

§ 36a

Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer

idF des 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 Veräußerungen 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.

Autor: Dr. Mathias **Link**, LL.M., Rechtsanwalt/Steuerberater,
PricewaterhouseCoopers, Frankfurt/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 36a 1

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 36a	1	2. Bedeutung des § 36a	4
II. Rechtsentwicklung des § 36a	2	3. Verfassungsmäßigkeit des § 36a	5
III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 36a	3	IV. Geltungsbereich des § 36a	6
1. Hintergrund der Einführung des § 36a	3	V. Verhältnis des § 36a zu anderen Vorschriften	7

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Voraussetzungen und Folgen der Beschränkung der Kapitalertragsteueranrechnung 10

	Anm.		Anm.
I. Verschärfung der Voraussetzungen einer vollständigen Kapitalertragsteueranrechnung	10	II. Folgen der Kapitalertragsteueranrechnungsbeschränkung	11

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition der Mindesthaltedauer . . .	15
---	----

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Definition des Mindestwertänderungs- risikos	20
---	----

Anm.

Anm.

I. Allgemeine Definition . . .	20
---------------------------------------	----

II. Beispiele für nicht hinrei- chendes Mindestwert- änderungsrisiko	21
---	----

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Anzeige- und Zahlungspflicht bei unterbliebenem Steuerabzug	25
--	----

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Ausnahmetatbestände	30
--	----

Anm.

Anm.

I. Mindestschwelle, langfris- tiges Halten und ggf. wei- tere Ausnahmen	30
--	----

II. Ausnahme 1: Schwellen- wert von 20 000 € (Abs. 5 Nr. 1)	31
--	----

III. Ausnahme 2: Mindesthal- tedauer von einem Jahr (Abs. 5 Nr. 2)	32
---	----

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Für Haltefristen unschädliche Übertragungen/ Fiktion der Personenidentität	35
---	----

H. Erläuterungen zu Abs. 7: Missbrauchsvorbehalt	40
---	----

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 36a

Schrifttum: ALTVATER/BUCHHOLZ, Steueranrechnung aus belieferten Aktiengeschäften über den Dividendenstichtag („Cum/Cum“), RdF 2016, 132; HAI SCH, Führt die Bekämpfung von „Cum/Cum“ zu Kollateralschäden beim deutschen Aktienhandel, RdF 2016, 85; HAI SCH/HÜNIKEN, Erhebliche Verschärfung der Steueranrechnung bei deutschen Aktien geplant, BB 2016, 345; 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; KUBMAUL/KLOSTER, Dividendenstripping erneut im Fokus des Gesetzgebers, DB 2016, 849; HAHNE/VÖLKER, Anwendungsfragen des § 36a EStG bei In-

vestmentfonds 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; HELIOS/LENZ, Steuerliche Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen nach dem BMF-Schreiben vom 17.7.2017 – Erste Einschätzungen aus der Beratungspraxis, DB 2017, 1738; KRETZSCHMANN/SCHWARZ, Verschärfte Anforderungen an die Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer gem. § 36a EStG, FR 2017, 223; SALZMANN/HEUFELDER, Ist die weitere Bekämpfung von „Cum/Cum-Geschäften“ im grenzüberschreitenden Kontext durch den Gesetzgeber gerechtfertigt?, IStR 2017, 125; SPILKER, Rechtsstaatliche Grenzen für die steuerliche und steuerstrafrechtliche Würdigung von Cum/Cum- und Cum/Ex-Transaktionen, FR 2017, 138.

Verwaltungsanweisungen: BMF v. 20.2.2018 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris; Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG, Ergänzung des BMF-Schreibens vom 3. April 2017 (BStBl. I S. 726); BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593, Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG; BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030, FR 2017, 891, Steuerliche Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“.

1

I. Grundinformation zu § 36a

Die Norm sieht vor, dass im Inland zur ESt/KSt veranlagte Aktionäre deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genussscheininhaber die vollständige Anrechnung der auf die Ausschüttung einbehaltenen KapErtrSt zukünftig nur unter bestimmten engen Voraussetzungen erreichen können. Auf diese Weise soll sog. Cum/Cum-Gestaltungen rund um den Dividendenstichtag vorgebeugt werden. Die volle Anrechnung der einbehaltenen KapErtrSt setzt zukünftig voraus (Abs. 1), dass der Stpfl. hinsichtlich der diesen Kapitalerträgen zugrundeliegenden Anteile und Genussscheine (i) während einer Mindesthaltedauer ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer ist, (ii) während dieser Mindesthaltedauer ununterbrochen ein sog. Mindestwertänderungsrisiko trägt und (iii) nicht verpflichtet ist, die Kapitalerträgen ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten (Abs. 1; s. Anm. 10). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, sind drei Fünftel der KapErtrSt nicht anzurechnen, können aber auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte des Stpfl. abgezogen werden (s. Anm. 11). Die Mindesthaltedauer ist in Abs. 2 definiert: Sie umfasst 45 Tage und muss innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden (s. Anm. 15). Abs. 3 definiert das Mindestwertänderungsrisiko: Es ist gegeben, wenn der Stpfl. 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 % tragen muss (s. Anm. 20). Nach Abs. 4 sind estpfl. und kstpfl. Personen, bei denen insbes. aufgrund einer StBefreiung kein StAbzug vorgenommen oder denen ein StAbzug erstattet wurde und die die Voraussetzungen einer KapErtrStAnrechnung nach Abs. 1 bis 3 nicht erfüllen, verpflichtet, dies gegenüber ihrem zuständigen FA anzuzeigen und eine Zahlung in Höhe des unterbliebenen StAbzugs auf die von der Norm erfassten Kapitalerträge zu leisten (s. Anm. 25). Abs. 5 enthält Ausnahmetatbestände (Mindestschwelle nach Abs. 5 Nr. 1; langfristiges Halten nach Abs. 5 Nr. 2), bei denen Abs. 1 bis 4 nicht anzuwenden sind (s. Anm. 30 ff.). Abs. 6 regelt, dass Übertragungen zwischen bestimmten Personen (Treuhand/ Treugeber bei bestimmten Treuhandvermögen im Rahmen der (betrieblichen) Altersvorsorge; VU und Versicherungsnehmer bei bestimmten fondsgebundenen Lebensversicherungen) für die Haltefristen der Abs. 2 und 5 unschädlich sind (s. Anm. 35). Abs. 7 enthält einen

allgemeinen Missbrauchsvorbehalt, der erreichen soll, dass § 42 AO auch dann anwendbar bleibt, wenn ein Stpfl. die Anforderungen für eine KapErtrSt-Anrechnung nach Abs. 1 bis 5 erfüllt (s. Anm. 40).

II. Rechtsentwicklung des § 36a

2

InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): 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. Die Norm wurde im Gesetzentwurf der BReg. (BTDrucks. 18/8045, 133 ff.) zunächst als § 36 Abs. 2a konzipiert, im weiteren Gesetzgebungsverfahren dann (in zT entschärfter Form) als § 36a neu gefasst (BTDrucks. 18/8739, 112 ff.).

III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 36a

1. Hintergrund der Einführung des § 36a

3

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der BReg. (BTDrucks. 18/8045, 133) dient die Norm der Vermeidung sog. Cum/Cum-Gestaltungen. Diese hätten daran angeknüpft, dass für Steuerausländer und inländ. Körperschaften Dividenden aus inländ. Streubesitzbeteiligungen (unter 10 %) regelmäßig im Inland stpfl. (bei Steuerausländern: beschränkte StPflcht nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a mit entsprechendem KapErtrStEinbehalt iHv. grds. 26,375 % gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a; bei inländ. Körperschaften: idR volle StPflcht 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 StPflcht gem. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e); 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 Wertpapierleihegebühr 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, 133 f. mit einem Rechenbeispiel; ausführl. dazu auch KRETZSCHMANN/SCHWARZ, FR 2017, 223; KUBMAUL/KLOSTER, DB 2016, 849 [850 ff.]).

2. Bedeutung des § 36a

4

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 (vgl. dazu und zu anderen denkbaren Regelungsmöglichkeiten KRETZSCHMANN/SCHWARZ, FR 2017, 223 [225 f.]). Aufgrund des überbordenden Wortlauts der Norm können zum einen 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, zum anderen wird auch gängiges und missbrauchsunverdächtiges Bank- und Versicherungsgeschäft von der Norm erfasst (vgl. dazu HAISCH, RdF 2016, 85 [86]; HAISCH/HÜNIKEN, BB 2016, 345 [349 f.]).

5 3. Verfassungsmäßigkeit des § 36a

Die Verfassungsmäßigkeit der Norm wurde insbes. während des Gesetzgebungsverfahrens (und in Bezug auf den Vorgänger-Entwurf des § 36 Abs. 2a) unter verschiedenen Aspekten in Frage gestellt:

Bestimmtheit: ALTVATER/BUCHHOLZ (RdF 2016, 132 [138]) rügen zu Recht die Unbestimmtheit einzelner in der Norm verwendeter Rechtsbegriffe. Allerdings soll sich dieses Thema in der Praxis durch das detaillierte Anwendungsschreiben des BMF (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593) mit 32 Druckseiten weitgehend erledigt haben.

Steuersystematische Bedenken: Interessanter und uE nur schwer zu entkräften ist die ebenfalls von ALTVATER/BUCHHOLZ (RdF 2016, 132 [138 f.]) herausgearbeitete These, die durch die Norm statuierte Verschärfung der Steueranrechnung sei – gerade vor dem Hintergrund der Ausführungen des BFH zu Art. 3 Abs. 1 GG in seinem Vorlagebeschluss zur Zinsschranke (BFH v. 14.10.2015 – I R 20/15, FR 2016, 416) – unter dem Aspekt der typisierenden Missbrauchsabwehr nicht zu rechtfertigen.

Unechte Rückwirkung: Da die Norm gem. § 52 Abs. 35a erstmals anzuwenden ist auf Kapitalerträge, die ab dem 1.1.2016 zufließen, das Gesetz jedoch erst am 19.7.2016 verkündet wurden, liegt zweifellos eine Rückwirkung vor. Die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 140) geht von einer „unechten“ Rückwirkung aus, da die Norm (lediglich) auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte einwirke (so auch ALTVATER/BUCHHOLZ, RdF 2016, 132 [138]). Die Annahme einer (bloß) unechten Rückwirkung ist uE zweifelhaft, da es – bei zeitlich (deutlich) zuvor liegenden Ausschüttungszeitpunkten – einem Stpfl. tatsächlich nicht mehr möglich sein kann, die geforderte Mindesthaltungsdauer von 45 Tagen (s. Anm. 15) einzuhalten. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich, wie GOSCH zutr. anmerkt, bereits disponierte Transaktionen der nunmehr inkriminierten Art nicht von heute auf morgen umstellen lassen (so GOSCH in KIRCHHOFF, 16. Aufl. 2017, § 36a Rz. 4). Die Gesetzesbegründung hält die von ihr unterstellte „unechte“ Rückwirkung für verfassungsrechtl. gerechtfertigt: Insbesondere könne sich ein Stpfl. nicht auf schutzwürdiges Vertrauen berufen,

ua. weil es sich bei den Cum/Cum-Geschäften um „gezielte Gesetzmehrkonstruktionen“ handle und weil es in anderen Staaten (wie den USA und Australien) vergleichbare Regelungen zur Beschränkung der KapErtrStAnrechnung gebe (BTDrucks. 18/8045, 140). Diese Argumentation überzeugt uE nicht, zumal aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der Norm auch gängiges und missbrauchsunverdächtiges Bank- und Versicherungsgeschäft erfasst wird (so im Erg. auch GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 36a Rz. 4, „hält rechtsstaatlichen Anforderungen nicht stand“; ebenfalls krit. ALTVATER/BUCHHOLZ, RdF 2016, 132 [138]; HAISCH/HÜNIKEN, BB 2016, 345 [348]; keine verfassungsrechtl. Bedenken haben demgegenüber KRETZSCHMANN/SCHWARZ, FR 2017, 223 [235]).

IV. Geltungsbereich des § 36a

6

Sachlicher Geltungsbereich: Sachlich gilt die Norm zunächst (ausschließlich) für 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, für gegen Auslieferung von Erträgnisscheinen ausgezahlte Erträge, s. § 43 Anm. 16 sowie Anm. 10. Durch Abs. 1 Satz 4 werden Aktien oder Genussscheine inländ. Emittenten, die bei einem ausländ. Zentralverwahrer verwahrt werden, in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen (s. Anm. 10).

► *American Depository Receipts (ADR):* Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. sind auch Erträge aus Hinterlegungsscheinen (zB ADR) auf inländ. Aktien erfasst (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 86; vgl. auch BMF v. 24.5.2013 – IV C 1 - S 2204/12/10003, BStBl. I 2013, 718).

► *Investmenterträge:* Erträge aus Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds (sowohl iSd. InvStG 2004 als auch iSd. InvStG 2018) unterfallen beim Anleger nicht § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und damit auch nicht der Anrechnungsbeschränkung des § 36a (vgl. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 87).

Persönlicher Geltungsbereich: Da die Norm die Anrechnungsvoraussetzungen für inländ. KapErtrSt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 verschärft (vgl. BTDrucks. 18/8739, 112), setzt sie grds. (jedenfalls für Abs. 1) eine inländ. Veranlagung zur ESt oder KSt voraus. Sie betrifft damit primär inländ. Stpfl., aber auch Steuerländer, die aufgrund Vorhandenseins einer inländ. BS zur inländ. ESt/KSt veranlagt werden. Abs. 4 betrifft darüber hinaus Fälle, in denen es (wie zB bei Investmentfonds in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung des InvStG) aufgrund einer StBefreiung weder zu einer Veranlagung noch zu einem KapErtrStEinbehalt kam. Nicht von § 36a erfasst sind Steuerländer, 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.).

► *Abgeltungsteuer:* 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, FR 2017, 593 Rz. 131). Die FinVerw. will, uE begrüßenswert, auch in diesen Fällen regelmäßig von einer Anwendung der Norm absehen, da die eingeschränkte Verrechenbar-

keit von Aktienveräußerungsverlusten nach § 20 Abs. 6 Satz 4 und der Ausschluss des Ansatzes der tatsächlichen WK nach § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 eine Beteiligung an Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung weitestgehend ausschließen (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 131).

► *Personengesellschaften*: Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. ist die Norm auch bei PersGes. anwendbar, wobei folgendes Verfahren gilt: Im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung ist ggf. festzustellen, dass die Anrechnungsvoraussetzungen nach § 36a Abs. 1 bis 3 nicht erfüllt sind und der Ausnahmetatbestand nach § 36a Abs. 5 Nr. 2 nicht greift. Die KapErtrSt ist dabei betragsmäßig in anrechenbare und nicht anrechenbare KapErtrSt aufzuteilen. Auf diese Weise wird für die Folgebescheide der Gesellschafter bindend entschieden, dass zum einen die Anrechnungsvoraussetzungen dem Grunde nach nicht vorliegen und in welcher Höhe voll und beschränkt anrechenbare KapErtrSt vorliegt. Auf Ebene der Gesellschafter ist dann im Rahmen der Veranlagung zu entscheiden, ob die Anrechnung tatsächlich beschränkt ist, dh. ob insbes. der Schwellenwert von 20 000 € nach § 36a Abs. 5 Nr. 1 überschritten ist (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 123 f.).

► *Organschaften*: Ist eine OG Anteilseigner, ist nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. die anrechenbare KapErtrSt unter Berücksichtigung des § 36a auf Ebene der OG zu ermitteln. Die hiernach anrechenbare KapErtrSt ist gem. § 19 Abs. 5 KStG auf die KSt oder ESt des OT oder seiner Gesellschafter anzurechnen. Die anzurechnenden Beträge werden gem. § 14 Abs. 5 Satz 3 KStG gesondert auf Ebene der OG festgestellt und sowohl der OG als auch dem OT bekanntgegeben (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 129 f.).

► *Investmentfonds*: Die Norm ist grds. auch auf Investmentfonds anwendbar, wobei zwischen dem bis zum Ablauf des 31.12.2017 geltenden Regime (InvStG aF) und dem ab dem 1.1.2018 geltenden Regime (InvStG nF) zu unterscheiden ist (vgl. auch JENSCH/RÜDIGER, RdF 2016, 319 [321]):

▷ *InvStG aF*: Der Investmentfonds legt (als Stpfl., der zwar der KSt unterliegt, aber von ihr befreit ist) typischerweise eine NV-Bescheinigung vor, so dass er die Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a idR ohne Einbehalt von KapErtrSt vereinnahmt (§ 11 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF iVm. § 4a Abs. 10; vgl. MANN in BLÜMICH, § 11 InvStG 2004 Rz. 14 [4/2017]). Liegen beim Investmentfonds die Voraussetzungen für eine volle Anrechenbarkeit nach § 36a Abs. 1 bis 3 nicht vor, muss er das Anzeigeverfahren nach Abs. 4 (s. Anm. 25) durchführen.

▷ *InvStG nF*: Auf Ebene des Investmentfonds spielt die Norm grds. keine Rolle (mehr), da in- und ausländ. Investmentfonds zukünftig mit den Kapitalerträgen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a beschränkt stpfl. sind und einem KapErtrStEinbehalt von 15 % unterliegen. Ausnahmen bestehen im Rahmen des § 8 Abs. 4 Nr. 2 InvStG nF (StBefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger; s. § 8 InvStG Anm. 25), im Rahmen des § 10 Abs. 1 Satz 2 InvStG nF (Investmentfonds oder Anteilsklassen ausschließlich für steuerbegünstigte Anleger; s. § 10 InvStG Anm. 5) sowie im Rahmen des § 31 Abs. 3 InvStG nF (Ausübung der sog. Transparenzoption bei Spezial-Investmentfonds; s. § 31 InvStG Anm. 20). In diesen Fällen muss ein (Spezial-)Investmentfonds auch weiterhin die Voraussetzungen des § 36a erfüllen.

Zeitlicher Geltungsbereich: Auch wenn das Gesetz erst am 19.7.2016 verkündet wurde, ist die Norm erstmals anzuwenden auf Kapitalerträge, die ab dem 1.1.2016 zufließen (§ 52 Abs. 35a). Zur möglichen Verfassungswidrigkeit aufgrund dieser Rückwirkung s. Anm. 5.

V. Verhältnis des § 36a zu anderen Vorschriften

7

Verhältnis zu § 36 Abs. 2 Nr. 2: Die Norm ergänzt (und verschärft) die Anrechnungsvoraussetzungen für inländ. KapErtrSt nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 (vgl. BTDrucks. 18/8739, 112).

Verhältnis zu § 50j: Zwar verfolgen § 36a und § 50j mit der Verhinderung von Cum/Cum-Gestaltungen das gleiche Ziel und haben zT die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen. Allerdings haben sie nicht überlappende Anwendungsbereiche: Während § 36a die Anrechenbarkeit inländ. KapErtrSt beschränkt und damit eine inländ. Veranlagung des Stpfl. zur ESt oder KSt voraussetzt (also primär inländ. Stpfl., aber auch Steuerausländer, die aufgrund Vorhandenseins einer inländ. BS zur inländ. ESt/KSt veranlagt werden, betrifft), erfasst § 50j Steuerausländer, die mangels inländ. BS mit den Dividenden auf inländ. Aktien/Genussscheine (nur) einem inländ. KapErtrStEinbehalt ohne Veranlagung unterliegen (s. zu den Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des § 50j; § 50j Anm. J 16-1 ff.).

Verhältnis zu § 42 AO: Nach § 36a Abs. 7 bleibt § 42 AO unberührt; s. Anm. 40.

Verhältnis zum InvStG: Unter bestimmten Voraussetzungen ist § 36a auf (Spezial-)Investmentfonds sowohl unter der Ägide des alten als auch des neuen InvStG (ab dem 1.1.2018) anwendbar; s. Anm. 6 „Persönlicher Geltungsbereich“ „Investmentfonds“).

Einstweilen frei.

8–9

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Voraussetzungen und Folgen der Beschränkung der Kapitalertragsteueranrechnung

I. Verschärfung der Voraussetzungen einer vollständigen Kapitalertragsteueranrechnung

10

Abs. 1 gewährt zukünftig bestimmten im Inland zur ESt/KSt veranlagten Aktionären deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genussscheininhabern nur noch dann die vollständige Anrechnung (und ggf. Erstattung) von auf die Ausschüttung einbehaltener KapErtrSt, wenn diese (i) während einer Mindesthaltungsdauer ununterbrochener wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie bzw. des Genussscheins sind, (ii) ein Mindestwertänderungsrisiko tragen und (iii) nicht verpflichtet sind, die Kapitalerträge an Dritte weiterzugeben (Abs. 1 Satz 1). Anderenfalls sind drei Fünftel der einbehaltenen KapErtrSt nicht anzurechnen (Abs. 1 Satz 2), können aber auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden (Abs. 1 Satz 3).

Steuerliche Veranlagung im Inland: Die Norm verschärft die Anrechnungsvoraussetzungen für inländ. KapErtrSt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 und setzt somit (auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Tatbestand ergibt) 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. Siehe auch Anm. 6.

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 sammel- oder sonderverwahrten Aktien oder Genussscheinen inländ. Emittenten sowie, in der Praxis seltener, gegen Aushändigung von Erträgnisscheinen ausgezahlte Erträge, s. Anm. 6 sowie § 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.

Wirtschaftlicher Eigentümer: Um in den Genuss der vollen KapErtrSt-Anrechnung zu kommen, muss der Stpfl. zunächst wirtschaftlicher Eigentümer iSv. § 39 AO der betreffenden Aktien/Genussscheine im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses sein, vgl. § 20 Abs. 5 (sog. Anrechnungsberechtigter, BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 1). Ohne wirtschaftliches Eigentum scheidet eine KapErtrStAnrechnung a priori aus, so dass es auf die (erweiterten) Voraussetzungen des § 36a nicht ankommt.

► *Wertpapierleihe:* 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 (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961) verbleibt jedoch bei einer Wertpapierleihe das wirtschaftliche Eigentum beim Verleiher, wenn die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls ergibt, dass dem Entleiher lediglich eine formale zivilrechtl. Rechtsposition verschafft werden sollte. In einem solchen Fall wären die Aktien/Genussscheine und die darauf geleisteten Ausschüttungen 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. In Anbetracht der durch das o.g. Urteil des BFH entfachten Diskussion über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer Wertpapierleihe das wirtschaftliche Eigentum auf den Entleiher übergeht (s. z.B. EBEL, FR 2016, 371), schloss sich die FinVerw. zunächst mit Schreiben v. 11.11.2016 (BMF v. 11.11.2016 – IV C 6 - S 2134/10/10003:002, BStBl. I 2016, 1245) der Auffassung des BFH an und ordnete eine Einzelfallprüfung an. In der Folgezeit blieb dann aber auch wegen dem Vernehmen nach innerhalb der Finanzverwaltung geführter politischer und fachlicher Diskussionen unklar, inwieweit das Schreiben vom 11.11.2016 Bestand haben würde. Mit Schreiben v. 17.7.2017 (BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030:005, FR 2017, 891) wurde die Diskussion insoweit entschärft, als die FinVerw. bei klassischen Cum/Cum-Gestaltungen (die nach der FinVerw. idR dadurch gekennzeichnet seien, dass unmittelbar vor dem Dividendenstichtag inländ. Aktien zur Vermeidung einer Definitivbelastung mit KapErtrSt, insbes. bei Steuerausländern, durch Cum/Cum-Transaktionen, also durch Aktientransaktionen, bei denen das schuldrechtl. Verpflichtungsgeschäft „mit Dividendenberechtigung“ vereinbart wird und die anschließende Lieferung der Aktien [ding-

liches Verfügungsgeschäft] ebenfalls „mit Dividendenberechtigung“ erfolgt, auf den anrechnungsberechtigten Steuerinländer übertragen werden) uE zutr. grds. vom Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Entleiher ausgeht (BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030:005, FR 2017, 891 Rz. 1 f., 11). Etwas anderes soll jedoch weiterhin bei sog. strukturierten Wertpapierleihen, die Gegenstand des BFH-Urteils v. 18.8.2015 (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961) waren, gelten: Diese seien idR dadurch gekennzeichnet, dass Aktien an einen Entleiher verliehen werden, bei dem die Dividendenerträge nach § 8b Abs. 1 KStG von der Steuer befreit sein sollen. Es handele sich dabei um eine Gestaltung, bei der beim Entleiher künstlich ein Betriebsausgabenüberhang geschaffen werden solle. Dort seien die Grundsätze des BMF-Schreibens v. 11.11.2016 weiterhin anwendbar (BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030:005, FR 2017, 891 Rz. 3 ff.). Ausführlich dazu HELIOS/LENZ, DB 2017, 1738.

Mindesthaltedauer: Das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien/Genussscheinen muss ununterbrochen während einer bestimmten Mindesthaltedauer (definiert in Abs. 2, s. Anm. 15) bestanden haben.

Mindestwertänderungsrisiko: Der Stpfl. muss während der Mindesthaltedauer ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko (definiert in Abs. 3; s. Anm. 20) in Bezug auf die Aktien/Genussscheine getragen haben.

Ununterbrochene(s) Mindesthaltedauer/Mindestwertänderungsrisiko: Bei wörtlicher Auslegung meint „ununterbrochen“ 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. In diese Richtung scheint die Auslegung der FinVerw. zu gehen, die verlangt, dass für die Berechnung der Haltedauer nur diejenigen Tage einzubeziehen sind, an denen während des gesamten Kalendertages das wirtschaftliche Eigentum bestand (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 7). Dies erscheint zu streng.

(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 zurück-zureichen. Nach der Gesetzesbegründung sowie der Auffassung der FinVerw. sei dies, uE nachvollziehbar, 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 Rückkaufpreis oder ein Derivat) weiterreicht (BTDrucks. 18/8739, 113; BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 83). Gleiches soll nach der Gesetzesbegründung ferner bereits bei einem gesonderten Ausgleich 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*, schädlich sein (BTDrucks. 18/8739, 113). Die beiden letzten Fallgruppen lassen sich uE nur schwer mit dem Wortlaut vereinbaren. Dies scheint auch die FinVerw. erkannt zu haben; beide Fälle finden sich jedenfalls nicht in BMF v. 3.4.2017 (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 83). Zu begrüßen ist, dass die FinVerw. ferner keine „schädliche“ Verpflichtung annimmt, wenn diese auf gesetzlicher Anordnung beruht: So sei eine Anrechnung nicht ausgeschlossen, wenn ein VU die Versicherungsnehmer aufgrund von § 153 VVG an den Überschüssen beteilige oder bei gesetzli-

§ 36a Anm. 10–11 B. Abs. 1: Beschränkung der KapErtrStAnrechnung

chen Verpflichtungen, die Altersvorsorgeeinrichtungen gegenüber den Pensionsberechtigten erfüllen muss (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 84).

11 II. 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). 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.

Nichtanrechenbarkeit in Höhe von drei Fünfteln: Gemeint ist, dass bei dem nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a iVm. § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 angeordneten StAbzug iHv. 25 % des Kapitalertrags im Erg. 15 Prozentpunkte der KapErtrSt nicht anrechenbar sind. Demgegenüber sind 10 Prozentpunkte weiterhin anrechenbar. Nach Auffassung der FinVerw. kann jedoch 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, FR 2017, 593 Rz. 104).

Abziehbarkeit der nicht anrechenbaren Kapitalertragsteuer: Nach Abs. 1 Satz 3 ist die nach den Sätzen 1 und 2 nicht angerechnete KapErtrSt auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abzuziehen.

► *Antrag:* Nach Auffassung der FinVerw. ist der Antrag nicht formgebunden, setzt jedoch eine schriftliche oder elektronische Erklärung voraus, die den Erklärenden und den Antragsteller erkennen lässt. Die Antragstellung müsse zudem hinreichend klar und bestimmt erfolgen (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 106 f., mit Konkretisierungen für Anträge, die von Investmentfonds auf Grundlage des InvStG aF gestellt werden).

► *Abzug bei der Ermittlung der Einkünfte:* Die nicht anrechenbare KapErtrSt mindert auf diese Weise das stpfl. Einkommen. Dies hat uE Auswirkungen sowohl auf die ESt/KSt als ggf. auch auf die GewSt.

Beispiel (nach BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 105): Wurde auf eine Brutto-Dividende von 100 € KapErtrSt iHv. 25 € erhoben und aufgrund von Abs. 1 Satz 1 ein Betrag von 15 € nicht angerechnet, hat der Stpfl. auf seinen Antrag hin nur die nach Abzug der nicht anrechenbaren KapErtrSt verbleibenden Dividendeneinkünfte iHv. 85 € zu versteuern.

Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. gilt dies auch in Fällen, in denen im ersten Schritt kein KapErtrStEinbehalt stattgefunden hat und der Stpfl. vielmehr den nicht anrechenbaren Betrag später nach Abs. 4 an das FA zahlt (vgl. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 105).

▷ *Besonderheiten bei Investmentfonds:* Zur technischen Abwicklung bei (Spezial-) Investmentfonds unter Ägide des InvStG aF s. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 108 ff.

▷ *Besonderheiten bei Personengesellschaften:* Technisch wird die Höhe der Einkünfte der PersGes. zunächst ohne Berücksichtigung einer etwaigen Abzugsmöglich-

keit gesondert und einheitlich festgestellt (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 126). Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. kann jeder Gesellschafter dann in seinem Veranlagungsverfahren einen Antrag auf Abzug der nicht anrechenbaren KapErtrSt stellen. Dabei ist jeder Gesellschafter unabhängig von den anderen Gesellschaftern antragsbefugt und sein Antrag hat nur Auswirkungen auf die Höhe seiner Einkünfte (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 127). Daneben hat die PersGes. ein eigenes Antragsrecht für Zwecke der Ermittlung ihres der GewSt unterliegenden Gewinns (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 128).

Einstweilen frei.

12–14

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition der Mindesthaltedauer

15

Abs. 2 Satz 1 definiert die Mindesthaltedauer, während derer der Stpfl. wirtschaftliches Eigentum an den Aktien/Genussscheinen ununterbrochen halten muss, als 45 Tage, die innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tage nach Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden muss.

Mindesthaltedauer 45 Tage: Da es „Tage“ und nicht „Geschäftstage“ oder „Handelstage“ heißt, schließt dies uE Sonn- und gesetzliche Feiertage ein (so auch BTDrucks. 18/8739, 114).

Ermittlung des Mindesthaltedauer: Nach uE zu enger Auffassung der FinVerw. (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 7) sollen für die Berechnung der Haltedauer nur diejenigen Tage einzubeziehen sein, an denen das wirtschaftliche Eigentum während des gesamten Kalendertages bestand. Daher sind der Tag, an dem der Stpfl. das wirtschaftliche Eigentum erwirbt, und der Tag, an dem der Stpfl. das wirtschaftliche Eigentum überträgt, nicht mitzurechnen. Zu beachten ist, dass die FinVerw. bei der Ermittlung der Haltedauer § 108 Abs. 3 AO berücksichtigen will (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 8), dh., fällt das Ende des 45-Tages-Zeitraums auf einen Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag oder einen Samstag, so endet der Zeitraum erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktags.

Halten des wirtschaftlichen Eigentums: Auch wenn es nach dem Wortlaut auf den Erwerb des „wirtschaftlichen Eigentums“ (und damit grds. auf die Lieferung ankommt), will die FinVerw. (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 5) es nicht beanstanden, wenn für Zwecke der Ermittlung der tatsächlichen Haltedauer (und nur für diese) bei Geschäften mit bis zu dreitägiger Lieferfrist generell auf den Tag abgestellt wird, an dem das Verpflichtungsgeschäft zum Erwerb und zur Veräußerung der Aktien/Genussscheine abgeschlossen wird (Handelstag).

Beginn/Ende des Mindesthaltezeitraums: Die Mindesthaltedauer von 45 Tagen muss innerhalb eines Zeitraums 45 Tagen vor und 45 Tagen nach Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden. Damit umfasst, wie ETTLICH (in BLÜMICH, § 36a Rz. 63 [11/2016]) zutr. anmerkt, dieser Zeitraum 91 Tage (2 × 45 Tage zuzüglich Tag der Fälligkeit der Kapitalerträge). Wurde das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien/Genussscheinen vor diesem Zeitraum erworben, be-

§ 36a Anm. 15–20 D. Abs. 3: Definition Mindestwertänderungsrisiko

ginnt nach Auffassung der FinVerw. der Zeitraum, in dem die Mindesthaltedauer erfüllt sein muss, am 45. Tag vor dem Tag der Fälligkeit der Kapitalerträge (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 6).

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, FR 2017, 593 Rz. 3). Gesellschaftsrechtlich galt bis zum 31.12.2016 (vergleichbar der Regelung in § 44 Abs. 2 Satz 2) der Tag nach Beschlussfassung als Tag der Fälligkeit, sofern sich keine abweichende Fälligkeit durch gesetzliche Regelung oder Satzungsregelung ergab. Seit dem 1.1.2017 bestimmt § 58 Abs. 4 Satz 2 AktG, dass der Dividendenanspruch am dritten auf den Hauptversammlungsbeschluss folgenden Geschäftstag fällig wird, wenn im Hauptversammlungsbeschluss oder der Satzung keine spätere Fälligkeit festgelegt wurde (§ 58 Abs. 4 Satz 3 AktG). Unabhängig davon will die FinVerw. es nicht beanstanden, 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, FR 2017, 593 Rz. 4).

Ununterbrochenes Halten: Zum Begriff „ununterbrochen“ s. Anm. 10.

Verwendungsreihenfolge First in – First out: Nach Abs. 2 Satz 2 ist bei Anschaffungen und Veräußerungen zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Aktien oder Genussschein zuerst veräußert wurden. Die Norm legt somit für Anschaffungen und Veräußerungen als Verwendungsreihenfolge die sog. FiFo-Methode (*first in – first out*) fest.

16–19 Einstweilen frei.

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Definition des Mindestwertänderungsrisikos

20

I. Allgemeine Definition

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).

Risiko aus sinkendem Wert der Aktien/Genussscheine: Gemeint ist uE das vom Stpfl. zu tragende Kursänderungsrisiko (und nur dieses) in Bezug auf die betreffende Aktie/den betreffenden Genussschein, dh. das Risiko, dass sich der gemeine Wert (§ 9 BewG) der Aktien/Genussscheine nach Anschaffung durch den Stpfl. (negativ) ändert (vgl. auch BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 9).

Risikotragung iHv. mindestens 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, FR 2017, 593 Rz. 23 ff.

Gegenläufige Ansprüche: Die FinVerw. will den Begriff „gegenläufige Ansprüche“ sehr weit verstehen: Gegenläufige Ansprüche sind danach 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 (i) Optionen, (ii) Optionsscheine, (iii) *Futures*, (iv) *Forwards*, (v) Aktien-*Swaps*, die dem Stpfl. einen Anspruch auf Ausgleichszahlung bei Wertminderung der Aktie gewähren, (vi) Aktienindex-*Swaps*, die dem Stpfl. einen Anspruch auf Ausgleichszahlung bei Wertminderung des Aktienindizes gewähren, (vii) Leerverkaufspositionen (insbes. auf Aktien, Genussscheine, Investmentanteil und Zertifikate), (viii) Investmentanteile, Zertifikate oder andere Derivate, die die Wertentwicklung einer Aktie oder mehrerer Aktien umgekehrt proportional abbilden, so dass deren Anleger bei fallenden Kursen profitieren sowie (ix) Investmentanteile, Zertifikate oder andere Derivate auf Aktienindizes, die einen Aktienindex ganz oder teilweise umgekehrt proportional abbilden, so dass deren Anleger bei fallenden Kursen profitieren (zB Short DAX), BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 idF der Ergänzung durch BMF v. 20.2.2018 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Rz. 14 f. Auch Rechtspositionen aus Stillhaltergeschäften sollen (stets) gegenläufige Ansprüche darstellen (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 idF der Ergänzung durch BMF v. 20.2.2018 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Rz. 16 ff.). Bei Derivaten soll es, uE zutr., unerheblich sein, ob eine tatsächliche Lieferung des zugrundeliegenden Basiswerts vorgesehen (*physical settlement*) oder ein Barausgleich vereinbart ist (*cash settlement*), BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 20. Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. muss sich die Gegenläufigkeit 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, FR 2017, 593 Rz. 22). Infolgedessen liegen auch dann keine gegenläufigen Ansprüche vor, wenn sich das Sicherungsgeschäfte weder vollständig noch teilweise auf den Gegenstand des Grundgeschäfts bezieht und lediglich auf finanzmathematischen Zusammenhängen, auf Erfahrungswerten oder auf statistischen Grundlagen beruht, zB wenn zur Sicherung von Aktien einer Fluggesellschaft Termingeschäfte auf Kerosin geschlossen werden (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 21).

Unter Berücksichtigung von gegenläufigen Ansprüchen: Durch diese Gesetzesformulierung kommt zum Ausdruck, dass ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Grundgeschäft (dh. dem Erwerb der Aktien/Genussscheine) und dem Absicherungsgeschäft im Sinne des Veranlassungsprinzips gegeben sein muss (vgl. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 50). Nach Auffassung der FinVerw. sind dabei die Gründe maßgebend, aus denen der Stpfl. den gegenläufigen Anspruch erworben hat. Ein (schädlicher) Veranlassungszusammenhang bestehe insbes., wenn der Stpfl. den gegenläufigen Anspruch zu Sicherungszwecken erworben hat. Daher soll bei Bildung von Bewertungseinheiten (§ 254 HGB/§ 5 Abs. 1a) ein schädlicher Zusammenhang stets gegeben sein (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593

Rz. 51). Demgegenüber bestehe insbes. kein Veranlassungszusammenhang, wenn der Stpfl. mit dem Erwerb der gegenläufigen Ansprüche ausschließlich spekulative Gewinnerzielungsabsichten verfolge, bei denen es unerheblich ist, ob die entsprechenden Basiswerte gehalten werden oder nicht. Die FinVerw. sieht einen (schädlichen) Veranlassungszusammenhang nicht nur bei *Micro Hedges* (= gegenläufige Ansprüche dienen der Absicherung eines einzelnen Grundgeschäfts), sondern auch bei *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) offenbar stets als gegeben an (s. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 50 ff., mit Definitionen und Rechenbeispielen; ausführl. dazu HAHNE/VÖLKER, RdF 2017, 50 [53 ff.]). Während dies uE zwar zu weitgehend, im Grundsatz aber zumindest noch nachvollziehbar ist, schießt die ferner von der FinVerw. aufgestellte (höchst interpretationsfähige und uE nicht mehr vom Gesetzeswortlaut gedeckte) These, 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 gegenläufigen 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, FR 2017, 593 Rz. 63), weit über das Ziel hinaus. Hier wäre ein klarer definierter (und vor allem engerer) Maßstab wünschenswert gewesen. Siehe auch Anm. 32 zur uE verfehlten Auffassung der FinVerw., wonach gegenläufige Ansprüche in Bezug auf eigentlich über Abs. 5 Nr. 2 aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgenommene „Alt-Anteile“ ebenfalls zu berücksichtigen sind.

Nahestehende Personen: Durch Einbeziehung von nahe stehenden Personen sollen Umgehungsgestaltungen (insbes. bei verbundenen Unternehmen und Konzernstrukturen) vermieden werden (BTDrucks. 18/8739, 114). Für die Frage, ob eine Person nahe stehend ist oder nicht, ist in zeitlicher Hinsicht jeder Tag der Mindesthaltedauer gesondert zu betrachten (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 65). In zeitlicher Hinsicht entspricht der Begriff der nahe stehenden Person nach Auffassung der FinVerw. dem (weiten) Begriff des § 1 Abs. 2 AStG, wobei auch Personen mit Wohnsitz, Sitz oder Geschäftsleitung im Ausland nahe stehende Personen sein können (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 64). Zu den einzelnen Fallgruppen:

▶ *Wesentliche Beteiligung:* Auch wenn nach dem Wortlaut des BMF (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593) zunächst (nur) eine Person als nahe stehend zu betrachten ist, die an dem Stpfl. mindestens zu 25 % unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist (sog. wesentliche Beteiligung) sehen wir das Risiko, dass die FinVerw. auch den umgekehrten Fall, bei der der Stpfl. an einer anderen Person wesentlich beteiligt ist (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG), als relevant erachtet (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 66 f. und 77).

▶ *Beherrschungsverhältnis:* Nach Auffassung der FinVerw. gilt eine Person ferner als nahe stehend, wenn sie auf den Stpfl. oder umgekehrt der Stpfl. auf sie unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 68).

► *Nabe stehen mittels einer dritten Person*: Gleiches soll gelten, wenn eine dritte Person sowohl an der Person als auch dem Stpfl. wesentlich beteiligt ist und/oder auf beide unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 AStG (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 69).

► *Geschäftsfremde Einflussmöglichkeit*: Von einem Nahestehen sei ferner auszugehen, wenn die Person oder der Stpfl. in stande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Stpfl. oder die Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 AStG (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 70).

► *Interessenidentität*: Ein Nahestehen ist nach Auffassung der FinVerw. ferner gegeben, wenn eine Person oder der Stpfl. ein eigenes Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 AStG (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 71). Nach uE begrüßenswerter Auffassung der FinVerw. sei dabei grds. in folgenden Konstellationen nicht von einer Interessenidentität auszugehen: (i) pensionsverpflichtetes Unternehmen und Pensionstreuhandeinrichtung (CTA), (ii) VU und Versicherungsnehmer und (iii) VU und (iii) VU und Publikums-Investmentfonds, soweit das VU die Anteile an dem Publikums-Investmentfonds im Sicherungsvermögen aufgrund von fondsgebundenen Versicherungsverträgen hält (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 72).

► *Organschaft*: Nach Auffassung der FinVerw. sei bei OG und OT generell voneinander nahe stehenden Personen auszugehen (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 73).

► *Investmentfonds/Spezial-Investmentfonds*: Nach Auffassung der FinVerw. sind Anleger, die unmittelbar oder mittelbar durch Zwischenschaltung von PersGes., KapGes. und/oder Dach-Investmentfonds mindestens 25 % der an dem jeweiligen Tag ausgegebenen Investmentanteile eines Investmentfonds halten, als nahe stehende Personen des Investmentfonds zu betrachten. Das Gleiche gelte für unmittelbare oder mittelbare Beteiligungen an Spezial-Investmentfonds (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 74). Die (wörtlich wiedergegebene) Formulierung wirft einige Zweifelsfragen auf, s. dazu HAHNE/VÖLKER, BB 2017, 858 (861 ff.).

Unter Berücksichtigung von (gegenläufigen) Ansprüchen nahe stehender Personen: BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 75 ff., ist uE so zu verstehen, dass gegenläufige Ansprüche nahe stehender Personen dann (aber auch nur dann) beim Stpfl. zu berücksichtigen sind, wenn bei der nahe stehenden Person eine sog. Übersicherung, dh. ein negatives Wertänderungsrisiko vorliegt (HAHNE/VÖLKER, RdF 2017, 50 [56 f.]). Siehe zur Ermittlung und Zurechnung der Übersicherung, Berechnungsbeispielen und Nachweismöglichkeiten BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 75 ff.

Ununterbrochenes Tragen des Mindestwertänderungsrisikos: Zum Begriff „ununterbrochen“ s. Anm. 10.

II. Beispiele für nicht hinreichendes Mindestwertänderungsrisiko 21

Kein hinreichendes Mindestwertänderungsrisiko liegt nach Abs. 3 Satz 2 insbes. vor, wenn der Stpfl. oder eine ihm nahe stehende Person Kurssicherungs-

geschäfte abgeschlossen hat, die das Wertänderungsrisiko der Aktien/Genussscheine unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 % ändern. Zu diesen per se schädlichen Absicherungsgeschäften zählen nach Auffassung der FinVerw. insbes. (dh. nicht abschließend) (i) Wertpapierdarlehen/Wertpapierleihe, (ii) echte und unechte Wertpapierpensionsgeschäfte, (iii) der Erwerb von Aktien zur Absicherung von ausgegebenen Aktien-Zertifikaten/Aktienindexzertifikaten sowie (iv) 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, FR 2017, 593 Rz. 10 ff.).

22–24 Einstweilen frei.

25

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Anzeige- und Zahlungspflicht bei unterbliebenem
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 Voraussetzungen 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.

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 aF. KRETZSCHMANN/SCHWARZ (FR 2017, 223 [227]) diskutieren (mit uE zutreffenden Erwägungen) eine Anwendbarkeit des § 36a Abs. 4 auch im Rahmen von § 32 Abs. 5 KStG.

Verfahren: Das Gesetz beschreibt das dem Abs. 4 zugrundeliegende Verfahren nur im Ansatz, geht uE („anzeigen und Zahlung leisten“) aber von einem zweistufigen Verfahren aus (so auch die die FinVerw., BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 111 ff.; aA möglicherweise Gosch in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 36a Rz. 11, dessen Kommentierung man so verstehen könnte, dass er Anzeige und StAnmeldung als einheitlichen Vorgang im Sinne einer StAnmeldung verstehen möchte). Nach Auffassung der FinVerw. muss der Stpfl. dabei eine Anzeige und darüber hinaus eine KapErtrStAnmeldung (§ 45a) abgeben, in deren Rahmen die Zahlung erfolgt. Das Gesetz hätte demgegenüber für die 2. Stufe auch die Abgabe einer StErklärung, gefolgt von einem StBescheid, erlaubt (vgl. ETTLICH in BLÜMICH, § 36a Rz. 83 [11/2016]).

Anzeige (1. Stufe): Bei der Anzeige handelt es sich uE weder um eine StErklärung (§ 149 AO) noch um eine StAnmeldung (§ 167 AO), sondern um eine Wisenserklärung. Die Verfahrensvorschriften der §§ 149 ff. AO gelten für sie uE daher nicht, auch nicht analog. Da sich Regelungen zu Form, Frist und Inhalt nicht aus dem Gesetz ergeben, sollten in der Praxis die Vorgaben in BMF v. 3.4.2017 beachtet werden (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593):

► *Form und Inhalt:* 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 gehören nach Auffassung der FinVerw.: (i) Steuernummer sowie (sofern vorhanden) stl. Identifikationsnummer; (ii) Name und Anschrift des Stpfl.; (iii) Bezeichnung der Wertpapiere einschließlich Wertpapierkennnummer der Wertpapiere, bei deren Erträgen die erweiterten Anrechnungsvoraussetzungen nach § 36a fehlen; (iv) Höhe der Bruttodividenden einer Wertpapiergattung, bei denen die erweiterten Anrechnungsvoraussetzungen nach § 36a fehlen, und Höhe der gesamten Bruttodividenden dieser Wertpapiergattung, die dem Stpfl. zufließen; (v) Höhe des unterbliebenen StAbzugs, soweit die erweiterten Anrechnungsvoraussetzungen nach § 36a fehlen; sowie (vi) bei Korrektur einer Anzeige nach § 36a Abs. 4 die Angabe „Korrekturmeldung“ (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 idF der Ergänzung durch BMF v. 20.2.2018 – IV C 1 - S 2299/16/10002, juris, Rz. 114). 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, FR 2017, 593 Rz. 113).

► *Frist*: Die Anzeige ist unverzüglich nach Ablauf des Kj. abzugeben (aA mit zweifelhafter Begr. GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 36a Rz. 11: fünf Monate (ab 2018: sieben Monate) nach Ablauf des VZ). 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. Ferner soll nicht beanstandet werden, wenn Anzeigen für das Kj. 2016 sowie für vor dem 30.6.2017 endende Wj. oder Geschäftsjahre bis zum 30.6.2017 abgegeben werden (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 115).

► *Adressat* ist das für den Stpfl. zuständige (Veranlagungs-)FA (vgl. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 116).

► *Korrektur*: Eine Korrektur der Anzeige zugunsten des Stpfl. ist uE jederzeit möglich; ggf. besteht eine Korrekturpflicht nach § 153 AO. In beiden Fällen muss darüber hinaus auch die KapErtrStAnmeldung (2. Stufe) korrigiert werden.

Abführung der Kapitalertragsteuer (2. Stufe): Nach Auffassung der FinVerw. muss der Stpfl. eine KapErtrStAnmeldung (§ 45a) abgeben. 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, FR 2017, 593 Rz. 117 ff.).

► *Form, Inhalt und Frist*: Es gelten die ges. Regel zu KapErtrStAnmeldungen (§ 45a; s. § 45a Anm. 8 f.), die als StFestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gelten (§ 168 Satz 1 iVm. § 164 AO). In den ab 2017 anzuwendenden Vordrucken ist eine gesonderte Zeile für Zwecke des § 36a Abs. 4 vorgesehen. Die KapErtrStAnmeldung ist grds. bei bilanzierenden Stpfl. nach Ablauf des Wj., bei Investmentfonds nach Ablauf des Geschäftsjahres und im Übrigen nach Ablauf des Kj. bis zum 10. Tag des Folgemonats abzugeben (aA GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 36a Rz. 11: Zahlungsfrist ein Monat nach Anzeige). Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn KapErtrStAnmeldungen für das Kj. 2016 sowie für vor dem 30.6.2017 endende Wj. oder Geschäftsjahre bis zum 30.6.2017 abgegeben werden (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 117 f.).

► *Korrektur*: Da eine KapErtrStAnmeldung als StFestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gilt (§ 168 Satz 1 iVm. § 164 AO), kann der Stpfl. uE

bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist des § 169 AO (und solange der Vorbehalt nicht aufgehoben wurde) einen Antrag auf Änderung zu seinen Gunsten stellen (§ 168 Satz 1 iVm. § 164 Abs. 2 AO) bzw. schlicht eine berichtigte Anmeldung einreichen; ggf. besteht eine Korrekturpflicht nach § 153 AO.

26–29 Einstweilen frei.

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Ausnahmetatbestände

30 I. Mindestschwelle, langfristiges Halten und ggf. weitere Ausnahmen

Abs. 5 enthält Ausnahmetatbestände, bei denen Abs. 1 bis 4 stets 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) 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). Ob es darüber hinaus (ungeschriebene) Ausnahme gibt, ist unklar. KRETZSCHMANN/SCHWARZ (FR 2017, 223 [229]) plädieren (uE sachgerecht) für eine teleologische Reduktion der Norm in Fällen fehlender Missbrauchseignung. BMF v. 3.4.2017 weckt insoweit Hoffnung, als es darin heißt: „Wenn eine Steuerumgehung ausgeschlossen ist oder unwahrscheinlich erscheint, so ist dieser Umstand bei der Anwendung des § 36a zu berücksichtigen“ (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 121).

31 II. Ausnahme 1: Schwellenwert von 20000 € (Abs. 5 Nr. 1)

Nach Abs. 5 Nr. 1 sind die Abs. 1 bis 4 nicht anzuwenden, wenn die Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und des Abs. 1 Satz 4 im VZ nicht mehr als 20000 € betragen.

Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und des Abs. 1 Satz 4: Siehe Anm. 6.

Abstellen auf Veranlagungszeitraum: 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. bzw. bei Investmentfonds auf das Geschäftsjahr abgestellt wird (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 90).

Schwellenwert 20000 €: Bei Kapitalerträgen bis zu einer Höhe von 20000 € (einschließlich) finden Abs. 1 bis 4 keine Anwendung. Bei mehrstöckigen Strukturen gilt nach Auffassung der FinVerw. zur Prüfung des Schwellenwerts Folgendes:

► *Personengesellschaften:* Betroffene Kapitalerträge, die im Rahmen einer mittelbaren Anlage über PersGes. erzielt werden, seien (anteilig) mit einzubeziehen (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 91 sowie 14f. mit einem Berechnungsbeispiel).

► *Organschaft*: Der Schwellenwert von 20000 € sei für jede OG und zusätzlich für den OT einzeln zu berücksichtigen (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 129).

III. Ausnahme 2: Mindesthaltedauer von einem Jahr (Abs. 5 Nr. 2)

32

Nach Abs. 5 Nr. 2 liegen nicht von Abs. 1 bis 4 erfasste „Alt-Anteile“ liegen vor, wenn der Stpfl. zum Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und des Abs. 1 Satz 4 seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer dieser Aktien/Genussscheine ist. Die in Abs. 2 Satz 2 angeordnete FiFo-Methode soll entsprechend gelten. (Abs. 5 Nr. 2 Satz 2).

Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und des Abs. 1 Satz 4: Siehe Anm. 6.

Wirtschaftlicher Eigentümer: Siehe Anm. 10.

Seit mindestens einem Jahr: Es ist davon auszugehen, dass die FinVerw. für die Frage der Berechnung sowie den Beginn der Haltefrist die gleichen Grundsätze anwenden will wie bei der Ermittlung der Mindesthaltedauer von 45 Tagen (Abs. 2; s. Anm. 15). Daher dürften auch hier nur Tage einzubeziehen sein, an denen das wirtschaftliche Eigentum während des gesamten Kalendertages besteht.

Anknüpfungspunkt – Zufluss der Kapitalerträge: Die Formulierung weicht von der in 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. 15).

Ununterbrochenes wirtschaftliches Eigentum: Zum Begriff „ununterbrochen“ s. Anm. 10. Nach Auffassung der FinVerw. führen Unterbrechungen (auch wenn sie nur temporär sind) zu einem Neubeginn der Jahresfrist (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 93). Bei Gesamtrechtsnachfolge (zB Erbschaft, Verschmelzung) soll nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. der Rechtsnachfolger die Anschaffungszeitpunkte der Aktien/Genussscheine schlicht fortführen (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 100).

Verwendungsreihenfolge First in – First out: Durch Verweis auf Abs. 2 Satz 2 soll auch für die Berechnung der Mindesthaltfrist von einem Jahr die FiFo-Verwendungsreihenfolge gelten (s. Anm. 15).

► *Isolierte versus Gesamtbetrachtung*: Nach Auffassung der FinVerw. soll dabei ausschließlich für Zwecke der „Norm“ (unklar ist, ob sich dies nur auf die Ein-Jahres-Frist oder auch auf die Berechnung der Mindesthaltedauer nach Abs. 2 bezieht) und abweichend von BMF (BMF v. 18.1.2017 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, BStBl. I 2016, 85 Rz. 97 ff.) grds. einheitlich auf alle vom Stpfl. gehaltenen Aktien/Genussscheine abzustellen sein, dh., grds. erfolge keine isolierte Betrachtung von Depots bei verschiedenen Kreditinstituten oder von Unterdepots eines Depots bei einem Kreditinstitut (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 94 ff. mit einem Beispiel sowie nachvollziehbaren Ausnahmeregelungen). Zutreffend (und uE eigentlich überflüssig) ist die Aussage der FinVerw., dass Aktien/Genussscheine, die von verschiedenen Rechtsträgern gehalten werden, gesondert zu betrachten sind. Dies gelte insbes. für

(Spezial-)Investmentfonds und deren Anleger sowie für PersGes. und deren Gesellschafter (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 96).

Einfluss von „Alt-Anteilen“ auf Mindestwertänderungsrisiko bei „Jung-Anteilen“: Das Schreiben des BMF (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, FR 2017, 593 Rz. 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 Mindestwertänderungsrisikos (s. Anm. 20) 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 dogmatisch zweifelhaft.

33–34 Einstweilen frei.

35

**G. Erläuterungen zu Abs. 6:
Für Haltefristen unschädliche Übertragungen/
Fiktion der Personenidentität**

Abs. 6 soll regeln, dass Übertragungen zwischen bestimmten Personen für die Haltefristen der Abs. 2 und 5 unschädlich sind. Dies betrifft (i) Treuhänder/Treugeber bei bestimmten Treuhandvermögen im Rahmen der (betrieblichen) Altersvorsorge und (ii) VU und Versicherungsnehmer bei bestimmten fondsgebundenen LV. Technisch wird dies dadurch erreicht, dass diese Personen als „eine Person“ iSd. Abs. 1 bis 4 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) verlangten, 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 zumindest im Fall der Alternative (i) trotz rechtl. Übertragungen beim Hintermann liegt, hätte man uE insoweit auf Abs. 6 verzichten können. In Alternative (ii) wird die Relevanz der Ausnahme (uE im Erg. sachgerecht) mit der geringen Missbrauchsgefahr begründet (BTDrucks. 18/8045, 135).

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.

36–39 Einstweilen frei.

**H. Erläuterungen zu Abs. 7:
Missbrauchsvorbehalt**

40

Nach dem Wortlaut von Abs. 7 bleibt § 42 AO unberührt. Dadurch soll „klargestellt“ werden, dass § 42 AO auch dann anwendbar bleibt, wenn ein Stpfl. die Anforderungen für eine KapErtrStAnrechnung nach Abs. 1 bis 5 erfüllt (BTDrucks. 18/8739, 114). Dem Stpfl. soll auf diese Weise 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. Überzeugend ist dieser Ansatz uE nicht. Wie ETTLICH (in BLÜMICH, § 36a Rz. 63 [11/2016]) mit zutreffender Begründung ausführt, muss sich im Bereich einer speziellen Missbrauchsvorschrift – zu der die Norm uE ohne Weiteres zählt – ein Stpfl. (eigentlich) darauf verlassen können, dass ein Missbrauch nicht vorliegen kann, wenn er sich an die gesetzlichen Vorgaben der Norm (hier der Abs. 1 bis 5) hält. Bis zu einer abschließenden gerichtliche Klärung muss sich die Praxis jedoch darauf einstellen, dass das Damoklesschwert des § 42 AO auch bei Erfüllen der Voraussetzungen der Norm fortexistiert. Mögliche Anwendungsfälle sind uE jedoch schwer vorstellbar (ausführl. GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 36a Rz. 15, der insoweit von einem „schmalen Bereich“ spricht).

§ 36a