

Die Neuregelungen auf einen Blick

- ▶ Einschränkung der Anrechenbarkeit von KapErTrSt für im Inland zur ESt/KSt veranlagte Aktionäre deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genussscheininhaber bei sog.cum/cum-Gestaltungen rund um den Dividendenstichtag.
- ▶ Fundstelle: Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731).

§ 36a

Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer

eingefügt durch das InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Bei Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a setzt die volle Anrechnung der durch Steuerabzug erhobenen Einkommensteuer ferner voraus, dass der Steuerpflichtige hinsichtlich der diesen Kapitalerträgen zugrunde liegenden Anteile oder Genussscheine

1. während der Mindesthaltedauer nach Absatz 2 ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer ist,
2. während der Mindesthaltedauer nach Absatz 2 ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko nach Absatz 3 trägt und
3. nicht verpflichtet ist, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten.

²Fehlen die Voraussetzungen des Satzes 1, so sind drei Fünftel der Kapitalertragsteuer nicht anzurechnen. ³Die nach den Sätzen 1 und 2 nicht angerechnete Kapitalertragsteuer ist auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abzuziehen. ⁴Die Sätze 1 bis 3 gelten entsprechend für Anteile oder Genussscheine, die zu inländischen Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Absatz 3 Satz 1 führen und einer Wertpapiersammelbank im Ausland zur Verwahrung anvertraut sind.

(2) ¹Die Mindesthaltedauer umfasst 45 Tage und muss innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach der Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden. ²Bei Anschaffungen und Veräußerun-

ESTG § 36a

gen ist zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Anteile oder Genussscheine zuerst veräußert wurden.

(3) ¹Der Steuerpflichtige muss unter Berücksichtigung von gegenläufigen Ansprüchen und Ansprüchen nahe stehender Personen das Risiko aus einem sinkenden Wert der Anteile oder Genussscheine im Umfang von mindestens 70 Prozent tragen (Mindestwertänderungsrisiko). ²Kein hinreichendes Mindestwertänderungsrisiko liegt insbesondere dann vor, wenn der Steuerpflichtige oder eine ihm nahe stehende Person Kurssicherungsgeschäfte abgeschlossen hat, die das Wertänderungsrisiko der Anteile oder Genussscheine unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 Prozent mindern.

(4) Einkommen- oder Körperschaftsteuerpflichtige Personen, bei denen insbesondere aufgrund einer Steuerbefreiung kein Steuerabzug vorgenommen oder denen ein Steuerabzug erstattet wurde und die die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach den Absätzen 1 bis 3 nicht erfüllen, haben dies gegenüber ihrem zuständigen Finanzamt anzuzeigen und eine Zahlung in Höhe des unterbliebenen Steuerabzugs auf Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des Absatzes 1 Satz 4 zu leisten.

(5) Die Absätze 1 bis 4 sind nicht anzuwenden, wenn

1. die Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des Absatzes 1 Satz 4 im Veranlagungszeitraum nicht mehr als 20 000 Euro betragen oder
2. der Steuerpflichtige bei Zufluss der Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des Absatzes 1 Satz 4 seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder Genussscheine ist; Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(6) ¹Der Treuhänder und der Treugeber gelten für die Zwecke der vorstehenden Absätze als eine Person, wenn Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des Absatzes 1 Satz 4 einem Treuhandvermögen zuzurechnen sind, welches ausschließlich der Erfüllung von Altersvorsorgeverpflichtungen dient und dem Zugriff übriger Gläubiger entzogen ist. ²Entsprechendes gilt für Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer im Rahmen von fondsgebundenen Lebensversicherungen, wenn die Leistungen aus dem Vertrag an den Wert eines internen Fonds im Sinne des § 124 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes gebunden sind.

(7) § 42 der Abgabenordnung bleibt unberührt.

§ 52

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346),
zuletzt geändert durch InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

...
(35a) § 36a in der am 27. Juli 2016 geltenden Fassung ist erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden, die ab dem 1. Januar 2016 zufließen.
...

Autor: Dr. Mathias **Link**, LL.M., Rechtsanwalt/Steuerberater,
Hengeler Mueller, Frankfurt am Main
Mitherausgeber: Michael **Wendt**, Vors. Richter am BFH, München

Schrifttum: Hahne/Völker, Anwendungsfragen des § 36a EStG bei Investmentfonds nach geltendem und künftigem Recht, BB 2017, 858; Hahne/Völker, § 36a EStG: Konkretisierungen, verbleibende Zweifelsfragen und Ungereimtheiten nach dem dritten BMF-Entwurf, RdF 2017, 50; Jensch/Rüdiger, Steuerabzug auf Kapitalerträge gem. § 36a EStG bei Investmentfonds – Umsetzungsprobleme und Anlegergleichbehandlung, RdF 2016, 319; Knobloch, Steuerarbitrage um den Ausschüttungstermin von Kapitalgesellschaften, DB 2016, 1825; Kretzschmann/Schwarz, Verschärfte Anforderungen an die Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer gem. § 36a EStG, FR 2017, 223.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG.

Kompaktübersicht

Inhalt der Änderung: Durch die Norm wird bestimmten im Inland zur ESt/ KSt veranlagten Aktionären deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genusscheininhabern zukünftig die Anrechnung von auf die Ausschüttung einbehaltener KapErtrSt teilweise verweigert, wenn sie nicht während einer Mindesthaltedauer wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie bzw. des Genusscheins sind, nicht ein Mindestwertänderungsrisiko tragen oder verpflichtet sind, die Kapitalerträge an Dritte weiterzugeben. In jedem dieser Fälle sind drei Fünftel der einbehaltenen KapErtrSt nicht anzurechnen, können aber auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden. Abs. 4 enthält eine flankierende Regelung für Fälle, in denen wegen der StBefreiung eines Aktionärs vom KapErtrStAbzug abgesehen wurde. Auf diese Weise soll sog. cum/cum-Gestaltungen rund um den Dividendenstichtag vorgebeugt werden. Ausnahmen bestehen, wenn die betreffenden Kapitalerträge im VZ nicht mehr als 20000 € betragen oder der Stpfl. bei

J 16-1

Zufluss der Kapitalerträge seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder Genussscheine ist.

J 16-2 **Rechtsentwicklung:** Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu eingefügt. Vorgängerregelungen gab es keine. Sie verfolgt insbes. eine andere Zielrichtung als der durch das StSenkG zum 31.12.2000 aufgehobene § 36a EStG aF.

J 16-3 **Zeitlicher Anwendungsbereich:** Die Norm ist erstmals anzuwenden auf Kapitalerträge, die ab dem 1.1.2016 zufließen (§ 52 Abs. 35a). Dies erscheint verfassungsrechtlich problematisch, denn damit werden auch Ausschüttungen erfasst, die vor Verkündung des Gesetzes (19.7.2016) vorgenommen wurden. Je nach Ausschüttungszeitpunkt kann es einem Stpfl. insbes. nicht mehr möglich sein, die geforderte Mindesthaltedauer von 45 Tagen (s. Anm. J 16-6) einzuhalten. Die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 140) adressiert die Rückwirkungsproblematik, geht dabei aber von einer unechten Rückwirkung aus, die zudem verfassungsrechtlich zulässig sei, weil ein Stpfl. sich insbes. nicht auf schutzwürdiges Vertrauen berufen könne, da es in anderen Staaten (wie den USA und Australien) vergleichbare Regelungen zur Beschränkung der KapErtrSt-Anrechnung gebe. Diese Argumentation überzeugt nicht.

J 16-4 **Grund und Bedeutung der Änderung:**

► **Grund der Änderung:** Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der BReg. dient die Norm der Vermeidung sog. cum/cum-Gestaltungen. Diese hatten daran angeknüpft, dass für Steuerausländer und inländ. Körperschaften Dividenden aus inländ. Streubesitzbeteiligungen (unter 10 %) regelmäßig im Inland stpfl. sind (bei Steuerausländern: beschränkte StPfl. nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a mit entsprechendem KapErtrSt-Einbehalt iHv. grds. 26,375 % gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a; bei inländ. Körperschaften: idR volle StPfl. nach § 8b Abs. 4 KStG), Gewinne aus der Veräußerung dieser Streubesitzbeteiligungen idR aber (fast) stfrei sind (bei Steuerausländern: mangels Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 keine beschränkte StPfl. gem. § 49 Abs. 1 Nr. 2e); bei inländ. Körperschaften: effektiv 95%ige StBefreiung gem. § 8b Abs. 2, 3 KStG). Steuerausländer oder inländ. Körperschaften hätten bisher die Besteuerung von Dividenden durch den Verkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag an eine inländ. Gegenpartei (idR ein inländ. Bank) und gleichzeitige Rückveräußerung nach dem Dividendenstichtag (durch Termingeschäft) oder durch Wertpapierleihe vermeiden können. Die Transaktionen seien so ausgestaltet gewesen, dass auf Käuferseite zwar (idR nach § 8b Abs. 7 KStG) stpfl. Dividenden angefallen wären, gleichzeitig

aber Verluste aus einer späteren Veräußerung der Aktien oder Aufwendungen aus einer Wertpapierleihgebühr entstanden seien. Im Erg. sei es beim Aktienkäufer (dh. der inländ. Bank) zu fast keiner Steuerlast gekommen, so dass die auf die Dividenden einbehaltene inländ. KapErtrSt an den Aktienkäufer erstattet werden musste. Die Steuerersparnis hätten sich Verkäufer und Käufer geteilt (so BTDrucks. 18/8045, 133f. mit einem Rechenbeispiel).

► **Bedeutung der Änderung:** Die Norm will diese sog. cum/cum-Gestaltungen unattraktiv machen, setzt aber nicht beim Steuerausländer/der inländ. Körperschaft an, der/die die stpfl. Dividende in einen (fast) stfreien Veräußerungsgewinn umwandeln will, sondern bei der inländ. Gegenpartei (dem Aktienkäufer, idR eine inländ. Bank). Dieser Gegenpartei soll eine vollständige Anrechnung/Erstattung der auf die Dividendenausschüttung einbehaltenen KapErtrSt verwehrt werden, auch wenn diese aus der Transaktion im Saldo keine stpfl. Einkünfte erzielt hat. Ziel ist offenbar, dass sich zukünftig für cum/cum-Gestaltungen keine inländ. Gegenparteien mehr finden lassen, so dass im Erg. der Steuerausländer/die inländ. Körperschaft die Inlandsdividenden versteuern muss. Aufgrund des überbordenden Wortlauts der Norm können aber nicht nur Gegenparteien vom cum/cum-Gestaltungen (idR Inlandsbanken), sondern jeder im Inland zur Est/KSt veranlagte Stpfl., der inländ. börsengehandelte Aktien/Genussscheine im PV oder BV hält, von der Beschränkung der Anrechnung/Erstattung der auf die betreffenden Dividenden einbehaltenen KapErtrSt betroffen sein.

Die Änderungen im Detail

■ Absatz 1 (Voraussetzungen und Folgen der Beschränkung der Kapitalertragsteueranrechnung)

Verweigerung der vollständigen Anrechnung: Abs. 1 verweigert zukünftig bestimmten im Inland zur Est/KSt veranlagten Aktionären deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genussscheininhabern die vollständige Anrechnung (und ggf. Erstattung) von auf die Ausschüttung einbehaltener KapErtrSt, wenn diese nicht während einer Mindesthaltedauer ununterbrochener wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie bzw. des Genussscheins sind, nicht ein Mindestwertänderungsrisiko tragen oder verpflichtet sind, die Kapitalerträge an Dritte weiterzugeben. Anderenfalls sind drei Fünftel der einbehaltenen KapErtrSt nicht anzurechnen, können aber auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden.

J 16-5

► **Steuerliche Veranlagung im Inland:** Die Norm verschärft die Anrechnungsvoraussetzungen für inländ. KapErtrSt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 (vgl.

BTDrucks. 18/8739, 112) und setzt somit eine inländ. Veranlagung zur EST oder KSt voraus. Sie betrifft damit primär inländ. Stpfl., aber auch Steuerausländer, die aufgrund Vorhandenseins einer inländ. BS zur inländ. Est/KSt veranlagt werden. Nicht erfasst von der Norm sind Steuerausländer, die mangels inländ. BS mit den Dividenden auf inländ. Aktien/Genussscheine (nur) einem inländ. KapErtrStEinbehalt ohne Veranlagung unterliegen. Für diese gelten jedoch vergleichbare Beschränkungen (Versagung der KapErtrStEntlastung gem. § 50j, s. § 50j Anm. J 16-1 ff.). Im Rahmen der Abgeltungsteuer (Stpfl. erzielt Einkünfte im PV) ist die Norm nur ausnahmsweise anwendbar, wenn (i) im Rahmen der Veranlagung (Wahlveranlagung oder Günstigerprüfung) eine KapErtrStAnrechnung begehrt wird oder (ii) vom StAbzug Abstand genommen/der StAbzug erstattet wurde (so auch BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 131).

► **Inländische Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a:** Die Anrechnungsbeschränkung betrifft inländ. Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, dh. Erträge aus im Inland (dh. bei der Clearstream Banking AG) sammel- oder sonderverwahrten Aktien oder Genussscheinen inländ. Emittenten sowie, in der Praxis seltener, gegen Aushändigung von Erträgnisscheinen ausgezahlte Erträge, s. § 43 Anm. 16. Durch Abs. 1 Satz 4 werden Aktien oder Genussscheine inländ. Emittenten, die bei einem ausländ. Zentralverwahrer verwahrt werden, in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen (vgl. BRDrucks. 119/16, 23f.; BTDrucks. 18/8739, 113). Inländische Kapitalerträge im Sinne der Norm sind auch Erträge aus Hinterlegungsscheinen (zB American Depository Receipts, ADR) auf inländ. Aktien, vgl. BMF v. 24.5.2013 – IV C 1 - S 2204/12/10003, BStBl. I 2013, 718.

► **Wirtschaftlicher Eigentümer:** Um in den Genuss der vollen KapErtrStAnrechnung zu kommen, muss der Stpfl. wirtschaftlicher Eigentümer iSv. § 39 AO der betreffenden Aktien/Genussscheine im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses sein (vgl. § 20 Abs. 5). Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass in Fällen der Wertpapierleihe das wirtschaftliche Eigentum an den verliehenen Aktien/Genussscheinen grds. beim Entleiher liegt, so dass die Norm (auch und gerade) Fälle der Wertpapierleihe erfassen soll (vgl. BTDrucks. 18/8045, 133). Nach BFH v. 18.8.2015 (I R 88/13, BStBl. II 2016, 961) und BMF v. 11.11.2016 (IV C 1 - S 2283 - c/11/10001:015, 2016/1020950, BStBl. I 2016, 1245) verbleibt jedoch unter bestimmten Voraussetzung bei einer Wertpapierleihe das wirtschaftliche Eigentum beim Verleiher, dh., die Aktien/Genussscheine und die darauf geleisteten Ausschüttungen wären dann stl. nicht beim Entleiher, sondern beim Verleiher zu erfassen und bei diesem (ggf. voll) stpfl. Auf die Erfüllung der Voraussetzungen des § 36a beim Entleiher käme es dann nicht an; allerdings wäre das Ziel der cum/cum-Gestaltung für den Verleiher nicht erreicht, da er nun

eine (ggf. voll) stpfl. Dividende und keinen privilegierten Veräußerungsgewinn erzielt.

► **Mindesthaltedauer:** Das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien/Genussscheinen muss ununterbrochen während einer bestimmten Mindesthaltedauer (definiert in Abs. 2, s. Anm. J 16-6) bestanden haben.

► **Mindestwertänderungsrisiko:** Der Stpfl. muss während der Mindesthaltedauer ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko (definiert in Abs. 3; s. Anm. J 16-7) in Bezug auf die Aktien/Genussscheine getragen haben.

► **Ununterbrochene(s) Mindesthaltedauer/Mindestwertänderungsrisiko:** Ununterbrochen meint ohne Unterbrechung, dh., es besteht die Gefahr, dass selbst ein kurzfristiges Aufgeben der (wirtschaftlichen) Position an den Aktien/Genussscheinen, und sei es nur für eine juristische Sekunde, schädlich sein könnte.

► **(Keine) Verpflichtung, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten:** Der Stpfl. darf nicht aufgrund von Rechtsgeschäften verpflichtet sein, die Kapitalerträge aus den übertragenen Aktien/Genussscheinen (dh. den wirtschaftlichen Vorteil aus der Vereinnahmung der Ausschüttung) an andere Personen weiter- oder zurückzureichen. Nach der Gesetzesbegründung sei dies bereits dann der Fall, wenn der Stpfl. die Ausschüttungen ganz oder überwiegend (dh. zu mehr als 50 %) entweder direkt (zB in Form von Ausgleichszahlungen oder Leihgebühren) oder indirekt (zB durch Einpreisung in den Rückkaufspreis oder ein Derivat) weiterreicht (BTDrucks. 18/8739, 113). Gleiches soll nach der Gesetzesbegründung bereits bei einem gesonderten Ausgleich der der Dividende zwischen den Vertragspartnern zB durch Swaps, Repo-(Buy and Sell Back)Geschäfte und Sachdarlehen gelten; ferner soll bereits der Abschluss von auf die betreffenden Anteile gerichteten Derivaten wie zB Aktienoptionen oder Futures gelten (BTDrucks. 18/8739, 113). Die beiden letzten Fallgruppen lassen sich uE nur schwer mit dem Wortlaut vereinbaren.

► **Folgen der Kapitalertragsteueranrechnungsbeschränkung:** Anders als noch der Regierungsentwurf des InvStRefG, der in dem seinerzeit vorgesehenen § 36 Abs. 2a einen vollständigen Ausschluss von der KapErtrSt-Anrechnung vorsah (vgl. BTDrucks. 18/8045, 44), ordnet die Norm nunmehr (nur noch) an, dass drei Fünftel der KapErtrSt von 25 % (also 15 %) nicht anzurechnen sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen auf diese Weise Nachteile inländ. Finanzmarktakteure gegenüber Steuerausländern vermieden werden, bei denen die DBA idR einen Quellensteuerhöchstbetrag von 15 % vorsehen (so BTDrucks. 18/8739, 113). Demgegenüber kann nach Auffassung der FinVerw. der auf die KapErtrSt von 25 % erhobene SolZ in voller Höhe angerechnet werden (BMF v. 3.4.2017

– IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 104). Allerdings muss es nicht zwingend bei einer Definitivbelastung von 15 % verbleiben. Nach Abs. 1 Satz 3 kann der Stpfl. auf Antrag erreichen, dass die nicht angerechnete KapErtrSt bei der Ermittlung seiner Einkünfte abgezogen wird, dh. die stl. Bemessungsgrundlage mindert.

■ Absatz 2 (Definition der Mindesthaltedauer)

J 16-6 **Mindesthaltedauer:** Abs. 2 definiert die Mindesthaltedauer, während der der Stpfl. wirtschaftliches Eigentum an den Aktien/Genussscheinen ununterbrochen halten muss.

► **45-Tages-Frist:** Nach dem Wortlaut umfasst sie 45 Tage und muss innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach der Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden. Da es „Tage“ und nicht „Geschäftstage“ oder „Handelstage“ heißt, schließt dies Sonn- und gesetzliche Feiertage ein (BTDrucks. 18/8739, 114).

► **Beginn/Ende:** Unklar ist, ob der Tag der Anschaffung/der Veräußerung jeweils mitzählt oder nicht; nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 7), sollen nur Tage einzubeziehen sein, an denen das wirtschaftliche Eigentum während des gesamten Kalendertages besteht. Auch wenn es nach dem Wortlaut auf den Erwerb des „wirtschaftlichen Eigentums“ (und damit grds. auf den Tag der Lieferung ankommt), plant die FinVerw. wohl (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 5), es nicht zu beanstanden, wenn für Zwecke der Ermittlung der Haltedauer (und nur für diese) bei Geschäften mit bis zu dreitägiger Lieferfrist auf den Tag des Verpflichtungsgeschäfts (Handelstag) abgestellt wird.

► **Anknüpfungspunkt – Fälligkeit der Kapitalerträge:** Die FinVerw. will den Begriff der Fälligkeit nicht zwingend im Sinne des tatsächlichen Zuflusses verstehen, sondern mit Fiktionen/Pauschalierungen arbeiten: Bei Aktien soll sie sich nach dem Gewinnverwendungsbeschluss, bei Genussscheinen nach den Emissionsbedingungen richten (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 3). Dabei soll nicht beanstandet werden, wenn der Stpfl. für die Bestimmung der Mindesthaltedauer generell auf den ersten Geschäftstag nach der Hauptversammlung (den sog. Ex-Tag) abstellt (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 4).

► **Ununterbrochen:** Zum Begriff s. Anm. J 16-5.

► **Verwendungsreihenfolge:** Abs. 2 Satz 2 legt für Anschaffungen und Veräußerungen von Aktien/Genussscheinen als Verwendungsreihenfolge die FIFO-Methode (first in – first out) fest.

■ **Absatz 3 (Definition des Mindestwertänderungsrisikos)**

Mindestwertänderungsrisiko: Abs. 3 definiert das Mindestwertänderungsrisiko, das der Stpfl. während der Mindesthaltedauer (Abs. 2) ununterbrochen tragen muss. Es ist gegeben, wenn der Stpfl. unter Berücksichtigung von gegenläufigen Ansprüchen und Ansprüchen nahe stehender Personen das Risiko aus einem sinkenden Wert der Aktien/Genussscheine im Umfang von mindestens 70 % trägt (Abs. 3 Satz 1).

J 16-7

► **Wertänderungsrisiko:** Gemeint ist das Kursänderungsrisiko (und nur dieses) in Bezug auf die betreffende Aktie/den betreffenden Genussschein.

► **Quote von 70 %:** Zur Berechnung der Quote, in welcher Höhe das Wertänderungsrisiko getragen wird, sind der gemeine Wert der Aktien/Genussscheine zum Sicherungswert des gegenläufigen Anspruchs nach folgender Formel ins Verhältnis zu setzen:

$$\text{Wertänderungsrisiko} = \left(1 - \frac{\text{Derivatezahl} \times \text{Sicherungswert}}{\text{Anteilszahl} \times \text{gemeiner Wert des Anteils}} \right) \times 100 \%$$

Siehe zu Berechnungsformel, Berechnungsbeispielen und möglichen alternativen Berechnungsmethoden BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 23 ff.

► **Absicherung durch gegenläufige Ansprüche:** Gegenläufige Ansprüche sind Ansprüche aus Rechtsgeschäften, deren Wert sich beim Absinken des Werts der Aktien/Genussscheine typischerweise erhöht (oder umgekehrt beim Steigen des Werts der Aktien/Genussscheine typischerweise sinkt), wie zB Optionen, Futures, Forwards, Swaps oder andere Derivate, aber auch Zertifikate oder Investmentanteile auf Aktien/Aktienindizes (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 14 ff.). Die Gegenläufigkeit/das Absicherungsgeschäft muss sich auf das Kursänderungsrisiko beziehen; die Absicherung anderer Risiken (wie Währungs- oder Zinsrisiken) ist unbeachtlich (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 22).

► **Absicherung durch Ansprüche nahestehender Personen:** Nach Auffassung der FinVerw. entspricht der Begriff der nahe stehenden Person dem (weiten) Begriff des § 1 Abs. 2 AStG (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 64 ff. mit Fallbeispielen). Durch Einbeziehung von nahe stehenden Personen sollen Umgehungsgestaltungen (insbes. bei verbundenen Unternehmen und Konzernstrukturen) vermieden werden (BTDrucks. 18/8739, 114).

► **Zusammenhang zwischen Aktien/Genussscheinen und gegenläufigen Ansprüchen:** Es muss ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Grund- und Absicherungsgeschäft im Sinne des Veranlassungsprin-

zips gegeben sein. Aus Abs. 3 Satz 2 folgt, dass neben einer unmittelbaren auch eine mittelbare Absicherung ausreicht. Die FinVerw. sieht daher neben Micro Hedges (= gegenläufige Ansprüche dienen der Absicherung eines einzelnen Grundgeschäfts) auch Macro Hedges (= Risiken aus mehreren gleichartigen Grundgeschäften werden durch ein oder mehrere Sicherungsgeschäfte zusammenfassend abgedeckt) und Portfolio Hedges (= Gruppen von verschiedenartigen Grundgeschäften werden gemeinsam durch ein oder mehrere Sicherungsgeschäfte abgesichert) als relevant an (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 50 ff.). Bei Bildung von Bewertungseinheiten (§ 254 HGB/§ 5 Abs. 1a) soll ein schädlicher Zusammenhang stets gegeben sein (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 51). Nicht mehr vom Wortlaut gedeckt ist die interpretationsfähige These der FinVerw., wonach in Fällen, in denen es an einem wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den gegenläufigen Ansprüchen und den vom Stpfl. gehaltenen Aktien/Genussscheinen fehlt, die absichernde Wirkung aller gegenläufiger Ansprüche in Bezug auf den gesamten Bestand einer Aktien-/Genussscheingattung maßgebend sein soll (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 63); hier wäre ein klarer definierter (und vor allem enger) Maßstab wünschenswert.

► **Ununterbrochenes Tragen des Mindestwertänderungsrisikos:** Zum Begriff „ununterbrochen“ s. Anm. J 16-5.

► **Fallgruppen generell fehlenden Wertänderungsrisikos:** Nach Abs. 3 Satz 2 liegt insbes. dann kein hinreichendes Mindestwertänderungsrisiko vor, wenn der Stpfl. oder eine ihm nahe stehende Person Kurssicherungsgeschäfte abgeschlossen hat, die das Wertänderungsrisiko der Aktien/Genussscheine unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 % mindern. Zu diesen per se schädlichen Absicherungsgeschäften zählen nach Auffassung der FinVerw. insbes. (und idR) Wertpapierdarlehen/Wertpapierleihe, Wertpapierpensionsgeschäfte, der Erwerb von Aktien zur Absicherung von ausgegebenen Aktien-Zertifikaten/Aktienindexzertifikaten, der Abschluss von Aktien-Swapverträgen, bei denen der Vertragspartner eine Ausgleichszahlung bei Wertminderung der Aktie zugesagt hat (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 10 ff.).

■ Absatz 4 (Anzeige- und Zahlungspflicht bei unterbliebenem Steuerabzug)

J 16-8 **Unterbliebener Steuerabzug:** Abs. 4 verpflichtet estpfl. und kstpfl. Personen, bei denen insbes. aufgrund einer StBefreiung kein StAbzug vorgenommen oder denen ein StAbzug erstattet wurde und die die Vorausset-

zungen einer KapErtrStAnrechnung nach Abs. 1 bis 3 nicht erfüllen, dies gegenüber ihrem zuständigen FA anzuzeigen und eine Zahlung in Höhe des unterbliebenen StAbzugs auf die von der Norm erfassten Kapitalerträge zu leisten. Das Gesetz beschreibt das dem zugrundeliegende Verfahren nur im Ansatz. Nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 111 ff.) gilt ein zweistufiges Verfahren: Der Stpfl. muss eine Anzeige und darüber hinaus eine KapErtrSt-Anmeldung (§ 45a) abgeben.

► **Nichtvornahme/Erstattung des Steuerabzugs:** Der Grund für die Nichtvornahme/Erstattung ist unbeachtlich. Praxisrelevant sind insbes. NV-Bescheinigungen (§ 44 Abs. 1 Satz 4) sowie Bescheinigungen für Investmentfonds nach § 11 Abs. 2 Satz 4 InvStG).

► **Form der Anzeige:** Die Anzeige ist nicht formgebunden, setzt jedoch eine schriftliche oder elektronische Erklärung voraus, die den Stpfl. erkennen lässt und aus der hervorgeht, bei welchen Aktien/Genussscheinen (und welchen Ausschüttungen) die Voraussetzungen der Norm nicht vorgelegen haben und es trotzdem zu keinem KapErtrStEinbehalt gekommen ist. Zu den Mindestangaben s. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 114 ff. Nach Auffassung der FinVerw. soll die (bloße) Abgabe einer KapErtrStAnmeldung nicht ausreichend sein (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 113).

► **Frist der Anzeige:** Die Anzeige ist unverzüglich nach Ablauf des Kj. abzugeben. Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn bei bilanzierenden Stpfl. auf den Ablauf des Wj. und bei Investmentfonds auf den Ablauf des Geschäftsjahres abgestellt wird (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 115).

► **Adressat der Anzeige** ist das für den Stpfl. zuständige (Veranlagungs-) FA.

► **Abführung der Kapitalertragsteuer:** Nach Auffassung der FinVerw. muss der Stpfl. eine KapErtrSt-Anmeldung (§ 45a) abgeben, die als StFestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gilt (§ 168 S. 1 iVm. § 164 AO). Das Gesetz hätte demgegenüber auch die Abgabe einer StErklärung, gefolgt von einem StBescheid, erlaubt. Abgeführt werden muss der zu Unrecht nicht einbehaltene Betrag, dh. idR 15 % (vgl. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 117 ff.). Der Stpfl. muss eine KapErtrStAnmeldung nach allgemeinen Vorschriften abgeben.

■ Absatz 5 (Ausnahmen)

- J 16-9 **Ausnahmetatbestände:** Abs. 5 enthält Ausnahmetatbestände, bei denen Abs. 1 bis 4 nicht anzuwenden sind. Dies betrifft Fälle, in denen (i) die von Abs. 1 erfassten Kapitalerträge im VZ nicht mehr als 20000 € betragen (Abs. 5 Nr. 1) und/oder (ii) der Stpfl. bei Zufluss der von Abs. 1 erfassten Kapitalerträge seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien/Genussscheine ist (Abs. 5 Nr. 2).
- J 16-10 **Ausnahme 1: Schwellenwert von 20000 €:** Maßgeblich sind der jeweilige VZ (und damit das Kj.) und sämtliche vom Stpfl. unmittelbar (oder mittelbar über PersGes.) darin bezogenen Kapitalerträge iSv. Abs. 1 (dh. keine Betrachtung pro Aktie/Aktiengattung etc.) Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn bei bilanzierenden Stpfl. auf das Wj./bei Investmentfonds auf das Geschäftsjahr abgestellt wird (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 90).
- J 16-11 **Ausnahme 2: Mindesthaltungsdauer von einem Jahr:** Nicht von Abs. 1 erfasste „Alt-Anteile“ liegen vor, wenn der Stpfl. zum Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer dieser Aktien/Genussscheine ist.
- ▶ **Wirtschaftliches Eigentum:** Siehe Anm. J 16-5.
 - ▶ **Beginn der Jahresfrist:** Vermutlich wird die FinVerw. auch hier nur Tage einbeziehen wollen, an denen das wirtschaftliche Eigentum während des gesamten Kalendertages besteht.
 - ▶ **Anknüpfungspunkt – Zufluss der Kapitalerträge:** Die Formulierung weicht von der in Formulierung zu Abs. 2 („Fälligkeit der Kapitalerträge“) ab; uE handelt es sich um ein Redaktionsversehen, es sollten die gleichen Kriterien gelten wie bei Abs. 2 (s. Anm. J 16-6).
 - ▶ **Ununterbrochen:** Zum Begriff s. Anm. J 16-5. Unterbrechungen führen zu einem Neubeginn der Jahresfrist. Bei Gesamtrechtsnachfolge wird die Frist schlicht fortgeführt.
 - ▶ **Verwendungsreihenfolge:** Durch Verweis auf Abs. 2 Satz 2 soll auch für die Berechnung der Mindesthaltfrist von einem Jahr die FIFO-Verwendungsreihenfolge gelten.
 - ▶ **Einfluss von „Alt-Anteilen“ auf Mindestwertänderungsrisiko bei „Jung-Anteilen“:** Das Schreiben des BMF v. 3.4.2017 (IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Tz. 101 f.) enthält ein Beispiel, wonach Aktien/Genussscheine, die als „Alt-Anteile“ (eigentlich) unter die Ausnahme des Abs. 5 fallen, gleichwohl (und zwar soweit gegenläufige Ansprüche in Bezug auf diese Alt-Anteile vorhanden sind) bei der Berechnung des Mindestwertänderungsrisiko

kos (s. Anm. J 16-7) von auch vorhandenen „jungen“ Aktien/Genussscheinen (die unter Abs. 1 fallen) mit zu berücksichtigen sein sollen. Auch wenn sich dies je nach Sachverhalt für den Stpfl. positiv oder negativ auswirken kann, erscheint die Berücksichtigung gegenläufiger Effekte von eigentlich nicht unter Abs. 1 fallenden Aktien/Genussscheinen zweifelhaft.

■ Absatz 6 (Fiktion der Personenidentität)

Für Haltefristen unschädliche Übertragungen: Abs. 6 soll regeln, dass Übertragungen zwischen bestimmten Personen für die Haltefristen der Abs. 2 und 5 unschädlich sind. Sie gilt für (i) Treuhänder/Treugeber bei bestimmten Treuhandvermögen im Rahmen der (betrieblichen) Altersvorsorge und für (ii) VU und Versicherungsnehmer bei bestimmten fondsgebundenen Lebensversicherungen. Technisch wird dies dadurch erreicht, dass diese Personen als „eine Person“ im Sinne der Norm gelten. Die Regelung hat ihren Ursprung im Regierungsentwurf v. 24.2.2016 (BTDrucks. 18/8045, 135), als die entsprechenden Haltefristen in der seinerzeit angedachten Vorschrift des § 36 Abs. 2a (noch) verlangte, dass der Stpfl. in den relevanten Zeiträumen rechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien/Genussscheine war. Übertragungen zwischen dem rechtl. und dem wirtschaftlichen Eigentümer wären daher schädlich gewesen. Da die Norm in der verabschiedeten Fassung nur noch auf das wirtschaftliche Eigentum abstellt, das in den beiden Fällen trotz rechtl. Übertragungen beim Hintermann liegt, hätte man uE auf Abs. 6 verzichten können.

J 16-12

► **Treuhänder/Treugeber:** Gemeint sind (nur) Fälle, in denen die von Abs. 1 erfassten Kapitalerträge einem Treuhandvermögen zuzurechnen sind, welches ausschließlich der Erfüllung von Altersvorsorgeverpflichtungen dient und dem Zugriff übriger Gläubiger entzogen ist (Pensionstreuhand, Contractual Trust Arrangements – CTA).

► **Versicherungsunternehmen/Versicherungsnehmer:** Gemeint sind (nur) Fälle fondsgebundener LV, wenn die Leistungen aus dem Vertrag an den Wert eines internen Fonds iSd. § 124 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VAG gebunden sind.

■ Absatz 7 (Missbrauchsvorbehalt)

§ 42 AO: Nach Abs. 7 bleibt § 42 AO unberührt. Dadurch soll „klargestellt“ werden, dass § 42 AO auch dann anwendbar bleibt, wenn ein Stpfl. die

J 16-13

ESTG § 36a

Anm. J 16-13

Anforderungen für eine KapErtrStAnrechnung nach Abs. 1 bis 5 erfüllt (BTDrucks. 18/8739, 114). Dem Stpfl. soll das Argument genommen werden, die Norm sei eine typisierende Missbrauchsvorschrift, so dass bei Erfüllung von deren Voraussetzungen ein Rückgriff auf die allgemeine Missbrauchsvorschrift (§ 42 AO) ausgeschlossen sei.