

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

## **Zu I. Allgemeines**

### 2. Anwendungsgrundsätze

*(Seite 1 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Im Entwurf des BMF-Schreibens heißt es: „§ 36a EStG soll verhindern, dass die Besteuerung von Dividenden umgangen wird. Wenn eine Steuerumgehungsmöglichkeit ausgeschlossen ist oder unwahrscheinlich erscheint, so ist dieser Umstand bei der Anwendung des § 36a EStG zu berücksichtigen.“*

Wir begrüßen die neuen Aussagen ausdrücklich. Damit wird klargestellt, dass § 36a EStG nur anzuwenden ist, wenn die Besteuerung von Dividenden umgangen wird oder jedenfalls eine Gefahr dafür besteht (so etwa bei sog. Cum/Cum-Geschäften). In Fällen, in denen diese Gefahr nicht besteht, kommt die Neuregelung dagegen nicht zur Anwendung.

Das sehen wir zum Beispiel für konzerninterne Übertragungen von Dividendenpapieren im Inland als gegeben an. Gleiches gilt für Umstrukturierungen im Konzern, im Rahmen dessen auch Dividendenpapiere übertragen werden (vgl. die zutreffenden Anmerkungen unter aa auf S. 16 des Entwurfes des BMF-Schreibens). Auch auf standardisierte Absicherungsgeschäfte mit Hilfe von Index-Fonds dürfte die Neuregelung des § 36a EStG damit keine Anwendung finden. Keine Anwendung dürfte § 36a EStG auch bei Steuerpflichtigen finden, die über eine sog. Dauerüberzahlerbescheinigung im Sinne des § 44a Abs. 5 EStG verfügen, da hier vom Steuerabzug Abstand genommen wird und dementsprechend keine Steuerbescheinigungen ausgestellt werden; zumindest aber sollten in diesen Fällen deutliche Erleichterungen gewährt werden.

### **Petitur:**

- Die Ergänzung des BMF-Schreibens wird ausdrücklich begrüßt.
- Aus diesen Aussagen sollten an den betreffenden Stellen im Entwurf des BMF-Schreibens noch konkrete Folgerungen gezogen werden (z. B. sollte unter II.6.b auf S. 15 klargestellt werden, dass auch konzerninterne Transaktionen nicht zu einem Neubeginn der Ein-Jahres-Frist führen).

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

## Zu II. Erweiterte Anrechnungsvoraussetzungen

### 1. Mindesthaltedauer

#### a. Fälligkeit der Kapitalerträge

*(Seite 2 des Entwurfs des BMF-Schreibens)*

*Im letzten Absatz des Punktes a heißt es: „Es wird es beanstandet, wenn die Steuerpflichtigen für die Bestimmung der Mindesthaltedauer generell auf den Ex-Tag abstellen.“*

Wir verstehen den Satz so, dass „nicht“ beanstandet werden soll, wenn die Steuerpflichtigen generell auf den Ex-Tag abstellen. Hier dürfte eine redaktionelle Unstimmigkeit vorliegen.

#### **Petitur:**

In diesem Satz sollte das zweite „es“ durch ein „nicht“ ersetzt werden.

#### b. Gegenläufige Ansprüche

*(Seite 4 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*a) In Absatz 3 findet sich ein neuer Absatz, in dem vorgesehen ist, dass Investmentanteile, Zertifikate oder andere Derivate, die einen Aktienindex abbilden, nicht als gegenläufige Ansprüche zu betrachten sein sollen. Voraussetzung dafür soll jedoch sein, dass es sich um einen marktüblichen und öffentlich vertriebenen Index handelt, in dem deutsche Aktien mit weniger als 25 Prozent gewichtet sind.*

Mit der ersten Aussage wird dem unter I.2 fixierten Anwendungsgrundsatz Rechnung getragen, nach dem bei der Anwendung des § 36a EStG zu berücksichtigen ist, wenn eine Steuermehrumgehungsgestaltung ausgeschlossen ist oder unwahrscheinlich erscheint. Bei einer Investition in Investmentanteile, Zertifikate und Derivate, mit denen ein Index abgebildet wird, besteht diese Gefahr in der Tat nicht, da der Investor auf die Anlagepolitik keinen Einfluss nehmen kann. Die Zusammenstellung der Indizes liegt in der Hand unabhängiger Dritter, die nach rein sachlichen Kriterien erfolgt (insbes. Größe des Unternehmens und Handelsumsatz an der Börse). Wir begrüßen diese Aussage deshalb uneingeschränkt.

Sachgerecht erscheint es aus unserer Sicht, dass es sich hierbei um einen marktüblichen und öffentlich vertriebenen Index handeln muss. Im Hinblick auf den Regelungszweck haben

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

wir auch Verständnis dafür, dass in den Indizes nicht allein deutsche Aktien enthalten sein dürfen.

Problematisch erscheint uns jedoch die Höhe der Grenze für die deutschen Aktien, d. h. die hier geforderte Quote von 25 Prozent. Diese Grenze würde nicht einmal der Standardindex „Euro Stoxx 50“ erfüllen, mit dem die 50 größten börsennotierten Unternehmen der Eurozone abgebildet werden. Der Anteil der deutschen Aktien wäre hier mit gegenwärtig 31,69 Prozent bereits zu hoch. Für die praktische Umsetzung würde sich die Frage stellen, wie die Grenze konkret zu berechnen ist, d. h. zu welchen Zeitpunkten und mit welchen Werten (Gewichtung nach der Anzahl der Aktientitel oder des Kurswertes) die deutschen Aktien in die Berechnung eingehen.

**Petition:**

- Die Grenze für den unbedenklichen Anteil von deutschen Aktien in Investmentfonds, Zertifikaten und anderen Derivaten, die einen Aktienindex abbilden, sollte so gewählt werden, dass übliche Indizes diese Bedingung erfüllen können.
- Hilfsweise könnten ggf. unbedenkliche Indizes konkret (als Beispiel) benannt werden.
- Jedenfalls aber muss definiert werden, nach welchen Kriterien und zu welchen Stichtagen die Gewichtung deutscher Aktien im jeweilig zu prüfenden Index zu erfolgen hat.

*b) Nach Absatz 4 Satz 2 dieser Überschrift sollen Derivate und Ansprüche auch dann gegenläufige Ansprüche darstellen können, wenn der Steuerpflichtige mit ihnen andere Zwecke (als die Absicherung von bestimmten Grundgeschäften) verfolgt. Als Beispiel für diese anderen Zwecke wird die „Gewinnerzielung durch Spekulation“ genannt.*

Diese Aussage zur „Gewinnerzielung durch Spekulation“ steht in einem gewissen Widerspruch zu der Aussage auf S. 6 unter II.2.d Absatz 3 („Zusammenhang zwischen dem Erwerb oder dem Halten von Anteilen oder Genussrechten und dem Erwerb von gegenläufigen Ansprüchen“), wonach kein Veranlassungszusammenhang insbesondere dann bestehen soll, wenn der Steuerpflichtige mit dem Erwerb der gegenläufigen Ansprüche ausschließlich spekulative Gewinnerzielungsabsichten verfolgt. Hier bedarf es der Klärung, welche der beiden Aussagen gelten soll.

**Petition:**

- Der Widerspruch zwischen den Aussagen auf S. 2 und 4 zur Schädlichkeit von spekulativer Gewinnerzielungsabsicht sollte aufgelöst werden.

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

- Unseres Erachtens sollte bei der Verfolgung ausschließlich spekulativer Gewinnerzielungsabsichten kein Veranlassungszusammenhang angenommen werden.

d. Zusammenhang zwischen dem Erwerb oder dem Halten von Anteilen oder Genussrechten und dem Erwerb von gegenläufigen Ansprüchen

*(Seite 6 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Ob der geforderte wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Sicherungsgeschäft und dem Grundgeschäft besteht, soll sich nach dem Veranlassungsprinzip bestimmen.*

Die Voraussetzung eines wirtschaftlichen Zusammenhangs ist zu begrüßen.

Noch nicht geklärt ist, ob und welche Bedeutung einer entsprechenden Dokumentation zukommt, die der Steuerpflichtige in diesem Zusammenhang vornimmt.

**Petition:**

Eine vom Steuerpflichtigen erstellte Dokumentation des Veranlassungszusammenhangs zwischen Sicherungsgeschäft und Grundgeschäft sollte sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach bei der Ermittlung des Wertveränderungsrisikos maßgeblich sein.

bb. Portfolio-Hedges

cc. Makro-Hedges

*(S. 8 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*a) Im Entwurf des BMF-Schreibens wird die zusammengefasste Abdeckung von Risiken aus mehreren gleichartigen Grundgeschäften durch ein oder mehrere Sicherungsgeschäfte als Portfolio-Hedges bezeichnet (vgl. unter bb). Beim Makro-Hedges würden dagegen Gruppen von verschiedenartigen Grundgeschäften gemeinsam durch ein oder mehrere Sicherungsgeschäfte abgesichert (vgl. unter cc).*

Diese Terminologie findet sich zwar so in der Begründung des Regierungsentwurfes des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) wieder (vgl. BT-Drs. 16/10067 vom 30.07.2008, S. 58), entspricht aber nicht der üblichen Terminologie in der Praxis. Hier werden erstere Absicherungen (statt als Portfolio-Hedges) als Makro-Hedges und Letztere (statt als Makro-Hedges) als Portfolio-Hedges bezeichnet (vgl. zu der unterschiedlichen Begriffs-

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

verwendung ausführlich mit weiteren Nachweisen *Schmidt/Usinger*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 10. Aufl. 2016, § 254 HGB Rn. 4).

**Petition:**

Die Begriffsverwendung für Makro-Hedges und Portfolio-Hedges sollte der Verwendung in der Praxis angepasst werden. Im Entwurf als Portfolio-Hedges bezeichnete Hedges sollten damit als Makro-Hedges und im Entwurf als Makro-Hedges bezeichnete Hedges sollten damit als Portfolio-Hedges bezeichnet werden. Die Überschriften und Texte wären entsprechend anzupassen.

*b) Zum Thema Makro-Hedge (besser: Portfolio-Hedge) wurde in den Entwurf des BMF-Schreibens ergänzend aufgenommen, dass bei einem Derivat, dessen Basiswert eine Gesamtheit von Wertpapieren darstellt (insbesondere Aktienindizes), nur in dem Umfang ein gegenläufiger Anspruch vorliegt, in dem der Steuerpflichtige oder eine ihm nahestehende Person Wertpapiere besitzt, die in der Gesamtheit enthalten sind.*

Diese Auffassung teilen wir.

Das zugehörige Beispiel 4 geht davon aus, dass – soweit die gehaltenen Aktien auch im Index enthalten sind – alle Aktien pauschal mit ihrem zusammengefassten Anteil am Index beurteilt werden und nicht individuell. Dies kann zu ungerechtfertigten Belastungen führen, wenn die Betrachtung der einzelnen Aktien ggf. zu einer Wertsicherungsquote von unter 30 Prozent führen würde, da ihr Anteil am Bestand nicht dem Anteil der jeweiligen Aktie am Index entspricht.

Außerdem enthält im Beispiel 4 das Depot des Steuerpflichtigen ausschließlich Aktien, die auch in dem erworbenen Indexderivat enthalten sind.

**Petition:**

Zur Klarstellung regen wir eine Anpassung des Beispiels an:

„Ein Bestand von deutschen und internationalen Aktien enthält u. a. 10 Aktien der X-AG. Der Bestand wird durch den Verkauf von 200 Put-Optionen auf den DAX 30 auf einem Niveau von 100 Prozent abgesichert. Da der DAX 30 zu 4 Prozent die Wertentwicklung der X-AG repräsentiert, werden im Ergebnis 8 Aktien der X-AG abgesichert, sodass das Wertänderungsrisiko der X-Aktie bei 20 Prozent liegt.

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

Soweit der Bestand noch weitere deutsche Aktien enthält, sind für diese entsprechende Berechnungen, ob ein gegenläufiger Anspruch besteht, nur dann durchzuführen, wenn sie ebenfalls im DAX 30 enthalten sind.“

#### e. Definition der nahe stehenden Person

*(S. 9 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Nach dem Entwurf des BMF-Schreibens soll das „Nahestehen“ im Sinne des § 36a EStG familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch rein tatsächlicher Art sein können. Insbesondere sollen Angehörige im Sinne des § 15 AO und Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG in Betracht kommen können.*

Wie schon in unserer Stellungnahme zum ersten Entwurf des BMF-Schreibens dargestellt, halten wir dieses Verständnis der nahe stehenden Personen für zu weit. Unseres Erachtens sollte sich das Nahestehen ausschließlich nach der Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG richten. Eine nahe stehende Person sollte folglich immer dann vorliegen, wenn eine wesentliche Beteiligung im Sinne einer Beteiligungsquote von mindestens 25 Prozent vorhanden ist.

Für unklar, unbestimmt und zu weit halten wir zudem, dass das Nahestehen auch rein tatsächlicher Art sein können soll. Vorgaben aus der Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung passen für die Fälle des § 36a EStG nicht. Wenn derartige Fälle nach Auffassung der Finanzverwaltung schon unbedingt im BMF-Schreiben verbleiben sollen, müssen sie jedenfalls durch konkretisierende Beispiele erläutert werden. Es könnte dann auf die Fälle Bezug genommen werden, die im Urteil des BFH vom 18. Dezember 1996 (I R 139/94; BStBl 1997 II S. 301) aufgeführt sind (enge persönliche Freundschaften; eheähnliche Lebensgemeinschaften; familienrechtliche Beziehungen, die keine Angehörigen im Sinne des § 15 AO sind).

Damit aber wäre andererseits auch klar (und am besten klarzustellen), dass im Rahmen von Versicherungsverträgen Kunden (Versicherungsnehmer bzw. bezugsberechtigte Dritte) keine nahestehenden Personen von Versicherungsunternehmen sind und auch nicht sein können. Wir verweisen insoweit auf Punkt dd auf S. 10 des Entwurfes, woraus sich im Umkehrschluss ergibt, dass eine übliche Geschäftsbeziehung allein nicht schädlich ist.

Bei (fondsgebundenen) Lebensversicherungen investieren Versicherungsunternehmen einen erheblichen Teil der Kundengelder u. a. in Publikumsfonds. Bei bestimmten Publikumsfonds

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

(aber auch Spezialfonds), die etwa ausschließlich für entsprechende Anlagen von Versicherungsunternehmen zur Verfügung stehen, kann durch eine Bündelung der Kundengelder eine „Beteiligung“ von mehr als 25 Prozent bestehen. Folglich könnte ein Publikumsfonds im Verhältnis zum Versicherungsunternehmen eine nahe stehende Person darstellen. Da in diesen Fällen jedoch keinerlei Missbrauchsrisiko besteht, sollte klargestellt werden, dass in diesen Fällen kein „Nahehestehen“ im Sinne des § 36a EStG vorliegt.

Ausgenommen werden sollte auch betriebliche Altersversorgung, die über Treuhandlösungen erfolgt (sog. Contractual Trust Arrangements, CTA). Über derartige Treuhandlösungen sichern viele Unternehmen ihre Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung zugunsten ihrer Mitarbeiter gegen das Insolvenz- und Finanzierungsrisiko ab. Aufgrund der den CTA-Modellen immanenten rechtlichen Vermögenstrennung und Treuhandvereinbarungen können die jeweiligen Unternehmen regelmäßig keinen direkten Einfluss auf die konkrete Vermögensanlage im Einzelnen nehmen.

**Petition:**

- Das Nahestehen sollte sich ausschließlich nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG richten. Fälle des Nahestehens rein tatsächlicher Art sollten nicht inkriminiert werden.
- Wenn diese Fälle ungeachtet unserer Bedenken überhaupt als schädlich angesehen werden, müssen sie jedenfalls aber durch Beispiele erläutert werden.
- Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass übliche Geschäftsbeziehungen nicht schädlich sind (z. B. Versicherungskunden keine nahe stehenden Personen von Lebensversicherungsunternehmen sind; die Vorschrift keine Anwendung auf Investmentfonds findet, die im Zusammenhang mit fondsgebundenen Lebensversicherungen gehalten werden).
- Das im Rahmen von CTA-Modellen der betrieblichen Altersversorgung rechtlich verselbständigte Vermögen sollte nicht als nahestehende Person gegenüber dem speisenden Unternehmen bzw. umgekehrt angesehen werden.

**aa. Wesentliche Beteiligung**

*(Seite 9 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Im neuen Entwurf des BMF-Schreibens ist vorgesehen, dass eine Person als nahe stehend anzusehen ist, wenn die Person an dem Steuerpflichtigen mindestens zu einem Viertel beteiligt ist. Dabei sollen nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Beteiligungen zu be-*

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

*rücksichtigen sein. Unmittelbare und mittelbare Beteiligungen sollen zusammengezählt werden.*

Bei der Frage, ob eine nahe stehende Person vorliegt, sollten ausschließlich und einheitlich die außensteuerrechtlichen Voraussetzungen entsprechend angewendet werden. Eine Zusammenrechnung unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligungen kommt nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG nicht in Betracht.<sup>1</sup> Unmittelbare und mittelbare Beteiligungen zusammenzuzählen, erscheint uns überdies auch nicht praktikabel. Oftmals ist es den Steuerpflichtigen schon gar nicht bekannt, ob und ggf. in welcher Höhe Dritte an ihrem eigenen Anteilseigner (mittelbar) beteiligt sind. Beteiligungswerte in niedriger Höhe sind in den Bestandssystemen nicht hinterlegt, sodass diese aufgrund des BMF-Schreibens nun erstmals ermittelt und (mit unverhältnismäßig hohem technischen Aufwand) in die EDV-Systeme eingepflegt werden müssen.

**Petition:**

- Bei der Ermittlung nahe stehender Personen sollten unmittelbare und mittelbare Beteiligungen nicht zusammengezählt werden.
- Jedenfalls aber ist eine Bagatellgrenze einzuführen, nach der (mittelbare) Beteiligungen unter 5 Prozent ohne Belang sind.

**gg. Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds**

(Seite 11 des Entwurfes des BMF-Schreibens)

*Als nahe stehende Personen anzusehen sein sollen auch Anleger eines Investmentfonds, die mehr als 25 Prozent der ausgegebenen Anteile des Fonds halten. Eine entsprechende Beteiligung an mindestens einem Tag während des Geschäftsjahres des Fonds soll dafür bereits ausreichen. Das alles soll nicht nur für unmittelbare Beteiligungen gelten, sondern auch für mittelbare Beteiligungen durch Zwischenschaltung von Personen- und bzw. oder Kapitalgesellschaften. All diese Vorgaben sollen nicht nur für Publikumsfonds, sondern auch für Spezial-Investmentfonds gelten.*

Wir begrüßen es ausdrücklich, dass damit die im ersten Entwurf des BMF-Schreibens vorgesehene Beteiligungsgrenze von nur 10 Prozent auf die Beteiligungsgrenze angehoben werden soll, die im Außensteuergesetz festgelegt ist.

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu etwa Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 1 AStG, Anm. 518.

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

Problematisch bleibt damit jedoch die Anwendung dieser Grenze auch auf Spezial-Investmentfonds. Da an Spezialfonds häufig nur ein einziger Anleger beteiligt ist, führt die Grenze von 25 Prozent hier regelmäßig dazu, dass der Spezialfonds und sein Anleger durchweg als nahe stehende Personen anzusehen sind.

Zudem gilt: Die Anforderung, für jeden Tag während des Geschäftsjahres prüfen zu müssen, ob eine unmittelbare (bzw. sogar „mittelbare“) Beteiligung von mehr als 25 Prozent vorliegt, ist technisch praktisch nicht umsetzbar und zur Sicherstellung des Gesetzeszwecks auch nicht erforderlich. Hinreichend und technisch umsetzbar wäre allenfalls eine quartalsweise Prüfung an maximal vier Stichtagen im Jahr.

**Petition:**

- Für Spezial-Investmentfonds mit institutionellen Anlegern sollte eine höhere Beteiligungsgrenze als 25 Prozent festgelegt werden.
- Die „Prüfungstermine“ für die Ermittlung der Höhe der unmittelbaren (bzw. sogar mittelbaren) Beteiligung an einem Investmentfonds sollten auf maximal vier pro Geschäftsjahr reduziert werden.

**f. Gegenläufige Ansprüche von nahe stehenden Personen**

*(S. 11 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*a) Der Entwurf des BMF-Schreibens enthält die Aussage, dass als mittelbar nahe stehende Personen insbesondere Kapitalgesellschaften oder Spezial-Investmentfonds in Betracht kommen, an denen die nahe stehende Personen unmittelbar oder mittelbar mindestens 25 Prozent der Anteile hält.*

Wir begrüßen es ausdrücklich, dass damit die im ersten Entwurf des BMF-Schreibens vorgesehene Beteiligungsgrenze von nur 10 Prozent auf die Beteiligungsgrenze angehoben werden soll, die im Außensteuergesetz festgelegt ist.

*b) Weiter enthält der Entwurf des BMF-Schreibens jetzt neu die Aussage, dass Übersicherungen nur im Umfang des Beteiligungsverhältnisses zuzurechnen sind.*

Wir begrüßen diese Aussage.

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

### 3. Keine Verpflichtung zur Vergütung von Kapitalerträgen gegenüber anderen Personen

(S. 14 des Entwurfes des BMF-Schreibens)

*Nach § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG sind die Anrechnungsvoraussetzungen nicht erfüllt, wenn der Steuerpflichtige aufgrund von Rechtsgeschäften verpflichtet ist, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten. Dies soll nach dem BMF-Schreiben dann der Fall sein, wenn der Steuerpflichtige die erhaltenen Kapitalerträge in voller Höhe oder zu mehr als 50 Prozent direkt in Form von Ausgleichszahlungen oder Leihgebühren weiterreicht. Als Beispiel dafür werden jetzt Ausgleichszahlungen bei einem Aktien-Swap oder einem Wertpapierdarlehen genannt. In gleicher Weise erfasst sein soll nach dem Entwurf auch die indirekte Weitergabe, wenn der Vorteil (z. B. im Rückkaufswert oder in Derivaten) eingepreist oder – neu dazugekommen – in anderer Form weitergegeben wird.*

Geht man allein vom Wortlaut des Gesetzes aus, ist festzustellen, dass die Regelung des § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG zu weit gefasst ist. Sie erfasst nicht nur Fälle, in denen direkt oder indirekt Kapitalerträge über Ausgleichszahlungen oder Leihgebühren weitergereicht werden, sondern viele andere weitere Fälle. Zu diesen würden zum Beispiel Lebensversicherungsverträge, Treuhandverhältnisse und bestimmte Fälle der betrieblichen Altersversorgung (CTA-Modelle) gehören. So reichen im Fall von („klassischen“ und fondsgebundenen) Lebensversicherungen Versicherungsunternehmen regelmäßig Kapitalerträge an ihre Kunden weiter. Sie sind hierzu nicht nur rechtlich verpflichtet, sondern dies ist Kernbestandteil des Produkts „Lebensversicherung“. In Treuhandverhältnissen reichen Treuhänder Kapitalerträge an ihre Treugeber weiter. Bei CTA-Modellen legen Treuhänder Kapital zugunsten der Mitarbeiter eines Unternehmens an. Eine Steuerumgebungsgestaltung ist in all diesen Fällen ausgeschlossen.

#### **Petition:**

Im BMF-Schreiben sollte klar benannt werden, dass nur Fälle erfasst werden, in denen die Besteuerung umgangen werden soll. Es sollten Beispiele benannt werden, in denen dies grundsätzlich ausgeschlossen ist (wie zum Beispiel Lebensversicherungen, Treuhandverhältnisse, CTA-Modelle der betrieblichen Altersversorgung).

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

#### 4. Betroffene Kapitalertragsarten

*(Seite 14 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Entsprechend der Gesetzeslage wird im Entwurf des BMF-Schreibens festgehalten, dass die Regelung des § 36a EStG (nur) auf inländische Dividenden und Gewinnausschüttungen aus Aktien und beteiligungsähnliche Genussscheine anzuwenden ist, die im Inland bzw. Ausland sammelverwahrt werden. Neu hinzugekommen ist in diesem zweiten Entwurf die Aussage, dass Erträge aus Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds nicht unter den Anwendungsbereich fallen.*

Letztgenannte klarstellende Aussage ist ausdrücklich zu begrüßen. Mit ihr wird die Gesetzeslage zutreffend abgebildet.

#### 5. Fiktion der Personenidentität

*(S. 14 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Laut Gesetz gelten in bestimmten Fälle für Zwecke der Anwendung des § 36a EStG zwei verschiedene Personen als eine Person (§ 36a Abs. 6 EStG). Der Entwurf des BMF-Schreibens gibt unverändert den Wortlaut der gesetzlichen Regelung wieder, in dem zwei spezielle Fälle im Einzelnen aufgeführt sind.*

Neben der Anlage in Publikumsfonds können Lebensversicherungsunternehmen Kapitalanlagen auf Rechnung und Risiko für Kunden fondsgebundener Lebensversicherungen auch im Rahmen von „internen Fonds“ i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 Versicherungsaufsichtsgesetz halten. Die in „internen Fonds“ gehaltenen Kapitalanlagen sind zwar im wirtschaftlichen Eigentum des Lebensversicherungsunternehmens, das Wertveränderungsrisiko trägt aber vollständig der Kunde. Damit eine – vollständige – Anrechnung der Kapitalertragsteuer mit Blick auf die Tragung eines Mindestwertveränderungsrisikos nach § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG grundsätzlich erfolgen werden kann, fingiert §36a Abs. 6 – wie bei Treuhandmodellen – eine Personenidentität von Versicherungsunternehmen und Kunde. Im BMF-Schreiben sollte eine Klarstellung dahingehend vorgenommen werden, dass eine Prüfung (bzw. der Nachweis) hinsichtlich der erweiterten Anrechnungsvoraussetzungen nach § 36a Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 EStG auf Ebene des Kunden nicht erforderlich ist (bei der Prüfung etwa des Mindestwertveränderungsrisikos sollte es mangels Steuerumgehungsmöglichkeiten nicht auf etwaige Abscherungsgeschäfte auf Ebene des Kunden ankommen).

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

**Petitur:**

Es sollte klargestellt werden, dass im Rahmen der „Personenidentitätsfiktion“ die einzelnen Anrechnungsvoraussetzungen nicht auch auf Ebene des Kunden eines Lebensversicherungsvertrages geprüft und nachgewiesen werden müssen.

**6. Ausnahmetatbestände**

**b. Mindestens einjährige Haltedauer**

*(S. 15 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*a) Im Entwurf des BMF-Schreibens ist vorgesehen, dass für die Ermittlung, ob die Anteile oder Genussscheine bereits seit mindestens einem Jahr von dem Steuerpflichtigen gehalten wurden, zu unterstellen ist, dass die zuerst angeschafften Anteile oder Genussscheine zuerst veräußert wurden (sog. FIFO-Methode, First In – First Out). Neu findet sich dazu nun in diesem zweiten Entwurf die Aussage, dass die FIFO-Methode einheitlich auf alle von dem Steuerpflichtigen gehaltenen Anteile oder Genussscheine anzuwenden sein soll. Anders als bei der Abgeltungsteuer solle es für Zwecke des § 36a EStG ohne Bedeutung sein, ob die Aktien bzw. Genussscheine bei demselben Kreditinstitut in demselben Depot verwahrt würden oder bei unterschiedlichen Kreditinstituten bzw. bei einem Kreditinstitut in unterschiedlichen Depots (Unterdepots).*

Eine Umsetzung dieser Vorgabe in der Praxis würde bei den Unternehmen zu erheblichen Problemen führen. Die Unternehmen müssten Einzelübersichten über die gesamten Kapitalanlagen ihrer Häuser erstmals neu erstellen und sie später laufend pflegen. Insbesondere für institutionelle Anleger mit ihrer großen Anzahl von Kapitalanlagen würde dies zu erheblichem bürokratischem Aufwand führen, der im Rahmen der „One in, one out“-Regelung zu Lasten der Wirtschaft zu verbuchen wäre. Aber auch unabhängig von diesen bürokratischen Lasten entspricht diese Vorgabe nicht den wirtschaftlichen Realitäten, nach denen – entsprechend der Regelung zum Kapitalertragsteuerabzug in Rz. 97–99 des Anwendungsschreibens zur Abgeltungsteuer vom 18. Januar 2016 (BStBl I S. 85), die bei einem Kreditinstitut gehaltenen Depots jeweils einzeln zu betrachten sind und auch werden. Selbst Unterdepots zu einem Depot sind hiernach separat zu behandeln. Aus unserer Sicht handelt es sich bei diesem Punkt um einen der wichtigsten Kritikpunkte an diesem neuen Entwurf.

**Petitur:**

Die Aussage zur einheitlichen Anwendung der Regelung des § 36a EStG auf alle von dem Steuerpflichtigen gehaltenen Anteile oder Genussscheine bei allen Kreditinstituten und in al-

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

len dortigen Depots ist zu streichen. Stattdessen ist vorzusehen, dass nur das jeweilige Depot zu betrachten ist.

*b) Weiter soll in dem Schreiben vorgesehen werden, dass zwischenzeitliche (temporäre) Veräußerungen (z. B. durch Wertpapierdarlehen oder Wertpapierpensionsvertrag) die Besitzzeit beenden und zu einem Neubeginn der Jahresfrist nach § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG führen.*

Diese Regelung erscheint uns überschießend, da sie zu einer Sicherstellung des Gesetzeszwecks nicht erforderlich ist und erhebliche, sachfremde Benachteiligungen für die genannten Sachverhalte auslöst. Zur Erreichung des Gesetzeszwecks wäre es ausreichend, die Regelung auf die von § 36a Abs. 2 EStG geforderte Mindesthaltedauer von 45 Tagen vor bzw. nach dem Dividendenstichtag zu begrenzen.

**Petition:**

Zwischenzeitliche (temporäre) Veräußerungen (z. B. durch Wertpapierdarlehen oder Wertpapierpensionsvertrag) sollten nur innerhalb der Mindesthaltedauer die Besitzzeit beenden und zu einem Neubeginn der Jahresfrist nach § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG führen.

**aa. Gesamtrechtsnachfolge**

*(S. 16 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Im Entwurf des BMF-Schreibens ist neu die Aussage vorgesehen, dass bei einer Gesamtrechtsnachfolge (z. B. einer Erbschaft, einer Verschmelzung) der Rechtsnachfolger die Anschaffungszeitpunkte von Anteilen oder Genussrechten fortführt.*

Keine Aussagen enthält der Entwurf dagegen zur Einhaltung der einjährigen Haltedauer bei konzerninternen Transaktionen. Angesichts der hohen praktischen Relevanz dieser Vorgänge besteht hierfür jedoch ein Bedürfnis.

**Petition:**

Wir regen an, den bestehenden Absatz dahingehend zu ergänzen, dass auch konzerninterne Transaktionen nicht zu einem Neubeginn der Ein-Jahres-Frist führen.

Stellungnahme vom 11. November 2016  
zum überarbeiteten Entwurf eines BMF-Schreibens vom 27. Oktober 2016 zu  
Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

#### **Zu IV. Sonstiges**

##### **1. Keine Auswirkung auf das Steuerabzugsverfahren**

*(S. 20 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Im Entwurf des BMF-Schreibens findet sich jetzt neu die Aussage, dass § 36a EStG im Rahmen der Erhebung der Kapitalertragsteuer nach §§ 43 ff. EStG und bei der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer nach § 45a Abs. 2 bis 7 nicht zu berücksichtigen ist.*

Wir begrüßen die Klarstellung ausdrücklich, dass § 36a EStG nicht im Kapitalertragsteuerabzugsverfahren zu berücksichtigen ist.

##### **4. Anwendung des § 36a EStG bei im Privatvermögen erzielten Kapitaleinkünften**

*(S. 21 des Entwurfes des BMF-Schreibens)*

*Im Entwurf des BMF-Schreibens ist jetzt neu vorgesehen, dass § 36a EStG bei Steuerpflichtigen, die Kapitaleinkünfte im Privatvermögen erzielen, nur in bestimmten Ausnahmefällen anwendbar ist.*

Bei den Ausführungen in Abschnitt IV.4. ist nicht eindeutig, in welchen Fällen ggf. Anrechnungsbeschränkungen für Privatanleger bestehen könnten. Die Zweifel resultieren aus der Formulierung, dass § 36a EStG nur in Ausnahmefällen anwendbar sein soll, dann aber auch in diesen Ausnahmefällen regelmäßig von der Anwendung des § 36a EStG abzusehen ist.

#### **Petition:**

Wir regen an, Kapitalerträge, die unter die abgeltende Besteuerung fallen, generell aus dem Anwendungsbereich des § 36a EStG auszunehmen.