2008 anzuwendende Fassung“ handelt. Eine solche Einschränkung wäre mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu vereinbaren und

würde auch dem Sinn der Regelung widersprechen (glA HAI SCH/KRAMPE, FR 2010, 311 [321]). Der Gesetzgeber reagierte hierauf mit dem JStG 2010 und änderte § 23 Abs. 3 Satz 9 dahingehend, dass nunmehr nur noch „Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften, auf die § 23 in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung anzuwenden ist,“ für die besondere Verlustverrechnung zur Verfügung stehen. Die Änderung soll klarstellenden Charakter haben, und daher rückwirkend ab dem 1.1.2009 anwendbar sein (§ 52a Abs. 11 Satz 11 idF des JStG 2010). Damit sind aber zumindest noch die privaten Veräußerungsverluste erfasst, die im Jahr 2009 innerhalb der Jahresfrist erzielt wurden, auch wenn das betreffende WG noch in 2008 angeschafft wurde. Die einkunftsartübergreifende Verlustverrechnung soll gerade Härten mildern, die den Stpfl. durch die Überführung der privaten Veräußerungsgeschäfte in den Bereich der Kapitaleinkünfte (Abs. 2) entstehen können. Daher ist es uE geboten, auch Verluste, die nach dem 31.12.2008 entstehen, aber wegen der Übergangsvorschriften noch dem § 23 aF unterliegen, in die Verlustverrechnung einzubeziehen.

Beispiel 1: Anleger A erwirbt im November 2008 Anleihen im Wert von 10 000 €, die er im Mai 2009 zu 8 000 € wieder veräußert. Aus im Jahr 2009 angeschafften Anleihen, die in 2009 wieder veräußert wurden, realisiert er einen Gewinn von 5 000 €. Im Wege der Veranlagung kann der Verlust von 2 000 € mit den positiven Einkünften (Gewinn) verrechnet werden.

Verluste aus Stillhaltergeschäften: Nach dem Wortlaut des Abs. 6 sind Altverluste aus Stillhaltergeschäften iSd. § 22 Nr. 3 nicht erfasst. Durch das JStG 2009 hat der Gesetzgeber über die Einfügung der Sätze 5 und 6 in § 22 Nr. 3 jedoch eine dem § 23 Abs. 3 Sätze 9 und 10 vergleichbare Regelung für Verluste aus Stillhaltergeschäften geschaffen, wenn die Geschäfte vor dem 1.1.2009 abgeschlossen wurden. Nach § 22 Nr. 3 Sätze 3 und 4 waren Verluste aus Stillhaltergeschäften in der Einkunftsart „sonstige Einkünfte“ eingeschlossen. Werbungskostenüberschüsse konnten bis VZ 2008 nicht mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden. Ab VZ 2009 werden Einnahmen aus Stillhaltergeschäften nach Abs. 1 Nr. 11 als Einnahmen aus Kapitalvermögen qualifiziert, so dass nunmehr bis 2013 alte Stillhalterverluste (sonstige Einkünfte) in Durchbrechung des Verbots der vertikalen Verlustverrechnung aus Abs. 6 Satz 2 mit Gewinnen aus nach dem 31.12.2008 abgeschlossenen Stillhaltergeschäften iSd. Abs. 1 Nr. 11 verrechnet werden können.

Beispiel 2: Anleger A hat aus den Jahren 2006 bis 2008 noch festgestellte, bisher nicht ausgeglichenen WK-Überschüsse aus Stillhaltergeschäften iHv. 10 000 €. Im Jahr 2009 erzielt er aus eben solchen Geschäften Gewinne iHv. 5 000 €. Diese können im Wege der Veranlagung der Einkünfte aus Kapitalvermögen mit den Altverlusten (WK-Überschüsse) verrechnet werden, so dass im Jahr 2009 nur Einkünfte aus Abs. 1 Nr. 11 von 5 000 € mit dem Abgeltungssteuersatz von 25 % belegt werden.

614 4. Verluste nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Sätze 9 und 10 verrechnen

Altverluste aus privaten Veräußerungsgeschäften: Die Verlustverrechnung muss nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Sätze 9 und 10 erfolgen. Daraus ergibt sich, dass die Altverluste nur mit positiven Einkünften iSd. Abs. 2 ausgeglichen werden dürfen (LANGE in BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, 2007, § 20 Rn. 81). Abs. 2 erfasst im Wesentlichen Erträge aus Veräußerungsgeschäften, also Erträge aus Anteilsveräußerungen, aus der Veräußerung von verbrieften oder unverbrieften Kapitalforderungen jeder Art und aus Termingeschäften. Nur Gewinne aus solchen Geschäften stehen zur Verrechnung mit Altverlusten iSd. § 23 zur Verfügung. Da § 23 Abs. 3

Satz 10 wiederum anordnet, dass die Verlustverrechnung „nach Maßgabe des § 10d“ zu erfolgen hat, sind die Grenzen der Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 1 und 2 zu beachten. Insoweit unterscheidet sich Abs. 6 Satz 1 von der Verlustverrechnung nach den Sätzen 3 und 5, weil dort die Grenzen der Mindestbesteuerung nicht beachtet werden müssen; zu Einzelheiten s. § 23 Anm. 321.

Altverluste aus Stillhaltergeschäften: Abs. 6 Satz 1 enthält zwar keine ausdrückliche Verweisung auf eine Verrechnung „nach Maßgabe des § 22 Nr. 3 Satz 5 und 6“. Gleichwohl sind aufgrund dieser Vorschriften nur positive Einkünfte iSv. Abs. 1 Nr. 11 verrechenbar.

5. Verrechnungsreihenfolge

615

Weitestmögliche Verrechnung angestrebt: Verbleibende positive Einkünfte müssen zunächst mit Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften verrechnet werden. Der Begriff „zunächst“ hat die Funktion klarzustellen, dass positive Kapitaleinkünfte desselben VZ vorrangig mit den Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften zu verrechnen sind, so dass ein Ausgleich mit anderen Verluste aus Kapitalvermögen desselben VZ nicht erfolgen soll (BTDrucks. 16/4841, 101). Erst wenn nach dieser Verrechnung noch positive Einkünfte vorhanden sind, sollen sie mit Verlusten aus Kapitalvermögen desselben VZ ausgeglichen werden. Dies gilt auch für positive Einkünfte aus Aktiengeschäften: Diese sollen – außerhalb des Verlusttopfes – ebenfalls vorrangig mit verbleibenden Altverlusten iSd. § 23 verrechnet werden. Die vorrangige Verrechnung der Altverluste verhindert – zumindest teilweise – einen späteren Untergang dieser Verluste, denn die Altverluste iSd. § 23 können nach § 52a Abs. 11 Satz 11 letztmals im VZ 2013 mit Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet werden (PAUKSTADT/LUCKNER, DStR 2007, 653). Die Verwendungsreihenfolge für die Verlustverrechnung soll also den möglichst vollständigen Verbrauch der Altverluste sicherstellen (BTDrucks. 16/4841, 101). Soweit über den VZ 2013 hinaus noch private Veräußerungsverluste aus den VZ vor 2009 bestehen, können diese ab 2014 nur noch mit Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 verrechnet werden.

Verrechnungsmöglichkeiten: Im Einzelnen ergibt sich nach Berücksichtigung der Verrechnungstöpfe der Banken folgende Reihenfolge (vgl. auch BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 118 sowie 119 mit Beispiel):

- ▶ *Altverluste aus Stillhaltergeschäften* (§ 22 Nr. 3 Sätze 5, 6) verrechenbar mit
 - Stillhalterprämien iSv. Abs. 1 Nr. 11 gem. StBescheinigung(en) der auszahlenden Stelle(n), ggf. nach Verrechnung mit positiven Einkünften, aber vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags und ohne Verrechnung mit nicht der KapErtrSt unterliegenden negativen Einkünften aus Kapitalvermögen;
 - nicht dem KapErtrStAbzug unterliegende Stillhalterprämien iSv. Abs. 1 Nr. 11 ohne Verrechnung mit negativen Einkünften aus Kapitalvermögen und vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags.
- ▶ *Altverluste aus privaten Veräußerungsgeschäften* (§ 23 Abs. 3 Sätze 9, 10) verrechenbar mit
 - Gewinnen aus Kapitalerträgen iSv. Abs. 2 gem. StBescheinigung(en) der auszahlenden Stelle(n), ggf. nach Verrechnung mit positiven Einkünften, aber vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags und ohne Verrechnung mit

- nicht der KapErtrSt unterliegenden negativen Einkünften aus Kapitalvermögen;
- Gewinnen aus Aktienveräußerungen iSv. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gem. StBescheinigung(en) der auszahlenden Stelle(n), ggf. nach Verrechnung mit Verlusten aus Aktienveräußerungen, aber vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschetrags und ohne Verrechnung mit nicht der KapErtrSt unterliegenden negativen Einkünften aus Kapitalvermögen (einschließlich entsprechender Aktienveräußerungsverluste);
 - nicht dem KapErtrStAbzug unterliegenden Gewinnen aus Kapitalerträgen iSv. Abs. 2 (einschließlich entsprechender Aktienveräußerungsgewinne) ohne Verrechnung mit negativen Einkünften aus Kapitalvermögen (einschließlich Aktienveräußerungsverluste) und vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschetrags.

616 6. Verrechnung von Altverlusten nur im Veranlagungsverfahren

Nach § 43 Abs. 3 Satz 2 haben die zum Einbehalt der KapErtrSt verpflichteten Stellen unterjährig eine Verrechnung von positiven und negativen Kapitalerträgen vorzunehmen. Diese Verpflichtung betrifft jedoch nur aktuelle, dh. im VZ zugeflossene Kapitalerträge. Altverluste können daher nicht von den Kreditinstituten verrechnet werden. Insoweit ergibt sich aus § 32d Abs. 4 die Möglichkeit der Wahlveranlagung zur Verrechnung der Altverluste aus § 23 und § 22 Nr. 3.

Verrechnung alter und neuer Verluste: Steuerpflichtige, die im gleichen VZ sowohl Gewinne aus Kapitalvermögen als auch Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 haben, müssen ihre Verluste aus den privaten Veräußerungsgeschäften zunächst innerhalb dieser Einkunftsart verrechnen (FG Ba.-Württ. v. 12.9.2012 – 1 K 4484/11, EFG 2013, 35, rkr.).

Beispiel 1: A hat aus privaten Veräußerungsgeschäften des Jahres 2008 einen nach § 10d Abs. 4 festgestellten Verlust von 5000 €. Im Jahr 2009 erzielt er Gewinne aus Aktien, die noch 2008 angeschafft wurden, iHv. 5000 € und Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren von ebenfalls 5000 €. In der Veranlagung 2009 sind erst die Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften (§ 23) von 5000 € mit dem festgestellten Verlust aus 2008 zu verrechnen. Die Gewinne aus Wertpapiergeschäften (§ 20) stehen nicht zur Verrechnung zur Verfügung; hier verbleibt es beim StAbzug von 25 % durch das Kreditinstitut.

Verlustverrechnung und ausländische Quellensteuer: Verluste mindern die stpfl. Kapitalerträge unabhängig davon, ob diese aus in- oder ausländ. Quellen stammen. Die Summe der anrechenbaren ausländ. Quellensteuer ist auf die nach Verlustverrechnung verbleibende (Abgeltung-)Steuerschuld anzurechnen.

Beispiel 2 nach BMF v. 9.12.2012 (BStBl. I 2012, 953 – Tz. 122): Aus der Veräußerung von im Jahr 2009 angeschafften Wertpapieren erzielt A im Februar 2010 einen Verlust von 300 €. Im März 2009 erhält er eine ausländ. Dividende von 100 €, die mit 15 € Quellensteuer belastet ist. Sämtliche Wertpapiere werden im Depot einer inländ. X-Bank verwahrt und verwaltet. Die Bank behält von der Dividendenzahlung wegen der Verluste aus Februar 2009 keine KapErtrSt ein. Im Juni 2009 bezieht A weitere ausländ. Dividenden iHv. 700 €. Die ausländ. Quellensteuer beträgt 70 €. Diese Wertpapiere werden bei inländ. Y-Bank, bei der A einen Freistellungsauftrag über 801 € erteilt hat, verwahrt und verwaltet. Aus Anleihen, die bei der Z-Bank geführt werden, erhält A im Dezember 2009 Zinsen iHv. 621 €, von denen die Z-Bank 155 € KapErtrSt einbehält. Gemäß § 32d Abs. 4 erklärt A seine Kapitaleinkünfte in der StErklärung 2009. Die Verlustbescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 und die StBescheinigung nach

§ 45a Abs. 2 legt er vor. Das FA wird in der Veranlagung 2009 die Kapitaleinkünfte folgendermaßen berücksichtigen:

Veräußerung von Wertpapieren	./.	300 €	
ausländ. Dividenden		800 €	Quellensteuer 85 €
Zinserträge		621 €	
Summe		1 121 €	
Sparerpauschbetrag	./.	801 €	
Summe		320 €	
ESt (25 %)		80 €	
Quellensteuer			80 €
EStErstattung			155 €

III. Kein vertikaler Verlustausgleich (Abs. 6 Satz 2)

617

Nach Satz 2 ist der Ausgleich von Verlusten aus Kapitalvermögen mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten nicht möglich. Sie dürfen zudem nicht nach § 10d in anderen Jahren vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. Die Verluste bleiben damit in der Einkunftsart „Kapitalvermögen“ „eingesperrt“. Lediglich für Altverluste aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 und des § 22 Nr. 3 lässt Satz 1 eine Durchbrechung dieses Grundsatzes zu.

Verrechnung von positiven Kapitalerträgen mit Verlusten aus anderen Einkunftsarten: Satz 2 untersagt lediglich die Verrechnung von Verlusten aus Kapitalvermögen mit anderen, der individuellen Tarifbesteuerung unterliegenden Einkunftsarten. Deshalb ist es theoretisch möglich, positive Einkünfte aus Kapitalvermögen mit Verlusten, zB aus Gewerbebetrieb, zu verrechnen. Wirtschaftlich jedoch ist eine derartige Verrechnung wenig sinnvoll, da der Gewerbeverlust mit progressiv besteuerten gewerblichen Gewinnen zu verrechnen ist (s. Anm. 610).

IV. Nur Verlustvortrag möglich (Abs. 6 Satz 3)

618

Nach Satz 3 mindern negative Kapitalerträge (Verluste) die Einkünfte, die der Stpfl. in den folgenden VZ aus Kapitalvermögen erzielt. Damit ist nur noch ein Verlustvortrag zugelassen. Der Verlustrücktrag ist nicht mehr vorgesehen (krit. OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322). Der Verlustvortrag ist zeitlich und betragsmäßig nicht beschränkt. Auch erfolgt die Verlustverrechnung in den folgenden VZ, ohne dass die Sockelbeträge nach § 10d Abs. 2 zu beachten sind (BTDrucks. 16/4841, 101; STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 52). Der Gesetzgeber hat damit bewusst auf eine entsprechende Anwendung des § 10d im Rahmen des Abs. 6 verzichtet, weil eine solche Beschränkung durch die Kreditinstitute im StAbzugsverfahren mangels Administrierbarkeit nicht berücksichtigt werden kann. Um eine Benachteiligung des Stpfl., der Verluste erst im Veranlagungsverfahren geltend machen kann, zu vermeiden, schränkt § 10d Abs. 2 die Verlustverrechnung nach Abs. 6 nicht (weiter) ein (BTDrucks. 16/4841, 101). Dadurch unterscheidet sich Abs. 6 wesentlich von der Mehrzahl der anderen Verlustverrechnungsbeschränkungen wie § 23 Abs. 3 Satz 8 oder § 15 Abs. 4, bei denen die Sockelbeträge eine weitere Einschränkung der Verrechnungsmöglichkeiten bewirken und dort die Verrechnung nur „nach Maßgabe des § 10d“ zu erfolgen hat.

619 **V. Sinngemäße Anwendung des § 10d Abs. 4 (Abs. 6 Satz 4)**

Nach dieser Vorschrift ist ein verbleibender Verlust in entsprechender Anwendung des § 10d Abs. 4 gesondert festzustellen. Der Verlustfeststellungsbescheid hat dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Verluste aus Aktiengeschäften nach Satz 5 einer gesonderten Verrechnungsbeschränkung unterliegen, so dass der Bescheid danach zu unterscheiden hat, ob ein (allgemeiner) Verlust (negative Kapitalerträge) aus Kapitalvermögen oder ein Verlust aus Aktiengeschäften iSd. Satzes 5 festgestellt wird. Wegen der Ausdehnung der Verlustverrechnung in § 22 Nr. 3 Sätze 5 und 6 hat der Feststellungsbescheid auch die verbleibenden (Alt-)Verluste aus Stillhaltergeschäften iSd. Abs. 1 Nr. 11 festzustellen; Einzelheiten zum Feststellungsbescheid s. § 10d Anm. 120 ff.

620 **VI. Gesonderte Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Aktiengeschäften (Abs. 6 Satz 5)**

Aktienverluste: Realisierte Verluste aus Aktiengeschäften dürfen nach Satz 5 nur mit Gewinnen aus der Veräußerung von Aktien ausgeglichen werden. Der Ausgleich ist weder mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten noch mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen zulässig. Gewinne aus Aktiengeschäften können dagegen mit Verlusten aus anderen Kapitalerträgen ausgeglichen werden (LANGE in BREITHECKER/FÖRSTER/FÖRSTER/KLAPDOR, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, 2007, § 20 Rn. 80). Damit bilden Aktiengeschäfte im Rahmen der Verlustverrechnung eine zusätzliche Schedule innerhalb der Schedule „Einkünfte aus Kapitalvermögen“. Der Gesetzgeber begründet die Sonderbehandlung von realisierten Aktienverlusten mit den (abstrakt) drohenden Risiken für die öffentlichen Haushalte, wenn die Möglichkeit einer uneingeschränkten Verlustverrechnung mit den anderen Einkünften aus Kapitalvermögen zugelassen werde (BTDrucks. 16/5491, 44). Ein Börsencrash wie 2000 bis 2002 könne zu Mindereinnahmen in Milliardenhöhe führen. Da der Gesetzgeber auch für verfassungsgemäße öffentliche Haushalte verantwortlich sei, hält er sich für befugt, den mit dem Aktienmarkt verbundenen Risiken für die öffentlichen Haushalte durch die Einführung einer speziellen Verlustverrechnungsbeschränkung zu begegnen (BTDrucks. 16/5491, 44). Diese Begründung ist zweifelhaft (glA Loos, DStZ 2010, 78 [84]). Näher liegt es, die Motive für die Beschränkung der Verrechenbarkeit in den Gegenfinanzierungsmaßnahmen zur Lockerung der Zinschranke zu suchen; dazu Loos, DStZ 2010, 78 (80). BVerfG v. 9.12.2008 (2 BvL 1, 2/07, 1, 2/08, DStR 2008, 2460) sieht allerdings in der Haushaltskonsolidierung keine Rechtfertigung für Sonderbelastungen, wie sie hier Aktienanleger zu tragen haben.

Aktiengeschäfte: Betroffen von der speziellen Verrechnungsbeschränkung sind nur Verluste aus der Veräußerung von Aktien, so dass die Veräußerung anderer Wertpapiere oder Finanzprodukte wie GmbH-Anteile, Investmentfondsanteile, Zertifikate oder Termingeschäfte nicht erfasst werden (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 52; SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 640). Allerdings dürften auch nicht börsennotierte Aktien sowie Kommanditaktien einer KGaA erfasst sein. Nicht erfasst sind hingegen Genussrechte iSv. Abs. 1 Nr. 1, die von einer AG oder KGaA emittiert werden (GEURTS in B/B, § 20 nF Rn. 772), sowie Finanzprodukte, die sich auf Aktien beziehen (zB Aktien-, Dax- oder Basket-Zertifikate). Allein der nur mittelbare Handel mit Aktien über besondere Derivate führt nicht

dazu, dass ein Aktiengeschäft iSv. Satz 5 vorliegt. Eine solche wortlautgetreue Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Veräußerung von Zertifikate, Termingeschäfte oder Aktienfondsanteile wollte der Gesetzgeber ausdrückl. nicht in die spezielle Beschränkung einbeziehen, weil von diesen aufgrund ihrer geringen Verbreitung kein qualifiziertes Haushaltsrisiko ausgehe (BTDrucks. 16/5491, 45). Daher ist uE auch die von der FinVerw. befürwortete Einbeziehung von ADR und GDR in Abs. 6 Satz 5 (vgl. BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 123) abzulehnen.

Beispiel 1: Anleger A erwirbt 2009 Anteile an einem Exchange Traded Fund (ETF) auf den DAX zum Preis von 10 000 €, die er im Jahr 2010 zu 8 000 € wieder veräußert. Zugleich hat er 2010 Zinseinnahmen von 5 000 €. Im Rahmen der unterjährigen Verrechnung hat seine Depotbank den Verlust aus dem Fondsanteilsverkauf von 2 000 € mit den Zinserträge zu verrechnen, so dass lediglich auf 3 000 € die Abgeltungsteuer von 25 % einzubehalten ist.

Beispiel 2: Anleger B veräußert 2010 seine 2009 erworbenen Anteile an einem ETF mit einem Gewinn von 5 000 €. Zugleich hat er aus Aktiengeschäften in 2010 einen Verlust von 3 000 € realisiert. Hier darf die Depotbank den Veräußerungsgewinn aus dem Fondsverkauf, auch wenn dem Fonds Aktien zugrunde liegen, nicht mit den Verlusten aus den Aktiengeschäften verrechnen. Vielmehr unterliegen die Fondsgewinne der Abgeltungsteuer. Der Verlust aus den Aktiengeschäften ist nach 2011 vorzutragen oder nach Ausstellen einer Verlustbescheinigung der Bank im Wege der Veranlagung mit Aktiengewinnen aus einem Depot bei einem anderen Kreditinstitut zu verrechnen.

Allerdings dürften auch Stillhalterprämien (Abs. 1 Nr. 11) bei einer Kaufoption über Aktien nicht als Aktiengeschäfte anzusehen sein. Ein etwaiger Verlust des Stillhalters bei Lieferung dieser Aktien im Fall der Ausübung der Option wäre danach nicht mit den positiven Einkünften gem. Abs. 1 Nr. 11 verrechenbar (so wohl BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 26; aA PHILIPOWSKI, DStR 2011, 1298 [1300]; s. auch Anm. 401; glA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. C/11 13, auch zur vergleichbaren Problematik bei Optionen auf Rohstoffe).

Ausländische Aktien: Dem ausländ. Recht ist die deutsche Unterscheidung zwischen Aktiengesellschaft und GmbH mitunter fremd. Teilweise wird (zB in Irland) nur zwischen börsennotierten (public) und nicht-börsennotierten (private) Kapitalgesellschaften (limited company) unterschieden. Da das deutsche Recht nur an die Aktie, nicht aber an deren Börsennotierung anknüpft, andererseits aber auch GmbH-Anteile ausdrückl. nicht erfasst, stellt sich die Frage, wie Abs. 6 Satz 5 bei Auslandssachverhalten anzuwenden ist. Insoweit sollten uE im Wege der teleologischen Reduktion nur börsennotierte Anteile an ausländ. KapGes. erfasst werden.

Verlustvortrag: Für die Verlustverrechnung gelten die Sätze 3 und 4 sinngemäß, so dass aE eines VZ nicht ausgeglichene Verluste die Gewinne, die der Stpfl. in den folgenden VZ aus der Veräußerung von Aktien erzielt, im Wege eines Verlustvortrags mindern. Ein danach noch verbleibender Verlust ist gesondert festzustellen.

Zu der Frage, wie diese Sonderregelungen im Rahmen des StAbzugs nach § 43a Abs. 3 zu berücksichtigen sind, s. §§ 43 ff. Anm. J 07-15 und § 43a Anm. J 08-6.

Verfassungsrechtliche Bedenken: Die verfassungsrechtl. Zulässigkeit der gesonderten Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktiengeschäfte ist zweifelhaft; s. zB ENGLISCH, StuW 2007, 221; SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 640; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322. Auch wenn die Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 6 als systembedingte Folge einer Schedulenbesteuerung zulässig wäre (so die Gesetzesbegründung, s. BTDrucks. 16/4841, 100), bedarf es aus verfassungsrechtl. Sicht einer besonde-

ren Rechtfertigung, Aktiengeschäfte wiederum anders als die übrigen Einkünfte aus Kapitalvermögen zu behandeln. Im Kern begründet der Gesetzgeber die Sonderregelung für Verluste aus Aktiengeschäften mit einem rein fiskalischen Argument, in dem er auf die „abstrakt drohenden Haushaltsrisiken“ abstellt. Ob allein der fiskalische Nutzen einer Regelung die Sonderbehandlung rechtfertigen kann, muss bezweifelt werden (glA ENGLISCH, StuW 2007, 221). Auch die Rechtfertigung, die der BFH für die Verfassungsmäßigkeit der eingeschränkten Verrechenbarkeit von Verlusten gem. § 23 Abs. 3 Satz 8 aF angeführt hat, kann auf die Neuregelung uE nicht übertragen werden. Der BFH sah in der Möglichkeit, Verluste innerhalb der Haltefrist des § 23 aF zu realisieren, Gewinne dagegen erst nach Ablauf der Frist und somit stfrei vereinnahmen zu können, eine Missbrauchsmöglichkeit, dem der Gesetzgeber mit einer Verlustverrechnungsbeschränkung begegnen durfte (BFH v. 18.10.2006 – IX R 28/05, BStBl. II 2007, 259). Da für nach 2008 angeschaffte Aktien die Veräußerung von Aktien unabhängig von einer Haltefrist stpfl. ist, kann die Verrechnungsbeschränkung nicht mehr als Norm zur Missbrauchsbekämpfung gerechtfertigt werden. Somit sind verfassungsrechtl. Zweifel an der restriktiven Verrechnungsbeschränkung des Satz 5 durchaus gerechtfertigt.

621 VII. Verlustverrechnung von einer Verlustbescheinigung der Kreditinstitute abhängig (Abs. 6 Satz 6)

Verluste, die der KapErtrSt unterliegen, können nach Satz 6 nur im Wege der Veranlagung berücksichtigt werden, wenn der Stpfl. eine Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 vorlegt (s. allg. BMF v. 20.12.2012, BStBl. I 2013, 36, mit entsprechenden Mustern). Mit dieser Regelung wird sichergestellt, dass sich ein Verlust stl. nicht mehrfach – bei der Verrechnung durch das Kreditinstitut und im der Veranlagung – auswirken kann (BTDrucks. 16/4841, 96). Die Vorlage einer Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 ist notwendig, weil im Rahmen der abgeltenden KapErtrSt nunmehr die auszahlende Stelle – also idR das Kreditinstitut – bereits beim StAbzug unterjährig die Verluste zu berücksichtigen hat. Daher haben die Institute nach § 43a Abs. 3 einen „Verlustverrechnungstopf“ zu führen, wobei die in einem Kj. nicht verbrauchten Verluste vom Kreditinstitut in das nächste Kj. vorzutragen sind (§ 43a Abs. 3 Satz 3). Dementsprechend bleiben Verluste bei der Veranlagung grds. unberücksichtigt. Nur wenn der Stpfl. nach § 43a Abs. 3 Satz 4 bei seinem Kreditinstitut einen Antrag auf Erteilung einer Bescheinigung über die Höhe der verbliebenen Verluste stellt, können diese vom FA bei der Veranlagung verrechnet oder wiederum für die nächsten VZ festgestellt werden. Folge des Antrags auf der Ebene der Banken ist, dass der Verlustübertrag entfällt und der StEinbehalt im folgenden Kj. von der Bank ohne Berücksichtigung der Altverluste vorzunehmen ist. Auf diesem Wege wird verhindert, dass ders. Verlust sowohl beim StEinbehalt als auch bei einer anschließenden Veranlagung mit anderen positiven Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet wird.

Verluste aus Kapitalvermögen, die der Kapitalertragsteuer unterliegen: Die Bescheinigung ist nach dem Gesetzeswortlaut nur für Verluste notwendig, „die der KapErtrSt. unterliegen“. Diese Formulierung ist missverständlich, weil Verluste gerade nicht einem StEinbehalt unterliegen können (SCHÖNFELD in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 640). Das Gesetz ist uE dahingehend zu verstehen, dass die Einkünfte, wären sie positiv gewesen, dem KapErtrStAbzug unterlegen hätten.

Beispiel: Steuerpflichtiger A hat Ende 2009 aus seinem Depot bei der X-Bank negative Kapitalerträge aus Schuldverschreibungen (Stückzinsen und Veräußerungsverluste) iHv. 1000 € und Verluste aus Aktiengeschäften (Anschaffungen 2009) iHv. 5000 €. Um diese negativen Beträge mit positiven Zinserträgen und Aktiengewinnen aus einem Depot bei einer anderen Bank im Veranlagungswege verrechnen zu können, muss er die Bescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 beantragen. Ein solcher Antrag ist zulässig, da positive Zinserträge und Gewinne aus Aktiengeschäften dem Abzug der KapErtrSt unterlegen hätten.

Einstweilen frei.

622–629

**J. Erläuterungen zu Abs. 7:
Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Steuer-
stundungsmodellen**

I. Sinngemäße Anwendung des § 15b auf Kapitaleinkünfte (Abs. 7 Satz 1)

1. Bedeutung der Regelung

a) Umfang der Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b 630

Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b ist nach Abs. 7 auf alle Einkünfte aus Kapitalvermögen sinngemäß anzuwenden. Bis zum VZ 2005 beschränkte sich der Anwendungsbereich auf Einkünfte aus stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen iSd. Abs. 1 Nr. 4. Um Umgehungsgestaltungen zu verhindern, wurde die (sinngemäße) Anwendung des § 15b mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) auf alle Einkünfte aus Kapitalvermögen erstreckt (BTDrucks. 16/2712, 63; VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 179).

b) Rechtsfolge 631

Greifen die Voraussetzungen der Verlustverrechnungsbeschränkung ein, dürfen negative Einkünfte weder mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen oder abgezogen werden. Es ist nur eine Verrechnung mit positiven Einkünften aus derselben Einkunftsquelle in den Folgejahren zulässig. Zu Einzelheiten s. Anm. 640.

c) Zeitliche Anwendung 632

Anwendung bis zum Veranlagungszeitraum 2005 nur auf Einkünfte gem. Abs. 1 Nr. 4: § 15b war bis zum VZ 2005 nur für Verluste aus einer typisch stillen Gesellschaft oder einem partiarischen Darlehen iSd. Abs. 1 Nr. 4 sinngemäß anzuwenden. Für andere Einkünfte aus Kapitalvermögen sah das Gesetz eine sinngemäße Anwendung des § 15b dagegen nicht vor.

Anwendung ab dem Veranlagungszeitraum 2006 auf sämtliche Kapitaleinkünfte: Die Ausdehnung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf sämtliche Kapitaleinkünfte ist erst durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 erfolgt. Die Neuregelung ist nach § 52 Abs. 37d rückwirkend ab dem 1.1.2006 anzuwenden.

(BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 – Tz. 28). Der Gesetzgeber begründet die rückwirkende Anwendung mit der Notwendigkeit, das Steueraufkommen zu sichern. Eine rückwirkende Anwendung sei zulässig, da die ESt erst mit Ablauf des VZ entstehe. Darüber hinaus bestehe kein schutzwürdiges Vertrauen der Stpfl. in den Fortbestand der alten Rechtslage, da der Gesetzgeber mit der Einführung des § 15b im Jahre 2005 ausreichend deutlich gemacht habe, dass Steuerstundungsmodelle generell bekämpft werden sollen (BTDrucks. 16/2712, 64).

► *Verfassungsrechtliche Bedenken:* Die rückwirkende Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf den Beginn des VZ 2006 begegnet uE verfassungsrechtl. Bedenken.

▷ *Echte Rückwirkung:* Die rückwirkende Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung führt zu einer verfassungsrechtl. grds. unzulässigen echten Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen). Nachdem das BVerfG seine VZ-Rspr. zugunsten eines handlungsorientierten Dispositionsschutzkonzepts fortentwickelt hat (BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67; v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93, BVerfGE 105, 12; s. ausführl. Einf. ESt Anm. 523 ff.), liegt in der Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf Investitionen, die vor der Gesetzesverkündung getätigt wurden, eine echte Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen), weil der Gesetzgeber in bereits abgeschlossene Vorgänge eingreift (glA RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 470). Nach diesen Grundsätzen ist eine rückwirkende Änderung im laufenden VZ unzulässig, wenn der Stpfl. im laufenden Jahr eine abschließende wirtschaftliche Disposition im Vertrauen auf den Fortbestand der bestehenden stl. Rechtslage getroffen hat.

▷ *Keine Rechtfertigung ersichtlich:* Gründe, die eine echte Rückwirkung ausnahmsweise rechtfertigen könnten, liegen uE nicht vor:

Schutzwürdiges Vertrauen durch das Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005 unberührt: Das schutzwürdige Vertrauen der Stpfl. auf den Fortbestand der alten Rechtslage ist nicht durch das Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005 entfallen (aA BTDrucks. 16/2712, 64). Das Gesetz beschr. die sinngemäße Anwendung des § 15b auf Einkünfte iSd. Abs. 1 Nr. 4. Mit der eindeutigen Beschränkung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf diese Einkünfte wurde das Vertrauen des Stpfl. gerade darin begründet, dass andere Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht betroffen sind (glA SEEGER in SCHMIDT XXXII. § 15b Rn. 22).

Zeitpunkt des Vertrauensverlusts: Nach der Rspr. des BVerfG ist die Rückbewirkung von Rechtsfolgen auf einen Zeitpunkt vor der endgültigen Verabschiedung des Gesetzes durch die Legislative zulässig, wenn eine Änderung der Rechtslage für den Stpfl. vorhersehbar war. Daher könne eine Rückbeziehung auf den Tag der Beschlussfassung im BTag (BVerfG v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200) oder auf den Zeitpunkt des Kabinettsbeschlusses zulässig sein (BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvL 882/97, BVerfGE 97, 67). Da der Kabinettsbeschluss zum JStG 2007 vom 23.8.2006 stammt, dürfte die Verlustverrechnungsbeschränkung zumindest nicht auf Investitionen vor diesem Zeitpunkt anzuwenden sein. Ein noch weitergehender Schutz bestünde, wenn man die Auffassung vertritt, dass das schutzwürdige Vertrauen erst mit der Verkündung des Gesetzes entfalle (zu Einzelheiten s. Einf. ESt Anm. 525).

Haushaltsrisiken kein Rechtfertigungsgrund: Das vom Gesetzgeber ins Feld geführte Argument, die rückwirkende Erstreckung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf alle Kapitaleinkünfte solle ansonsten drohende Mindererinnahmen vermeiden (BTDrucks. 16/2712, 64), stellt keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund dar (s. Einf. ESt. Anm. 525). Das Ziel, Steuereinnahmen zu sichern, stellt keinen zwingenden Grund des Gemeinwohls dar, der eine Rückwirkung rechtfertigen kann.

Irrtum über Umfang von Steuerstundungsmodellen kein Rechtfertigungsgrund: Die ursprüngliche Beschränkung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf Fälle des Abs. 1 Nr. 4 beruhte (wohl) auf der Annahme, dass nur bei stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen unerwünschte Steuerstundungsmodelle möglich sind. Die nachträgliche Erkenntnis des Gesetzgebers, dass Steuerstundungsmodelle auch im Zusammenhang mit anderen Kapitaleinkünften konzipiert werden können, stellt ebenfalls keinen zwingenden Grund des Gemeinwohls dar, so dass die rückwirkende Anwendung des Abs. 7 auf alle Kapitaleinkünfte uE verfassungsrechtl. nicht zulässig ist.

Zur verfassungsrechtl. Beurteilung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b an sich s. § 15b Anm. 7 f.

2. Voraussetzungen der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b

a) Verluste

633

Negative Einkünfte: Alle Verluste aus einem Steuerstundungsmodell werden von der Verlustverrechnungsbeschränkung erfasst. Unter Verlust sind im Rahmen des § 20 negative Einkünfte zu verstehen. Negative Einkünfte resultieren regelmäßig aus dem Überschuss von WK über die Einnahmen aus Kapitalvermögen. Es ist nach § 15b Abs. 2 unerheblich, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen.

Stückzinsen und Zwischengewinne: Bei Stückzinsen und Zwischengewinnen handelt es sich nicht um WK, sondern um negative Einnahmen. Da unerheblich ist, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen, unterliegen dem Grunde nach auch gezahlte Stückzinsen oder Zwischengewinne der Verlustverrechnungsbeschränkung (glA OFD Rhld. v. 13.7.2010, DStR 2010, 1625; aA BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732).

b) Steuerstundungsmodell iSd. § 15b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2

634

Steuerstundungsmodell: Ein Steuerstundungsmodell liegt nach der Legaldefinition des § 15b Abs. 2 vor, wenn aufgrund einer modellhaften Gestaltung stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Eine modellhafte Gestaltung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Stpfl. seine Investition typischerweise nur im Rahmen eines vorgefertigten Konzepts ohne wesentliche eigene Einflussmöglichkeiten realisieren kann (JANSEN/LÜBBEHÜSEN, FR 2011, 512 [515 f.]; zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 30 ff.).

► *Vorgefertigtes Konzept typisch für Kapitalanlage:* Bei einer Vielzahl von Kapitalanlagen ist die Verlustverrechnungsvorschrift von besonderer Bedeutung, weil Banken regelmäßig Kapitalanlagen im Rahmen eines vorgefertigten Konzepts anbieten, an denen sich der Stpfl. nur ohne weitere Gestaltungsmöglichkeiten beteiligen kann.

► *Leistungsbündel*: Die FinVerw. nimmt eine Modellhaftigkeit bei einer Bereitstellung eines Bündels von Haupt-, Zusatz- und Nebenleistungen an (BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 – Tz. 8). Solch ein Leistungsbündel stellt uE aber nur ein Indiz und keine (tatbestandliche) Voraussetzung für das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells dar (im Sinne einer zwingenden Voraussetzung wohl BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732). Auch ohne Zusatz- und Nebenleistungen kann daher ein Steuerstundungsmodell vorliegen (zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 32).

► *Geplante steuerliche Vorteile*: Auch bei einer modellhaften Gestaltung liegt ein Steuerstundungsmodell nur vor, wenn mit der Investition stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Allein die Absicht, negative Einkünfte zu erzielen, ist ausschlaggebend, so dass unerheblich ist, ob tatsächlich Verluste eintreten. Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 35.

Fondsbeteiligungen und Einzelinvestitionen: Die Regelung des § 15b ist konzeptionell eigentlich auf die Beteiligung eines Stpfl. an einem Fonds oder einer PersGes. zugeschnitten (BTDrucks. 16/107, 6; RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 472). Dennoch werden auch Einzelinvestitionen von der Regelung erfasst (s. § 15b Anm. 33). Dies ist für Einkünfte aus Kapitalvermögen besonders relevant, weil der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Verlustverrechnungsbeschränkung ausgedehnt hat, um Steuerstundungsmodelle in Form von Einzelinvestitionen zu erfassen (BTDrucks. 16/2712, 63).

635 c) Anwendung auf einzelne Kapitalanlageformen

Wertpapiere mit Stückzinsen und Investmentfonds mit Zwischengewinnen: Bei einem Erwerb von Wertpapieren mit Stückzinsen oder Investmentfonds mit Zwischengewinnen erzielt der Anleger negative Einkünfte in Form negativer Einnahmen (s. Anm. 633). Als negative Einnahmen unterliegen Stückzinsen und Zwischengewinne auch ab 1.1.2009 nicht dem WK-Abzugsverbot des Abs. 9. Ein Steuerstundungsmodell liegt uE nicht vor, da die Zahlung von Stückzinsen bzw. Zwischengewinnen den Marktusancen entspricht und wirtschaftlich den Zinsanspruch des bisherigen Gläubigers ausgleicht (glA OFD Frankfurt v. 28.4.2009, ESt-Kartei Hessen, § 15b EStG Karte 2; BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732). Es handelt sich daher nicht um eine modellhafte Gestaltung, die daraufhin konzipiert wurde, negative Einkünfte erzielen zu wollen. Die Grenze zur modellhaften Gestaltung ist uE erst überschritten, wenn solche Wertpapiere im Rahmen eines Gesamtkonzepts unter Hinzutreten weiterer Leistungen zur Erzielung negativer Einkünfte eingesetzt werden. Daher kann die Fremdfinanzierung des Erwerbs solcher Anlagen insbes. bei Einsatz eines hohen Disagios dazu führen, dass die Verluste der Verrechnungsbeschränkung unterliegen (so auch OFD Rhld. v. 13.7.2010, DStR 2010, 1625 – Tz. 1).

Fremdfinanzierte Lebensversicherungen gegen Einmalzahlung, deren Einnahmen unter § 20 Abs. 1 Nr. 6 fallen, stellen ein Steuerstundungsmodell dar, so dass anfängliche Verluste erst mit späteren positiven Einkünften verrechnet werden können (glA BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 – Tz. 7; SÖFFING, DStR 2006, 1585; SEEGER in SCHMIDT XXXII, § 15b Rn. 7). Allerdings verliert die Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung nach Einführung der Abgeltungsteuer erheblich an Bedeutung, weil die durch die Fremdfinanzierung entstehenden Aufwendungen dem WK-Abzugsverbot des Abs. 9 unterliegen.

Auf- und abgezinsten Wertpapiere, Zerobonds und Bundesschatzbriefe zeichnen sich dadurch aus, dass die Erträge hieraus erst bei Endfälligkeit oder

Veräußerung zufließen. Werden solche Wertpapiere fremdfinanziert, unterliegen sie uE der Verlustverrechnungsbeschränkung des Abs. 7, wenn durch die Kombination aus Fremdfinanzierung und „aufgeschobenem“ Zufluss der Erträge im Rahmen eines Gesamtkonzepts nachweisbar ein stl. Vorteil in Form negativer Einkünfte erzielt werden soll.

d) Nichtaufgriffsgrenze des § 15b Abs. 3

636

Nach § 15b Abs. 3 greift die Verlustverrechnungsbeschränkung nur ein, wenn die prognostizierten Verluste der Anfangsphase die Höhe des einzusetzenden oder eingesetzten Kapitals um 10 % übersteigen. Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 45 ff. Diese sog. Nichtaufgriffsgrenze gilt auch für die Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung auf Einkünfte aus Kapitalvermögen. Bei Einzelinvestitionen ist auf das eingesetzte Eigenkapital abzustellen (RATSCHOW in BLÜMICH, § 20 Rn. 475; JANSEN/LÜBBEHÜSEN, FR 2011, 512 [517]; KRETSCHMANN, FR 2011, 62 [67]).

Einstweilen frei.

637–639

3. Rechtsfolge der Verlustverrechnungsbeschränkung

640

Kein Ausgleich mit Einkünften aus anderen Einkunftsquellen: Verluste, die der Verrechnungsbeschränkung unterliegen, können im Jahr der Entstehung weder mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Ein Verlustvortrag oder Verlustrücktrag nach § 10d ist ausgeschlossen. Möglich ist nur eine Verrechnung mit positiven Einkünften, die der Stpfl. aus derselben Einkunftsquelle in den Folgejahren erzielt. Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 22 f.

Dieselbe Einkunftsquelle im Bereich der Kapitaleinkünfte: Eine Verrechnungsmöglichkeit besteht nur, wenn die positiven Einkünfte aus derselben Einkunftsquelle wie die Verluste stammen. Bei Kapitaleinkünften, die durch Einzelinvestitionen geprägt sind, stellt jedes Finanzprodukt eine eigenständige Einkunftsquelle dar. Somit ist für jedes einzelne erworbene Wertpapier gesondert zu prüfen, ob eine Verlustverrechnung zulässig ist. Dies gilt ebenso für stille Gesellschaften, die je für sich eine Einkunftsquelle darstellen (BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 – Tz. 13).

► *Vielzahl gleichartiger Wertpapiere:* Dies gilt grds. auch für den Fall, dass eine Vielzahl gleichartiger Wertpapiere erworben wurde. Eine Zusammenfassung gleichartiger Wertpapiere ist eigentlich nicht möglich. Jedoch ist es uE aus Vereinfachungsgründen zulässig, gleichartige Wertpapiere zusammenzufassen. Insoweit kann auf die zur Zuordnung von WK im Bereich der Kapitaleinkünfte entwickelte Rspr. zurückgegriffen werden, nach der bei Erwerb gleichartiger Wertpapiere eine zusammenfassende Betrachtung möglich ist (BFH v. 24.3.1992 – VIII R 12/89, BStBl. II 1993, 18).

► *Gesellschaften, Gemeinschaften und Fonds:* Bei einer Beteiligung an einer Gesellschaft, einer Gemeinschaft oder einem Fonds stellt jede Beteiligung eine Einkunftsquelle iSd. Vorschrift dar, so dass nicht auf die von diesen gehaltenen unterschiedlichen Anlagen abzustellen ist (BMF v. 17.7.2007, BStBl. I 2007, 542 – Tz. 13). Zu Einzelheiten s. § 15b Anm. 25.

641 **4. Gesonderte Feststellung des nicht ausgleichfähigen Verlusts (§ 15b Abs. 4)**

Die Verluste, die nach § 15b nicht mit anderen Einkünften ausgeglichen werden dürfen, sind in sinngemäßer Anwendung des § 15b Abs. 4 auch im Bereich der Kapitaleinkünfte gesondert festzustellen (s. ausführl. § 15b Anm. 50 ff.).

642–644 Einstweilen frei.

645 **II. Ausnutzung eines Steuergefälles (Abs. 7 Satz 2)**

Nach Abs. 7 Satz 2 liegt ein vorgefertigtes Konzept und damit ein Steuerstundungsmodell auch vor, wenn die positiven Einkünfte nicht der tariflichen ESt unterliegen.

Der Gesetzgeber will mit der Regelung Modelle erfassen, die das Steuergefälle zwischen tariflicher ESt und dem Abgeltungsteuersatz von 25 % ausnutzen wollen (WEBER-GRELLET in SCHMIDT XXXII. § 20 Rn. 193), auch wenn der Wortlaut dies nicht eindeutig erkennen lässt (zutr. BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732). Damit zielt die gesetzliche Regelung auf Modelle, bei denen die negativen Einkünfte der tariflichen ESt, die positiven Einkünfte dagegen dem Abgeltungsteuersatz von 25 % unterliegen (VON BECKERATH in KIRCHHOF XII. § 20 Rn. 179). Betroffen sind Investitionen aus der Übergangszeit vor Einführung der Abgeltungsteuer, bei denen die negativen Einkünfte bis zum 31.12.2008 anfielen, während die positiven Einkünfte ab dem 1.1.2009 unter die Abgeltungsteuer fallen (so auch RONIG, NWB Fach 3, 14333, mit Hinweis auf die Begründung des Referentenentwurfs). Darüber hinaus sind Modelle denkbar, bei denen die negativen Einkünfte bei Einkunftsarten anfallen, die der tariflichen ESt unterliegen, während die (später) fließenden positiven Einkünfte als Kapitaleinkünfte mit dem niedrigeren Abgeltungsteuersatz besteuert werden.

Auffassung der Finanzverwaltung: Die FinVerw. wendet die Vorschrift dagegen nicht auf mit Eigenkapital finanzierte festverzinsliche Wertpapiere und Investmentanteile an, die unter Ausweis von Stückzinsen oder Zwischengewinnen vor dem 1.1.2009 erworben wurden. Anders sieht das die FinVerw., wenn die Papiere auf Kredit erworben wurden (s. ausführl. OFD Rhld. v. 13.7.2010, DStR 2010, 1625).

Steuerstundungsmodell: Abs. 7 Satz 2 setzt des Weiteren entsprechend seiner systematischen Stellung voraus, dass der Tatbestand eines Steuerstundungsmodells iSd. § 15b Abs. 2 erfüllt ist. Lediglich in Ergänzung bestimmt Abs. 7 Satz 2, dass die Ausnutzung des Steuergefälles durch Anwendung des Abgeltungsteuersatzes auf die positiven Einkünfte aus Kapitalvermögen ein vorgefertigtes Konzept begründen kann. Somit greift die Verlustverrechnungsbeschränkung nicht schon allein deshalb ein, weil die positiven Einkünfte nach § 32d niedrig besteuert werden.

646–649 Einstweilen frei.

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

Schrifttum: KESSLER, Zur Zuordnung von Bausparzinsen und Zwischenfinanzierungen zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, DB 1983, 1386; MITTMANN, Können Guthabenzinsen aus Bausparverträgen Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung sein?, FR 1983, 344; PAUS, Verlust eines privaten Darlehens als Werbungskosten, FR 1983, 502; SIEVERSEN, Folgerungen aus der neuen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur Bausparzwischenfinanzierung, BB 1983, 1788; WICHMANN, Die Frage nach der zutreffenden einkommensteuerlichen Behandlung von Gewinnbezugsrechten, DB 1986, 776; THÖMMES, Die steuerliche Behandlung von Bausparguthabenzinsen, Schuldzinsenabzug und Arbeitgeberdarlehen nach dem WohnEigFG, DStR 1987, 255; THÖMMES, Die steuerliche Behandlung von zwischenfinanzierten Bausparguthaben nach dem WohnEigFG, DStZ 1987, 477; B. MEYER, Die Behandlung des zwischenfinanzierten Bausparvertrags nach Aufgabe der Nutzungswertbesteuerung, FR 1988, 65; MITTMANN, Wohnungseigentumsförderung bei Bausparzwischenfinanzierung, DStZ 1988, 274; PAUS, Finanzierung eigengenutzter Wohnungen über Bausparverträge, DStZ 1988, 204; VON BORNHAUPT, Verlust eines zur Arbeitsplatzsicherung gewährten unverhältnismäßig niedrig verzinslichen Darlehens als Werbungskosten des Arbeitnehmers?, FR 1989, 423; GILOY, Zur Abgrenzung der Kapitaleinkünfte von den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, DStZ 1989, 471; LUCKOW, Die steuerliche Behandlung des Time-Sharing-Verfahrens bei tauschähnlichem Erwerb, RIW/AWD 1989, 557; PAUS, Welche Einkünfte erzielt der angestellte Komplementär? Oder: Wird der Begriff des Mitunternehmers überstrapaziert?, DStZ 1989, 162; PAUS, Bankguthaben als Betriebsvermögen eines Landwirts, DStZ 1990, 465; KESSLER, Zum An- und Verkauf festverzinslicher Wertpapiere als gewerbliche Tätigkeit (§ 15 Abs. 1), FR 1991, 318; WEBER, An- und Verkauf von Wertpapieren sowie Vornahme von Termingeschäften durch Privatpersonen als Gewerbebetrieb?, DStZ 1991, 353; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin, 4. Aufl. 2006.

I. Vorbemerkung zu Abs. 8

650

Die Vorschrift (bis VZ 2008: Abs. 3) enthält keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern ist eine reine Zuordnungsnorm, mit der die Nachrangigkeit der Besteuerung von Kapitalerträgen iSv. Abs. 1 und 2 gegenüber der Besteuerung der Gewinneinkünfte und den Einkünften aus VuV festgelegt wird. Die Zuordnungsregel gilt nur für den Fall, dass die eigentlich den Einkünften aus Kapitalvermögen zugehörigen Einnahmen mit den in der Vorschrift genannten Einkunftsarten kollidieren. Abs. 8 ist auch keine Qualifikationsnorm und macht deshalb Kapitalerträge nicht zu Einnahmen aus Gewerbebetrieb, wenn diese es nicht auch schon ohne Abs. 3 wären (RAUPACH, FR 1978, 570 [578]; RAUPACH, StbJb. 1977/78, 298). Soweit die Zuordnung der Einnahmen zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19) oder den sonstigen Einkünften (§ 22) in Frage steht, gilt Abs. 8 nicht. In diesen Fällen ist die Zuordnung nach der Wesensart der betroffenen Einkunftsart vorzunehmen (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83, BStBl. II 1990, 532; v. 20.2.2008 – VIII B 53/07, BFH/NV 2008, 971; v. 16.12.2008 – VIII R 83/05, BFH/NV 2009, 1118). Ausschlaggebend ist die Einkunftsart, die im Vordergrund steht und die dadurch die andere Einkunftsart verdrängt. Greift Abs. 8 ein, so sind die Einkünfte nach den Vorschriften zu ermitteln, die für die betroffenen Einkunftsarten gelten, für den betrieblichen Bereich also die Gewinnermittlungsvorschriften. Bei Gewinnermittlung durch BV-Vergleich sind in erster Linie die GoB anzuwenden (RAUPACH, FR 1978, 570 [577]). Abs. 8 hat hinsichtlich der Gewinneinkünfte nur klarstellende (deklarato-

rische) Bedeutung, da sich die Zugehörigkeit von Kapitalerträgen zu den Gewinneinkunftsarten bereits ergibt, wenn das Kapitalvermögen, aus dem die Erträge erzielt werden, einem BV zuzurechnen ist (THIEL, BB 1976, 1496).

Die Regelung in Abs. 8 ist unvollständig, da das Verhältnis der Einkünfte aus Kapitalvermögen sowohl zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19) als auch zu den sonstigen Einkünften (§ 22) nicht bestimmt ist.

Steuerabzug: Über die Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den anderen, in Abs. 8 genannten Einkunftsarten wird nicht im StAbzugsverfahren, sondern im Veranlagungsverfahren entschieden, da die zum StEinbehalt verpflichteten Stellen nicht beurteilen können, ob die Kapitalanlage zum PV oder zu einem BV des Bankkunden gehört. Unabhängig von der Zugehörigkeit werden die Erträge dem StAbzug von 25 % zzgl. SolZ und eventuell KiSt unterworfen. Gehören die Erträge zu den BE des Stplf. oder zur Einkunftsart VuV, stellt der StAbzug – wie bisher – lediglich eine VorausZ auf die ESt dar und hat keine abgeltende Wirkung (s. § 32d Anm. 10). Allerdings kann im Hinblick auf die erweiterten Tatbestände in § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 8 bis 12 vom StAbzug Abstand genommen werden, wenn die Kapitalerträge BE eines inländ. Betriebs sind (§ 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2).

II. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu anderen Einkunftsarten (Abs. 8 Satz 1)

651 1. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Gewinneinkünften

Kapitalerträge, die ein Land- oder Forstwirt, Gewerbetreibender oder selbständig Tätiger aus der Anl. eines zum notwendigen oder gewillkürten BV oder SonderBV (zB Gesellschafter-Darlehen) gehörenden Kapitalvermögens erzielt, sind im Rahmen der Gewinneinkünfte (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, Abs. 2 Nr. 1) zu erfassen. BV kann zB in Beteiligungen oder Kapitalforderungen angelegt werden, sofern die Anl. betrieblich veranlasst ist. Die Zugehörigkeit des angelegten Vermögens zu einem BV bewirkt, dass die erzielten Erträge den BE zuzurechnen sind. Abs. 8 hat auch insoweit nur klarstellende Wirkung (s. Anm. 650).

652 2. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft

Erträge aus betrieblich veranlassten Kapitalanlagen eines Land- und Forstwirts, zB Verzugszinsen aufgrund betrieblicher Leistungen, gehören wegen ihrer Zugehörigkeit zum BV zu den BE aus LuF und nicht zu den Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 7.

Gewinnausschüttungen auf Beteiligungen an Genossenschaften (RFH v. 2.3.1933, RStBl. 1933, 585, betr. Gemüseverwertungsgenossenschaft; BFH v. 14.10.1966 – III 281/63, BStBl. III 1967, 82; v. 20.3.1980 – IV R 22/77, BStBl. II 1980, 439, betr. Verwertungs- und Absatzgenossenschaft; v. 1.10.1981 – IV R 147/79, BStBl. II 1982, 250, betr. Weidegenossenschaft) oder auf andere Kapitalbeteiligungen (RFH v. 23.5.1933, RStBl. 1933, 1006; FG Münster v. 11.6.1990 – II 6698/87 E, EFG 1991, 455, rkr.) sind ebenfalls als land- und forstwirtschaftliche BE zu erfassen, soweit die Beteiligung zum BV gehört. Dabei ist unerheblich, ob sich die Beteiligung als notwendiges oder gewillkürtes BV darstellt

(zur Möglichkeit von gewillkürtem BV bei LuF: BFH v. 28.10.1982 – IV R 73/81, BStBl. II 1983, 106). Erträge aus der Beteiligung an Jahnschaften (zum Begriff s. § 3 KStG Anm. 35) sind beim Landwirt den Einkünften aus LuF zuzurechnen (BFH v. 3.11.1961 – VI 42/60 U, BStBl. III 1962, 7); anders noch BFH v. 5.9.1963 – IV 213/58 S (BStBl. III 1964, 117) bei Jahnschaften im Bereich des Olper Forstgesetzes v. 3.8.1897 (Preuß. Ges. Slg. 1897, 283).

3. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb

a) Betriebsveräußerung gegen Kaufpreistraten

653

Bei der Veräußerung eines Betriebs (Teilbetriebs) gegen Kaufpreistraten geht nach der Rspr. die Kaufpreisforderung in das PV des Veräußerers über, ohne dass es einer weiteren Entnahmehandlung bedarf (BFH v. 23.11.1967 – IV R 173/67, BStBl. II 1968, 93; v. 24.9.1976 – I R 41/75, BStBl. II 1977, 127; v. 19.1.1978 – IV R 61/73, BStBl. II 1978, 295; v. 26.6.1985 – IV R 22/83, BFH/NV 1987, 24; s. § 16 Anm. 305 mwN). Folgt man dieser Ansicht, so gehören die in den Kaufpreistraten oder -renten enthaltenen Zinsanteile zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 7). Damit entspricht die Besteuerung der Kaufpreistraten der stl. Behandlung der Ertragsanteile einer betrieblichen Veräußerungsrente nach vorangegangener Besteuerung des Veräußerungsgewinns: Die Ertragsanteile werden in diesem Fall nach allg. anerkannter Auffassung stl. nicht als Gewinneinkünfte erfasst. Verlangt man dagegen für den Übergang der Kaufpreisforderung eine ausdrückliche oder konkludente Entnahmehandlung und fehlt es daran im Einzelfall, so verbleibt die Forderung im BV verhaftet; die Zinsanteile gehören in diesem Fall zu den (nachträglichen) Einnahmen aus Gewerbebetrieb.

b) Abgrenzung gewerblicher Kapitalanlage von privater Vermögensverwaltung

654

Die entgeltliche Kapitalüberlassung und der An- und Verkauf von Wertpapieren oder Kapitalbeteiligungen führen grds. nicht zu einer gewerblichen Betätigung, sondern sind private Vermögensverwaltung mit der Folge, dass die Erträge aus Kapitalvermögen nicht zu den gewerblichen Einkünften gehören. Damit der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschritten ist, müssen weitere Anhaltspunkte hinzukommen; s. allg. § 15 Anm. 1100 ff. sowie § 15 Anm. 1171 f. und 1190.

Einstweilen frei.

655–657

4. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit

658

Einnahmen aus Kapitalvermögen sind als BE aus selbständiger Tätigkeit (§ 18) zu erfassen, wenn das Kapitalvermögen zum notwendigen oder gewillkürten BV des selbständig tätigen Stpfl. gehört. Steht eine Beteiligung an einer KapGes. in engem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der selbständigen Tätigkeit und ist der Betrieb der KapGes. einer selbständigen Tätigkeit nicht wesensfremd, so kann die Beteiligung zum gewillkürten BV gehören. Gewinnausschüttungen aus

einer solchen Beteiligung sind den BE zuzuordnen (BFH v. 14.11.1972 – VIII R 100/69, BStBl. II 1973, 289).

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- Ausschüttungen auf Beteiligung eines Architekten an einer Bauträger-AG sind bei den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit zu erfassen (BFH v. 14.1.1982 – IV R 168/78, BStBl. II 1982, 345).
- Beteiligung eines Ingenieurs an einer GmbH zur Ingenieurberatung und Anlagenplanung gehört zum BV (BFH v. 11.3.1976 – IV R 185/71, BStBl. II 1976, 380).
- Beteiligung eines Baustatikers an einer Wohnungsbau-AG ist BV (BFH v. 23.11.1978 – IV R 146/75, BStBl. II 1979, 109).
- Beteiligung eines Steuerberaters an einer KapGes., deren Geschäftsbetrieb der Steuerberatung wesensfremd ist, stellt kein BV dar (BFH v. 22.1.1981 – IV 107/77, BStBl. II 1981, 564).
- Darlehensforderung eines Wirtschaftsberaters an einen Fabrikanten gegen Gewährung einer Beteiligung an den Verkaufserlösen der von ihm hergestellten Produkte gehört nicht zum BV (BFH v. 11.1.1966 – I 53/66, BStBl. III 1966, 218).
- Erträge aus Geldgeschäften des Selbständigen, wie zB Darlehens- oder Bürgschaftsgeschäfte, sind idR nicht als BE einzuordnen (BFH v. 15.7.1966 – IV 52/53, BStBl. III 1966, 591; v. 11.7.1976 – IV R 185/71, BStBl. II 1976, 380; v. 24.8.1989 – IV R 80/88, BStBl. II 1990, 17). Das gilt uE hingegen nicht, wenn die Darlehen an Mandanten oder Kunden vergeben werden, um von diesen Aufträge im Rahmen der selbständigen Tätigkeit zu erlangen (glA Dörsch in KSM, § 20 Rn. Q 25). Ebenso verhält es sich, wenn die Darlehensforderung zur Sicherung des Honoraranspruchs begründet wird. Hier gehört die Kapitalforderung zum notwendigen BV der selbständigen Tätigkeit (BFH v. 22.4.1988 – VIII R 236/77, BStBl. II 1988, 571). Die Erträge sind BE im Rahmen des § 18.

659 5. Zugehörigkeit der Kapitalerträge zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung

Kapitalerträge iSv. Abs. 1 oder 2 sind nach Abs. 8 im Rahmen der Einkünfte aus VuV zu erfassen, sofern sie den Tatbestand des § 21 erfüllen. Die Einnahmen müssen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der VuV der unter § 21 fallenden WG stehen.

Bausparzinsen sind grds. bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 7) anzusetzen (BFH v. 12.9.1985 – VIII R 306/81, BStBl. II 1986, 252). Guthabenzinsen aus einem Bausparvertrag sind nach Wegfall der Nutzungswertbesteuerung regelmäßig Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen. Dies kann ausnahmsweise anders sein, wenn das Bausparguthaben über einen sog. Auffüllungskredit fremdfinanziert wird (BFH v. 8.12.1992 – VIII R 78/89, BStBl. II 1993, 301). Steht das Bausparguthaben dagegen in engem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks, eines Gebäudes oder der Herstellung, Anschaffung, Reparatur oder dem Ausbau eines Gebäudes, und dienen Grundstück oder Gebäude der Erzielung von Einkünften aus VuV, so sind die Bausparzinsen entsprechend der Nachrangigkeit der Kapitaleinkünfte den Einkünften iSd. § 21 zuzuordnen; hM: BFH v. 9.11.1982 – VIII

R 188/79, BStBl. II 1982, 172; v. 8.2.1983 – VIII R 163/81, BStBl. II 1983, 355; v. 8.12.1992 – VIII R 78/89, BStBl. II 1993, 301; MITTMANN, FR 1983, 344. Der wirtschaftliche Zusammenhang wird idR dadurch dokumentiert, dass das Bausparguthaben in zeitlichem Zusammenhang mit der Finanzierung einer der beschriebenen zu Einkünften nach § 21 führenden Maßnahmen steht (BFH v. 9.11.1982 – VIII 188/79, BStBl. II 1982, 172).

Prozesszinsen auf erstattete Grunderwerbsteuer sind keine Einnahmen aus VuV. Sie gehören zu den Einnahmen iSv. Abs. 1 Nr. 7 (BFH v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 1986, 557).

Verzugszinsen auf rückständige Miete oder Nebenkosten gehören ebenfalls zu den Einnahmen nach Abs. 1 Nr. 7.

Zinserträge aus der Anlage vereinnahmter Mieten gehören im Allgemeinen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, weil die verzinsliche Anl. nicht mehr im Zusammenhang mit der Vermietung steht und deswegen nicht hinter den Einkünften aus VuV zurücktritt. Die Kapitalanlage ist unter diesen Umständen vielmehr als Einkommensverwendung anzusehen, durch die ein eigener Besteuerungstatbestand verwirklicht wird (BFH v. 18.11.1980 – VIII R 194/78, BStBl. II 1981, 510; v. 15.3.2000 – I R 69/99, BStBl. II 2000, 355).

Zinsen aus der Anlage der Instandhaltungsrücklage sind bei einer vermieteten Immobilie Einnahmen aus VuV. Wird die Immobilie selbst genutzt, liegen Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 vor.

Zinsen auf Enteignungsentschädigungen sind bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 7) zu erfassen. Nach der Rspr. sind als Einnahmen gem. Abs. 1 Nr. 7 alle Vermögensmehrungen zu erfassen, die sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Entgelte für die Kapitalüberlassung darstellen (BFH v. 25.6.1974 – VIII R 109/69, BStBl. II 1974, 735; v. 14.2.1984 – VIII R 126/82, BStBl. II 1984, 580; v. 13.8.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252; v. 10.3.1992 – VIII R 66/89, BStBl. II 1992, 1032; v. 2.3.1993 – VIII R 13/91, BStBl. II 1993, 602; v. 14.6.1994 – VIII R 14/93, BFH/NV 1995, 379).

Zinsen auf Rentennachzahlung: Von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte im Zusammenhang mit Rentennachzahlungen gezahlte Zinsen gem. § 44 Abs. 1 SGB I unterliegen der Stpfl. nach Abs. 1 Nr. 7. Dass mit der Zinszahlung Nachteile ausgeglichen werden sollen, die der Berechtigte durch die verspätete Zahlung der Sozialleistungen erleidet, steht dem nicht entgegen (BFH v. 13.11.2007 – VIII R 36/05, BStBl. II 2008, 292).

6. Rechtsfolgen

660

Sind die entgeltliche Kapitalanlage und der An- und Verkauf von Wertpapieren oder Kapitalbeteiligungen als gewerbliche Betätigung anzusehen, so sind die aus dem Kapitalvermögen erzielten Erträge nicht den Einkünften iSd. § 20, sondern den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen.

Gewinnermittlung: Steuerpflichtige, die mit ihren Anlagegeschäften den Bereich der privaten Vermögensverwaltung überschreiten, haben ihren Gewinn nach §§ 4 ff. zu ermitteln. Die Vorschrift über den Sparer-Pauschbetrag (Abs. 9) ist nicht anzuwenden. Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 und Nr. 2 sind auch anzuwenden, wenn die Gewinnanteile nach Abs. 8 zu den gewerblichen Einkünften gehören.

Kapitalertragsteuerabzug: Die Zuordnung der Kapitalerträge zu einer bestimmten Einkunftsart hat keinen Einfluss auf den Abzug von KapErtrSt. Der

KapErtrStAbzug ist unabhängig von der Qualifikation der Einkünfte (§ 43 Abs. 4) vorzunehmen. Der StSatz beträgt einheitlich 25 %. Die KapErtrSt hat allerdings außerhalb des § 20 keine Abgeltungswirkung. Die Erträge müssen trotz des StAbzugs erklärt werden. Im Rahmen der vorrangigen Einkunftsart sind bei der Gewinnermittlung die Bruttoeinnahmen (ausgezählte Kapitalerträge einschließlich abgezogener KapErtrSt) anzusetzen.

661–669 Einstweilen frei.

670 7. Subsidiarität gegenüber den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit?

Abs. 8 enthält keine Regelung über das Verhältnis der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu den Einkünften nichtselbständiger Arbeit (§ 19), obgleich es auch zwischen diesen beiden Einkunftsarten zu Überschneidungen kommen kann. Auszugehen ist in einem solchen Fall davon, dass Kapitalerträge iSd. Abs. 1 und 2 nicht bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu erfassen sind, wenn sie durch ein Arbeitsverhältnis veranlasst sind (GILOY, DStZ 1989, 471). Maßgebend ist für die Zuordnung, welche Einkunftsart im Vordergrund steht und dadurch die andere Einkunftsart verdrängt (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83, BStBl. II 1990, 532; v. 28.6.2007 – VI B 23/07, BFH/NV 2007, 1870; o.V., HFR 1990, 428; VON BORNHAUPT, FR 1989, 423; VON BORNHAUPT, BB 1990, 1398; LEU, DStZ 1990, 589).

Verzugszinsen auf verspätet ausgezahlten Arbeitslohn sind nicht durch das Arbeitsverhältnis veranlasst und gehören deshalb zu den Einkünften iSd. Abs. 1 Nr. 7 (BFH v. 31.10.1989 – VIII R 210/83, BStBl. II 1990, 532; FG Nürnberg v. 27.6.1978 – II 165/74, EFG 1979, 23, rkr.).

Zinsen aus Arbeitnehmer-Darlehen an den Arbeitgeber sind grds. unter Abs. 1 Nr. 7 zu erfassen. Etwas anderes gilt uE allerdings, wenn das Darlehen dem ArbG gewährt wurde, um den eigenen Arbeitsplatz und damit Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit zu sichern und zu erhalten. In diesem Fall ist die Darlehensgewährung in erster Linie durch das Arbeitsverhältnis veranlasst, weshalb die Einkunftsart Kapitalvermögen zurücktritt (aA BFH v. 19.10.1982 – VIII R 97/79, BStBl. II 1983, 295). Der Vorrang des § 19 ergibt sich uE konsequenterweise aus der Entscheidung des BFH v. 7.5.1993 (VI R 38/91, BStBl. II 1993, 663), nach der das im Konkurs des ArbG verlorengegangene Darlehen des ArbN – unabhängig von der Höhe der Verzinsung – als WK bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit abziehbar ist, wenn der ArbN mit der Darlehenshingabe den eigenen Arbeitsplatz sichern wollte und der ArbG von herkömmlichen Kreditgebern keine Darlehen mehr erlangen konnte.

Prozesszinsen, die nach einem Arbeitsgerichtsprozess gezahlt werden, führen zu Erträgen aus sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7 (BFH v. 8.4.1986 – VIII R 260/82, BStBl. II 1986, 557; v. 5.8.2008 – VIII R 50/05, BStBl. II 2008, 868).

Erträge aus Aktien des Arbeitgebers: Nur ausnahmsweise kann die Annahme in Betracht kommen, dass der ArbN mit dem Erwerb einer Beteiligung nicht die mit der Stellung als Gesellschafter verbundenen Rechte (dazu BFH v. 21.4.1961 – VI 158/59 U, BStBl. III 1961, 431; v. 12.5.1995 – VI R 64/94, BStBl. II 1995, 644; FG Köln v. 22.11.2001 – 10 K 5735/96, DStRE 2002, 337, rkr.; FG Hamb. v. 8.3.2002 – II 424/00, EFG 2002, 962, rkr.), sondern nahezu ausschließlich die

Sicherung seines bestehenden oder die Erlangung eines höherwertigen Arbeitsplatzes erstrebt. Gewinnausschüttungen an den ArbN aus einer Unternehmensbeteiligung sind daher grds. den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. Abs. 1 Nr. 1 zuzuordnen (BFH v. 5.4.2006 – IX R 111/00, BStBl. II 2006, 654).

Einkünfte des Gesellschaftergeschäftsführers: Zinsen aus der darlehensweisen Kapitalüberlassung durch den angestellten GesGf. an die Gesellschaft können sowohl den Einkünften aus Kapitalvermögen (Abs. 1 Nr. 7) als auch den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19) zugerechnet werden. Eine nicht nur unbedeutende Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers spricht regelmäßig dafür, dass die Kapitalüberlassung nicht durch das Arbeits-, sondern durch das Kapitalbeteiligungsverhältnis veranlasst ist (BFH v. 20.12.1988 – VI R 55/84, BFH/NV 1990, 23; v. 15.5.1991 – VI R 48/88, BStBl. II 1991, 758; v. 11.2.1993 – VI R 4/91, BFH/NV 1993, 645). Die Zinserträge sind in diesem Fall den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzuordnen. Nur ausnahmsweise ist § 19 vorrangig. Im Einzelfall sind folgende Abgrenzungskriterien zu beachten:

- Höhe der Kapitalbeteiligung;
- Höhe der Einnahmen aus dem Arbeitsverhältnis im Verhältnis zur Vermögenslage der Gesellschaft;
- Renditeerwartung und -entwicklung;
- Konsequenzen aus einer Darlehensverweigerung.

Je höher im Einzelfall die Kapitalbeteiligung des Stpfl. ist und je gravierender sich eine Verweigerung der Darlehenshingabe auf die Gesellschafterstellung auswirken würde, desto eher ist die wirtschaftliche Veranlassung des Darlehensverhältnisses der Gesellschafterebene zuzurechnen. Die Zinserträge sind dann bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu erfassen (BFH v. 14.5.1991 – VI R 48/88, BStBl. II 1991, 111). Diese Abgrenzungskriterien kommen auch dann zum Tragen, wenn ArbN der Gesellschaft nicht der Gesellschafter, sondern sein Ehegatte ist (BFH v. 14.5.1991 – VI R 48/88, BStBl. II 1991, 111).

Bezüge aus Vermögensbeteiligungen iSd. § 19a sind beim ArbN keine Einnahmen iSd. § 19, sondern Einnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7.

8. Subsidiarität gegenüber den sonstigen Einkünften

671

Die Subsidiaritätsregel des Abs. 8 umfasst nicht die sonstigen Einkünfte iSv. § 22. Die in § 22 behandelten sonstigen Einkünfte haben als Ergänzungstatbestand mit Ausnahme der Regelung in § 22 Nr. 1a und 4 ihrerseits subsidiären Charakter. Das bedeutet, dass beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 22 Nr. 1, 2 und 4 und gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen einer anderen Einkunftsart, die letztere den Vorrang hat; s. § 22 Anm. 20. Die Besteuerung nach § 20 geht also dem § 22 Nr. 1 vor.

Ertragsanteile aus Leibrentenzahlungen: Bezieht ein Stpfl. aufgrund eines Rentenversicherungsvertrags gegen Einmalbeitrag auf Lebenszeit sowohl eine garantierte „Grundrente“ als auch eine nicht garantierte „Bonusrente aus der Überschussbeteiligung“, so sind beide Bestandteile der wiederkehrenden Bezüge einheitlich zu beurteilen und trotz der durch die fehlende Gleichmäßigkeit der Leistungen bedingten Nichterfüllung des Leibrentenbegriffs lediglich mit ihrem Ertrags- bzw. Zinsanteil der Einkommensbesteuerung zu unterwerfen. Der BFH hat in der Entscheidung v. 20.6.2006 (X R 3/06, BStBl. II 2006, 870) – aufgrund fehlender Einkünfteerzielungsabsicht – offen gelassen, ob die Renten-

einnahmen insgesamt den sonstigen Einkünften iSv. § 22 Nr. 1 zuzuordnen sind und der sich in den Gesamteinnahmen enthaltene Ertragsanteil nach der Tabelle in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a bemisst oder ob in diesen Einnahmen enthaltene Zinsanteile dem Grunde nach Einkünfte aus Kapitalvermögen iSv. Abs. 1 Nr. 7 sind, deren Höhe aus Vereinfachungsgründen in sinngemäßer Anwendung der Ertragsanteilstabelle in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a oder nach finanz- bzw. versicherungsmathematischen Grundsätzen zu ermitteln ist. Die Ertragsanteile erfüllen uE die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 7 nicht; sie sind deshalb als sonstige Einkünfte (§ 22 Nr. 1) zu versteuern.

Zinsanteile aus wiederkehrenden Leistungen in schwankender Höhe: Siehe Anm. 835.

Renten aus Rentenschulden: Siehe Anm. 710.

672 Einstweilen frei.

673 9. Besonderheiten bei beschränkter Steuerpflicht

Für den Bereich der beschränkten StPflcht ist bei der Zuordnung von Einnahmen aus Kapitalvermögen zu differenzieren. Fallen Einnahmen iSv. Abs. 1 und 2 im Rahmen von beschr. stpfl. Einkünften aus LuF, Gewerbebetrieb, selbständiger Tätigkeit oder VuV an (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und 6), so sind sie auch dann diesen Einkunftsarten zuzurechnen, wenn es sich um andere Einkünfte handelt als solche, die in § 49 Abs. 1 Nr. 5 (besondere Inlandsanknüpfung) aufgeführt sind (RFH v. 5.7.1927, RFHE 21, 281).

Beispiel: Diskontbeträge von Wechseln sowie Zinsen aus einer nicht dinglich gesicherten Darlehensforderung werden in § 49 Abs. 1 Nr. 5 nicht genannt. Sie gehören aber zu den beschr. stpfl. Einkünften aus Gewerbebetrieb, wenn sie in einer inländ. gewerblichen Betriebsstätte des beschr. Stpfl. anfallen.

Andererseits schließt die Zugehörigkeit von Kapitalerträgen iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 5 zu einem ausländ. BV – insbes. zu einem ausländ. Gewerbebetrieb, für den im Inland weder eine Betriebsstätte noch ein stV unterhalten wird – die Erfassung der Kapitalerträge nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 nicht aus (RFH v. 7.2.1929, RStBl. 1929, 193; BFH v. 28.3.1984 – I R 129/79, BStBl. II 1984, 629; v. 6.2.1985 – I R 87/84, BFH/NV 1985, 104; v. 13.4.1994 – I R 97/93, BStBl. II 1994, 743; sog. isolierende Betrachtungsweise).

Soweit DBA anzuwenden sind, gehen diese den Regelungen nach § 49 vor (s. § 49 Anm. 41).

674 III. Keine Anwendung des Abs. 4a (Abs. 8 Satz 2)

Der mit dem JStG 2009 eingefügte Satz 2 schließt die Anwendung des Abs. 4a aus, wenn die Kapitalerträge nach der Konkurrenznorm des Abs. 8 Satz 1 nicht den privaten Kapitaleinkünften, sondern anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind. Abs. 4a enthält eine Reihe von Sondertatbeständen, die der Vereinfachung des StAbzugs dienen, mit dem die ESt auf Kapitalerträge abgegolten ist. Sind die Kapitalerträge dagegen nicht dem Privatbereich zuzuordnen, findet zwar gleichwohl ein StAbzug statt, dieser hat aber keine Abgeltungswirkung. Insoweit ist es folgerichtig, die Sonderregelungen des Abs. 4a aus dem Bereich der anderen Einkunftsarten explizit auszuschließen und sicherzustellen, dass die Vorschrift nur bei privaten Kapitalerträgen Anwendung findet. Der Ausschluss des Abs. 4a

gilt gleichermaßen für Beteiligungsverkäufe, bei denen die Voraussetzungen des § 17 erfüllt sind (FinAussch., BTDrucks. 16/11108, 21).

Einstweilen frei.

675–679

L. Erläuterungen zu Abs. 9: Sparer-Pauschbetrag

Schrifttum: WALTER, Risiko des „Familiensplitting“ bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DStZ 1992, 236; ZEITLER, Neuregelung der Zinsbesteuerung ab 1993, DStZ 1992, 513; BIRK, Neuregelung der Zinsbesteuerung – Zur verfassungsrechtlichen Problematik des Zinsabschlaggesetzes, StVj. 1993, 97; SCHULTZ, Auswirkungen des Standortsicherungsgesetzes und des Gesetzes zum föderalen Konsolidierungsprogramm auf die nationale und internationale Steuerplanung, DB 1993, 2193; SCHULZE ZUR WIESCHE, Angehörigendarlehen unter Berücksichtigung des Zinsabschlaggesetzes, DB 1993, 1108; STRECK, Besteuerung inländischer und ausländischer Einkünfte aus Kapitalvermögen, DStR 1993, 342; VORWOLD, Zwei-Konten-Modell und neuer Sparerfreibetrag – Ein lohnendes Zinsdifferenzgeschäft, StB 1993, 236; FLICK, Motto 1994: Raus aus der GmbH, rein in die Personengesellschaft, DB 1994, 64; HORLEMANN, Änderung der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen und Abzug ausländischer Quellensteuer gem. § 34c Abs. 2 EStG, DStR 1995, 1535; LICKTEIG, Änderungen der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen und Abzug ausländischer Quellensteuer gem. § 34c Abs. 2 EStG, DStR 1995, 792 und 1536; THURMAYR, Vorgehensweise der Finanzverwaltung bei der Anrechnung ausländischer Quellensteuer bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DB 1996, 1696; BIRK/KULOSA, Verfassungsrechtliche Aspekte der Steuerreform, FR 1999, 433; HARENBERG, Steuersensible Wertpapieranlagen nach der Steuerreform, GStB 1999, 255; MERTENS/KARENBRÖCK, Die Abgeltungsteuer im Kontext des objektiven und subjektiven Nettoprinzips – Zugleich Anmerkung zum Urteil des FG Baden-Württemberg vom 17.12.2012, 9 K 1637/10, DStR 2013, 950.

I. Vorbemerkung zu Abs. 9

1. Überblick

680

Die mit dem UntStReformG 2008 eingeführte Vorschrift ersetzt den bis VZ 2008 geltenden Abs. 4 über den Sparer-Freibetrag, der nunmehr in einem den Freibetrag und den alten WK-Pauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 2 aF) umfassenden Sparer-Pauschbetrag aufgegangen ist. Trotz Einbeziehung von Veräußerungsgeschäften in einem erheblich weiteren Umfang als nach § 23 aF wurde der besondere Freibetrag für private Veräußerungsgeschäfte des § 23 Abs. 3 Satz 6 aF nicht in den Sparer-Pauschbetrag integriert. Zudem dehnt die Vorschrift das bis 2008 nur für den StAbzug geltende Bruttoprinzip auf die materiell-rechtl. Besteuerung privater Kapitalerträge aus. Ab VZ 2009 sind damit keine tatsächlichen durch die Erzielung von Kapitalerträgen veranlassten Aufwendungen als WK mehr abziehbar. Durchbrochen wird diese Bruttobesteuerung durch die Abziehbarkeit der Veräußerungskosten bei Kapitalerträgen iSd. Abs. 2 und den Gattstellungskosten bei Stillhaltereiinnahmen iSd. Abs. 1 Nr. 11; zur Verfassungsmäßigkeit der Bruttobesteuerung s. Anm. 8. Im Einzelnen regelt Abs. 9

► *in Satz 1 Satzteil 1*, dass bei der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen ein Sparer-Pauschbetrag iHv. 801 € abzuziehen ist,

- ▶ *in Satz 1 Satzteil 2*, dass der Abzug tatsächlicher WK ausgeschlossen ist,
- ▶ *in Satz 2*, dass bei zusammen zur ESt veranlagten Ehegatten ein gemeinsamer Sparer-Freibetrag von 1 602 € abzuziehen ist,
- ▶ *in Satz 3*, dass der bei einem Ehegatten nicht verbrauchte Freibetrag auf den anderen Ehegatten zu übertragen ist,
- ▶ *in Satz 4*, dass der Abzug des Sparer-Freibetrags und des gemeinsamen Sparer-Freibetrags nach Abzug der WK nicht zu einem Negativbetrag bei den Einkünften aus Kapitalvermögen führen darf.

681 2. Entwicklung des Freibetrags

Grund für die Einführung eines Sparer-Freibetrags: Der Gesetzgeber hielt es 1974 für gerechtfertigt, Kapitalerträge aus einem bestimmten Sockelvermögen stl. „zu schonen“, um die „besonders förderungswürdige eigenverantwortliche Vorsorge der Bürger durch Sparen auch künftig zu erhalten“ (RegE eines EStG 1975, BTDrucks. 7/1470, 220). Parallel zur Einführung eines besonderen Sparer-Freibetrags wurde der ebenfalls in vielen Fällen wie ein Freibetrag wirkende WK-Pauschbetrag (§ 9a Satz 1 Nr. 2 aF) von 150 auf 100 DM bei ledigen Stpfl. und von 300 auf 200 DM bei zusammen veranlagten Ehegatten abgesenkt. Daraus ließ sich erkennen, dass es dem Gesetzgeber mit dem Sparer-Freibetrag nicht in erster Linie um einen Ausgleich für die Geldentwertung ging (aA JOCHUM in KSM, § 20 Rn. K 2). Vielmehr sollte mit der Freistellung von Kapitalerträgen ein besonderer Anreiz zur Bildung von Sparvermögen geschaffen werden.

Erhöhung und Herabsetzung des Freibetrags: Eine massive Erhöhung der Freibeträge auf 6000 DM/12000 DM durch das ZinsabschlagG erfolgte als Konsequenz aus der Entscheidung des BVerfG v. 27.6.1991 (2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654), mit der der Gesetzgeber zu einer umfassenden Neuregelung der Besteuerung der Kapitaleinkünfte verpflichtet wurde. Diese hohen Freibeträge stellten ca. 80 % aller Stpfl. mit Einkünften aus Kapitalvermögen von der Besteuerung ihrer Kapitalerträge frei (BTDrucks. 12/2501, 11). Ab VZ 2000 folgte kontinuierlich einer Herabsetzung der Freibeträge auf zuletzt 750 € bzw. 1 500 €. Ab VZ 2009 wurden diese Freibetrag mit dem WK-Pauschbetrag von 51 € bzw. 102 € zu einem Sparer-Pauschbetrag zusammengefasst.

682 3. Keine Folgerichtigkeit bei der Umsetzung der Bruttobesteuerung

Begründung der Umstellung: Aus dem Sparer-Freibetrag von bisher 750 € und dem WK-Pauschbetrag von 51 € wurde durch das UntStReformG 2008 ein Sparer-Pauschbetrag von insgesamt 801 €, der „als Werbungskosten“ erstmals von Kapitalerträgen, die in 2009 zufließen, abzuziehen ist. Die Vorschrift über den pauschalen WK-Betrag in § 9a Satz 1 Nr. 2 aF wurde zeitgleich aufgehoben. Der Anwendungsbereich des Abs. 8 beschr. sich nicht nur auf Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen iSd. Abs. 1 Nr. 7. Die Freibeträge sind vielmehr bei allen Einnahmearten der Abs. 1 und 2 abziehbar. So ist der Pauschbetrag zB auch bei Dividendenerträgen, vGA, Stillhalterprämien und sonstigen Vorteilen und Entgelten (Abs. 3) abzuziehen. Ein weitergehender Ansatz von tatsächlichen WK ist dagegen grds. ausgeschlossen. Der Gesetzgeber rechtfertigt diesen Kernpunkt aus der Systemumstellung auf die abgeltende KapErtrSt damit, dass mit

dem niedrigen einheitlichen Proportionalsteuersatz von 25 % sowohl die WK in den oberen Einkommensgruppen als auch mit Typisierung der WK durch die Höhe des Sparer-Pauschbetrags in den unteren Einkommensgruppen die mit Kapitaleinnahmen zusammenhängenden Aufwendungen ausreichend berücksichtigt werden (BTDrucks. 16/14841, 95).

Einkünfteerzielungsabsicht: Aufgrund des beschränkten und pauschalierten WK-Abzugs geht die FinVerw. ab 2009 davon aus, dass Kapitalanleger bei der Kapitalanlage regelmäßig mit der Absicht handeln, Überschüsse zu erzielen (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 125).

Bruttobesteuerung nicht folgerichtig umgesetzt: Die Regelung in Abs. 9 Satz 1 führt zu einer vom verfassungsrechtl. gebotenen Nettoprinzip abweichenden, nur durch den Sparer-Pauschbetrag gemilderten Bruttobesteuerung der Einnahmen aus Kapitalvermögen, zumindest soweit sie in Abs. 1 enumerativ aufgezählt sind. Im Gesamtkontext des § 20 ist die Regelung jedoch nicht folgerichtig umgesetzt, denn das Prinzip der Bruttobesteuerung der Kapitalerträge wird nicht durchgehalten. Bereits in Abs. 1 Nr. 6 (Kapital-Lebensversicherungen) und Nr. 11 (Stillhalterprämien) kehrt das Gesetz zu Nettobesteuerung zurück, indem von den Versicherungsleistungen die Beiträge und von den Einnahmen aus Stillhaltergeschäften die Aufwendungen für die Gattstellung, die wirtschaftlich einer Veräußerung der Option entspricht (BFH v. 17.4.2007 – IX R 23/06, BStBl. II 2007, 606), abzuziehen sind. Eine weitere Durchbrechung vollzieht sich im Bereich der Veräußerungsgeschäfte. Hier lässt Abs. 4 ausdrückl. den Abzug von Veräußerungskosten, also WK, zu. Zum vollständigen WK-Abzug kommt es in Abs. 4 Satz 5, nach dem bei der Gewinnermittlung aus der Beendigung eines Termingeschäfts Aufwendungen ohne Beschränkung abziehbar sind, soweit sie mit dem Termingeschäft in einem unmittelbar sachlichen Zusammenhang stehen. Neben dem teilweisen oder vollständigen Abzug der Aufwendungen in Abs. 4 ist der Sparer-Pauschbetrag bei der Einkünfteermittlung zusätzlich abziehbar.

Verfassungsrechtlich bedenklicher Verstoß gegen das Nettoprinzip: Zu den das EStRecht tragenden Grundprinzipien zählt das objektive Nettoprinzip. Danach werden Einnahmen nicht brutto, sondern gemindert um die mit den Einnahmen im Zusammenhang stehende Erwerbsaufwendungen der Besteuerung unterworfen (BVerfG v. 2.10.1969 – 1 BvL 12/68, BStBl. II 1970, 140; v. 23.1.1990 – 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL 7/87, BStBl. II 1990, 483). Zum objektiven Nettoprinzip hat das BVerfG bisher offen gelassen, ob die Geltung dieses Prinzips auch verfassungsrechtl. geboten ist; jedenfalls aber kann es der Gesetzgeber beim Vorliegen gewichtiger Gründe durchbrechen und darf sich generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen bedienen (BStBl. II 1990, 483). Hiernach entfaltet das objektive Nettoprinzip Bedeutung vor allem im Zusammenhang mit den Anforderungen an hinreichende Folgerichtigkeit bei der näheren Ausgestaltung der gesetzgeberischen Grundentscheidungen. Zu ihnen gehört die Beschränkung des stl. Zugriffs nach Maßgabe des objektiven Nettoprinzips als Ausgangstatbestand der ESt (BVerfG v. 11.11.1989 – 2 BvL 10/95, BStBl. II 1999, 502); Ausnahmen von der folgerichtigen Umsetzung der mit dem objektiven Nettoprinzip getroffenen Belastungsentscheidung bedürfen eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes (BVerfG v. 11.11.1998 – 2 BvL 10/95, BStBl. II 1999, 502). Begründungen zur Einführung der abgeltenden KapErtrSt wie StVereinfachung, Bürokratieabbau und Stärkung der deutschen Finanzplätze reichen uE als Rechtfertigung der Bruttobesteuerung ebenso wenig aus wie der Hinweis auf den vermeintlich nied-

rigen StStz; aA WERNSMANN, DSrR 2009, Beihefter Nr. 34, 101 (103), der dem objektiven Nettoprinzip keinen Verfassungsrang und deshalb dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt. Auf welche Art und Weise und in welcher Höhe im Abgeltungsspielraum von 25 % typisierend Aufwendungen zur Erzielung von Kapitaleinnahmen und Veräußerungsgewinnen berücksichtigt sind, hat der Gesetzgeber bislang nicht substantiiert dargelegt. Empirische Daten über die Höhe der mit den einzelnen Kapitaleinnahmen sachlich zusammenhängenden Aufwendungen sind – soweit ersichtlich – nicht vorhanden. Die Frage der Verfassungswidrigkeit wird insbes. in den Fällen relevant, in denen die Kapitaleinkünfte nicht in das Abgeltungsverfahren, sondern in das Veranlagungsverfahren einbezogen werden, denn bei den der Abgeltungsteuer unterliegenden Kapitaleinkünften besteht unter bestimmten Voraussetzungen ein Wahlrecht, diese im Rahmen der Veranlagung geltend zu machen. Die KapErtrSt wird in diesen Fällen um die tarifliche ESt zur Ermittlung der festzusetzenden Steuer erhöht. Dabei wird die einbehaltene Abgeltungsteuer angerechnet. Das FG Ba.-Württ. v. 17.12.2012 (9 K 1637/10, EFG 2013, 1041, nrkr., Az. BFH VIII R 13/13) sieht Abs. 9 Satz 1 insoweit als verfassungswidrig an, als zumindest im Rahmen der Günstigerprüfung (§ 32d Abs. 6) WK abziehbar sein müssen. § 32d Abs. 6 sei verfassungskonform entsprechend auszulegen (glA MERTENS/KARRENBROCK, DSrR 2013, 950 [951 f.]; aA FG Rhld.-Pf. v. 11.4.2013 – 6 K 1295/11, EFG 2013, 932, rkr.).

Körperschaften: In den Genuss des Pauschbetrags kommen nicht nur natürliche Personen, sondern auch unbeschr. stpfl., nicht stbefreite Körperschaften, Personenvereinigungen, Vermögensmassen und nicht rechtsfähige Vereine, soweit sie Einkünfte aus Kapitalvermögen beziehen (BMF v. 27.9.2002, BStBl. I 2002, 1346 – Tz. 27 zum Freistellungsverfahren). Unbeschränkt stpfl. und nicht stbefreite Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen können, wenn sie Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen, nach § 8 Abs. 1 KStG einen Freistellungsauftrag erteilen, wenn das Konto auf ihren Namen lautet und soweit die Kapitalerträge den Pauschbetrag nicht übersteigen (vgl. R 32 Abs. 2 Satz 2 KStR). Dies gilt ua. auch für nichtrechtsfähige Vereine (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG), nicht aber für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (s. Anm. 23). Soweit aber die Einkünfte einer Körperschaft nach § 8 Abs. 2 KStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind, wird der Pauschbetrag nicht gewährt.

683 4. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der Sparer-Pauschbetrag ist erstmals auf nach dem 31.12.2008 zufließende Kapitalerträge anzuwenden (§ 52a Abs. 10 Satz 10). Aufwendungen, die mit Kapitalerträgen in Zusammenhang stehen, die vor diesem Zeitpunkt zugeflossen sind, sind demnach uneingeschränkt als WK abziehbar, auch wenn sie erst nach dem 31.12.2008 abgeflossen sind.

FG Düss. v. 14.11.2012 – 2 K 3893/11 E, EFG 2013, 926, nrkr., Az. BFH VIII R 53/12; FG Köln v. 17.4.2013 – 7 K 244/12, EFG 2013, 1328, nrkr., Az. BFH VIII R 34/13; jeweils gegen BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 322. Vgl. auch Nds. FG v. 12.9.2012 – 4 K 316/10, StX 2013, 218, nrkr., Az. BFH VIII R 44/12 gegen FG Rhld.-Pf. v. 14.12.2011 – 2 K 1176/11, EFG 2012, 1146, rkr., betr. Vorabberwertungsvergütung.

II. Abzug des Pauschbetrags bei der Ermittlung der Einkünfte (Abs. 9 Satz 1) 684

„Bei der Ermittlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen“ ist der Sparer-Pauschbetrag abzuziehen. Die Ermittlung der Einkünfte obliegt seit der Systemumstellung auf die Abgeltungsteuer überwiegend den zum StAbzug verpflichteten Stellen. Die nach § 20 zu versteuernden Einkünfte aus Kapitalvermögen sind also die um den Sparer-Pauschbetrag geminderten Kapitalerträge; zur stl. Bedeutung dieser Regelung s. Anm. 682.

Abzug als Werbungskosten: Der Pauschbetrag ist von den Einnahmen aus Kapitalvermögen „als Werbungskosten“ abzuziehen. Der verbleibende Saldo unterliegt dem StAbzug durch die Kreditinstitute mit dem Abgeltungsteuersatz von 25 %. Werden Kapitaleinkünfte mit der StErklärung erklärt und veranlagt, zB weil der Stpfl. keinen Freistellungsantrag nach § 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 gestellt hat, wird der Pauschbetrag bei der besonderen Veranlagung mit Abgeltungsteuersatz berücksichtigt. Gehen die Kapitaleinkünfte in die allgemeine Veranlagung ein, zB auf Antrag im Rahmen der Günstigerprüfung (§ 32d Abs. 6 Satz 1) oder in den Fällen des § 32d Abs. 3, wird ebenfalls nur der Pauschbetrag abgezogen (s. § 32d Anm. 20 ff. und 80 ff.).

III. Gemeinsamer Sparer-Freibetrag für Ehegatten (Abs. 9 Satz 2) 685

Für Ehegatten, die zur ESt zusammen veranlagt werden (§§ 26, 26b), wird ein gemeinsamer Sparer-Pauschbetrag von 1602 € gewährt. Werden Ehegatten nicht zusammen veranlagt, so kann jeder einen Sparer-Pauschbetrag von 801 € abziehen; dies gilt insbes. für Ehegatten, die besonders oder getrennt veranlagt werden oder die dauernd getrennt leben. Die Regelung gilt entsprechend für Lebenspartner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (§ 2 Abs. 8; vgl. auch BMF v. 20.12.2012, BStBl. I 2013, 36 – Tz. 58 und Muster Freistellungsauftrag sowie BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 326 jeweils idF BMF v. 31.7.2013, BStBl. I 2013, 940). Die FinVerw. beanstandet es nicht, wenn gemeinsame Freistellungsaufträge von Lebenspartnern aus automationstechnischen Gründen erst mit Wirkung ab dem 1.1.2014 berücksichtigt werden (BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 326 idF BMF v. 31.7.2013, BStBl. I 2013, 940).

IV. Aufteilung des Freibetrags bei Ehegatten (Abs. 9 Satz 3) 686

Der gemeinsame Freibetrag für zur ESt zusammen veranlagte Ehegatten (§§ 26, 26b) ist grds. bei jedem Ehegatten zur Hälfte abzuziehen, da die Ehegatten – trotz Zusammenveranlagung – wie zwei Stpfl. zu behandeln sind (Abs. 9 Satz 3 Halbs. 1). Kann ein Ehegatte den auf ihn entfallenden Pauschbetrag wegen fehlender Einnahmen nicht voll oder gar nicht in Anspruch nehmen, so erhöht sich insoweit der hälftige Pauschbetrag des anderen Ehegatten um den nicht verbrauchten Betrag des anderen (Abs. 9 Satz 3 Halbs. 2). Soweit die Ehegatten ihre Kapitalerträge über ein Bankinstitut beziehen und dort im Wege des Freistellungsauftrags (§ 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1) den Abzug des Pauschbetrags beantragt haben, nimmt das Bankinstitut die Verrechnung vor. Für Ehegatten, die keinen Freistellungsauftrag erteilt haben, nimmt das FA die Aufteilung bei der Veranlagung vor.

Beispiel 1: Eheleute A werden zur ESt zusammen veranlagt. Der Ehemann erzielt Einnahmen aus Kapitalvermögen von 7 500 €. Die Ehefrau hat keine Einnahmen.

	Ehemann	Ehefrau
Einnahmen	7 500 €	0 €
Sparer-Pauschbetrag	./.. 801 €	
anteiliger Freibetrag der Ehefrau	./.. <u>801 €</u>	
stpl. Einkünfte insgesamt	5 899 €	

Beispiel 2: Die Kapitalerträge des Ehemannes betragen 7 500 €, die der Ehefrau 500 €.

	Ehemann	Ehefrau
Einnahmen	7 500 €	500 €
Sparer-Freibetrag	./.. 801 €	801 €
verbleiben	6 699 €	./.. 301 €
anteiliger Freibetrag der Ehefrau	./.. <u>301 €</u>	
stpl. Einkünfte insgesamt:	6 398 €	

Übertragung des Pauschbetrags bei negativen Einnahmen eines Ehegatten: Der nicht ausgenutzte volle oder anteilige Pauschbetrag ist auch dann auf den anderen Ehegatten zu übertragen, wenn ein Ehegatte negative Kapitalerträge erzielt hat (BFH v. 26.2.1985 – VIII R 125/83, BStBl. II 1985, 547; LAHANN, DStR 1983, 502; HORLEMANN, FR 1983, 220; HORLEMANN, DStR 1983, 678).

Beispiel 3: Ehemann A erzielt 7 000 € Zinserträge, seine Ehefrau einen Verlust aus Aktiengeschäften 5 000 €.

	Ehemann	Ehefrau
Einnahmen	7 000 €	./.. 5 000 €
Sparer-Pauschbetrag	./.. 801 €	0 €
Pauschbetrag der Ehefrau	./.. 801 €	
stpl. Einkünfte	5 398 €	./.. 5 000 €

Diese ehегattenübergreifende Verrechnung der Pauschbeträge durch die Bank beim StAbzug ist nur möglich, wenn das Konto bei einer Bank geführt und die Ehegatten einen gemeinsamen Freistellungsauftrag in voller Höhe erteilt haben. Siehe dazu sowie zur seit 2010 möglichen ehегattenübergreifenden Verlustverrechnung im Rahmen des StAbzugsverfahrens § 43a Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BMF v. 9.10.2012, BStBl. I 2012, 953 – Tz. 261 ff.

Lebenspartner: Die Regelung gilt entsprechend für Lebenspartner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (s. Anm. 685).

687 V. Sparer-Freibetrag nicht höher als die verrechneten Kapitaleinkünfte (Abs. 9 Satz 4)

Die bisherige Regelung in Abs. 4 aF wird inhaltlich in Abs. 9 Satz 4 fortgeführt. Die Pauschbeträge vermindern sich danach, wenn die nach Abs. 6 verrechneten Einkünfte niedriger sind als der Pauschbetrag. Da im Rahmen des Abs. 6 keine vollständige Verrechnung aller positiven und negativen Kapitaleinnahmen möglich ist (s. Anm. 611 ff.), zB Verluste aus Aktiengeschäften nicht mit positiven Zinserträgen verrechnet werden können, ist der Sparer-Pauschbetrag unabhängig von der Art der Erträge, bei den jeweils positiven Kapitalerträgen zu berücksichtigen. Der Abzug des Pauschbetrags darf nicht zu negativen Einkünften führen oder diese erhöhen.

Beispiel 1: Verminderung des Pauschbetrags

Einnahmen aus erhaltenen Zinsen	1 000 €
gezahlte Stückzinsen	./ 500 €
Kapitalerträge insgesamt	500 €
Sparer-Pauschbetrag (max. 801 €)	./ 500 €
Einkünfte aus Kapitalvermögen	0 €

Beispiel 2: Pauschbetrag trotz insgesamt neg. Kapitaleinnahmen

	Einnahmen aus allgemeinen Kapitaleinnahmen	Einnahmen aus Aktiengeschäften (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)
Zinseinnahmen	9 000 €	
Aktienverkäufe		./ 10 000 €
Gewinn aus Termingeschäften	1 000 €	
Einnahmen aus Kapitalvermögen	10 000 €	./ 10 000 €
Sparer-Pauschbetrag	./ 801 €	
nicht zu verrechnende Einkünfte	9 199 €	./ 10 000 €

