

B. Kapitalertragsteuerabzugsverfahren

Das KapESt-Abzugsverfahren regelt die Erhebung von ESt/KSt auf Kapitalerträge an der sog. Quelle, primär ohne Beteiligung des Gläubigers der Kapitalerträge. Es ist geprägt vom Ineinandergreifen verschiedener Normen von v. a. rechtstechnischer Art.²⁰⁹ Zwar haben in jüngerer Zeit die Entscheidungen des FG Köln²¹⁰ zu Cum/Ex²¹¹ sowie des Hessischen FG²¹² zu Cum/Cum²¹³ der KapESt eine Prominenz verschafft, die diesem eher technisch anmutenden Ausschnitt der Einkommensbesteuerung sonst kaum zu kommt. Die wesentlichen Strukturen des KapESt-Abzugsverfahrens sind davon aber nicht betroffen.

Zentrales Element der Kapitalertragsbesteuerung ist die **Abgeltungswirkung** der KapESt. Dass sie auch dann eintritt, wenn im Rahmen eines sog. Schneeballsystems die KapESt nicht angemeldet und an das FA abgeführt wird, sondern lediglich dem Anleger gegenüber in einer Abrechnung ausgewiesen und abgezogen wird, hat das FG Nürnberg entschieden.²¹⁴ Die Anmeldung und Abführung der KapESt durch den Entrichtungsschuldner ist danach nicht erforderlich.²¹⁵ Die höchstrichterliche Klärung dieser Frage ist demnächst zu erwarten.

Eine legislative Neuerung gab es hinsichtlich des KapESt-Abzug beim sog. **Crowdlending**.²¹⁶ Bisher war bei aus Crowdlanding erworbenen Zinsen i. d. R. kein KapESt-Abzug vorzunehmen. § 44 Abs. 1 Sätze 3 und 4 Nr. 1 Buchst. a), § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b) EStG setzen nämlich voraus, dass es sich beim Schuldner der Kapitalerträge um ein inl. Kreditinstitut – einschließlich in § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b) Satz 2 gesondert aufgeführter Körperschaften – oder ein inl. Finanzdienstleistungsinstitut i. S. d. KWG handelt. Schuldner der Kapitalerträge im Rahmen von Darlehensverträgen ist der Darlehensnehmer, der beim Crowdlanding aber i. d. R. kein inl. Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut ist. Hinsichtlich der klassischen Fälle des Crowdlandings oblag es also dem Anleger, die

209 Dazu im Überblick *Jachmann-Michel*, jM 2020, 212 ff.

210 FG Köln v. 19. 7. 2019, 2 K 2672/17, DStRE 2020, 713, BB 2020, 666, DStZ 2020, 185, anh. Rev. zunächst VIII R 5/20, dann I R 22/20; vgl. auch schon FG Kassel v. 10. 3. 2017, 4 K 977/14, EFG 2017, 656.

211 Dazu sub D.II.

212 FG Hessen v. 28. 1. 2020, 4 K 890/17, EFG 2020, 1160, DStZ 2020, 229.

213 Dazu sub D.III.

214 FG Nürnberg v. 11. 12. 2019, 5 K 1283/18, EFG 2020, 840, DStRE 2020, 964, anh. Rev. VIII R 3/20.

215 So schon FG Nürnberg v. 11. 10. 2017, 3 K 348/17, EFG 2018, 117, 133406, anh. Rev. VIII R 17/17.

216 Dazu *Auer*, jM 2020, 298 ff.

B. Kapitalertragsteuerabzugsverfahren

Kapitalerträge gem. § 32d Abs. 3 Satz 1 EStG zu erklären. Ab 1. 1. 2021 stellen § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. c) und § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2a EStG sicher, dass die Steuer auf Zinserträge aus Crowdloaning bereits bei Auszahlung an den Anleger einbehalten wird. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. c) Satz 1 EStG unterwirft sämtliche Zinserträge, die über eine Internetdienstleistungsplattform i. S. v. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. c) Satz 2 EStG erworben wurden, der KapESt. Ergänzend qualifiziert § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2a EStG die Internetdienstleistungsplattform, die die Kapitalerträge an den Gläubiger auszahlt, als auszahlende Stelle i. S. v. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG; sie ist verpflichtet, für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge den Steuerabzug vorzunehmen, sofern sich nicht ausnahmsweise die Steuerabzugspflicht eines anderen ergibt (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2a EStG). Die Crowdloaning-Plattform oder deren Intermediär, der regelmäßig die Zahlung der Kapitalerträge abwickelt, ist zum KapESt-Abzug verpflichtet. Die Crowdloaning-Plattform hat i. d. R. auch alle notwendigen Informationen, um die KapESt (einschließlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) einzubehalten und abzuführen. Die Crowdloaning-Plattform muss eine KapESt-Erklärung (§ 45a Abs. 1 Satz 1 EStG) abgeben und auf Verlangen dem Anleger gem. § 45a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG eine entsprechende Bescheinigung übermitteln. Insoweit besteht eine Parallele zum Crowdinvesting,²¹⁷ im Rahmen dessen der Schuldner der Kapitalerträge je nach Ausgestaltung gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder 3, § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG zum Abzug der KapESt verpflichtet ist.²¹⁸

²¹⁷ Kapitalüberlassung gegen Beteiligung am Unternehmensgewinn.

²¹⁸ Vgl. dazu Auer, JM 2020, 298 Fn. 30.

C. Ausnahmen von der Abgeltungsteuer/ Veranlagungsverfahren (§ 32d EStG)

I. Darlehensgewährung durch eine nahestehende Person (§ 32d Abs. 2 Nr. 1)

§ 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG sieht für Kapitaleinkünfte i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und 7 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 7 EStG (stille Gesellschaft, partiarische Darlehen und sonstige Kapitalforderungen) eine Pflichtveranlagung zum Normaltarif für Gestaltungen vor, die typischerweise eine Verlagerung von Einkünften aus den höher besteuerten anderen Einkunftsarten in die niedriger besteuerten Einkünfte aus Kapitalvermögen erlauben.²¹⁹ Dies gilt in sog. Angehörigenfällen (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. a EStG), wenn Gläubiger und Schuldner einander nahestehende Personen sind und die Zahlungen beim Schuldner Betriebsausgaben oder Werbungskosten darstellen, die der inländischen Besteuerung unterliegen, sowie für Gesellschafterfremdfinanzierungen (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b Satz 1 EStG), bei denen der Gläubiger der Kapitalerträge zu mindestens 10 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist.

1. Rechtsprechung

Im Verfahren VIII R 5/17²²⁰ hat der BFH entschieden, dass § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a EStG kein Auffangtatbestand ist für den Ausschluss von Kapitalerträgen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG aus dem gesonderten Tarif (§ 32d Abs. 1 EStG), wenn die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG nicht erfüllt sind. Im Streitfall war die Klägerin alleinige Gesellschafterin einer GmbH, der Kläger alleiniger Geschäftsführer. Zwischen dem Kläger und der GmbH wurden verschiedene Darlehensverträge abgeschlossen, die jeweils vom Kläger als Darlehensgeber und als Geschäftsführer unterschrieben wurden. Das FG stellte fest, dass die GmbH Darlehen zu vergleichbaren Konditionen von einem fremden Dritten nicht erhalten hätte. Sie hätte allerdings die Kontokorrentlinie bei ihrer Hausbank zu einem Zinssatz in Höhe von 8 % nutzen können. Der Kläger erzielte aus den Darlehen im Streitjahr 2014 Zinserträge in Höhe von

219 Zur Auslegung vgl. Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, 2. Aufl., 96 ff.

220 BFH v. 16. 6. 2020, VIII R 5/17, BStBl II 2020, 807, BFHE n.n., DStR 2020, 2294, DB 2020, 2222.

3 909 €. Diese erklärte er als inkl. Kapitalerträge ohne Steuerabzug, die gem. § 32d Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 EStG dem gesonderten Tarif unterliegen. Das FA ging von tariflich zu besteuerten Einkünften aus (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG). Der Kläger als Darlehensgeber stehe der Klägerin als Anteilseignerin der GmbH nahe. Das FG sah zwar die Voraussetzungen von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG als nicht erfüllt an. Der Kläger sei aber eine der GmbH nahestehende Person (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a EStG).

Dem folgte der BFH nicht. Gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 1 EStG gilt der gesonderte Steuertarif des § 32d Abs. 1 EStG nicht, wenn die Kapitalerträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG von einer Kapitalgesellschaft an einen Anteilseigner gezahlt werden, der zu mindestens 10 % an ihr beteiligt ist. Nach Satz 2 des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG ist die Anwendung des Abgeltungsteuertarifs auch dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge eine dem Anteilseigener nahestehende Person ist. Erforderlich hierfür ist, dass zwischen dem Darlehensgeber als nahestehender Person (hier: dem Kläger) und dem Anteilseigner (hier: der Klägerin) ein Beherrschungsverhältnis besteht, weil der eine auf den jeweils anderen einen außerhalb der Geschäftsbeziehung (des Darlehensvertrags mit der GmbH) begründeten Einfluss ausüben kann.²²¹ Das Beherrschungsverhältnis muss so beschaffen sein, dass der beherrschten Person aufgrund eines absoluten Abhängigkeitsverhältnisses für den Abschluss des Darlehens mit der GmbH im Wesentlichen kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt. Das Abhängigkeitsverhältnis kann wirtschaftlicher oder persönlicher Natur sein.²²² Ein solches Näheverhältnis liegt z. B. vor, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge eine Beteiligung an der Anteilseigner-Kapitalgesellschaft der darlehensnehmenden Tochterkapitalgesellschaft innehält, die es ihm ermöglicht, seinen Willen in der Gesellschafterversammlung der Anteilseigner-Kapitalgesellschaft durchzusetzen.²²³ Dem folgt auch die Finanzverwaltung.²²⁴

Im entschiedenen Fall war danach die Würdigung des FG, die Zinseinkünfte seien nicht gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG aus dem Anwendungsbereich des gesonderten Tarifs gem. § 32d Abs. 1 EStG ausgeschlossen, nicht zu beanstanden. Zwischen dem Kläger als Darlehensgeber und der Klägerin als Anteilseignerin der GmbH fehlte es am erforderlichen Abhängigkeitsverhältnis. Insbes. hat die Klägerin keinen Einfluss auf die

221 BFH v. 14. 5. 2014, VIII R 31/11, BFHE 245, 531, BStBl II 2014, 995.

222 BFH v. 28. 1. 2015, VIII R 8/14, BFHE 249, 133, BStBl II 2015, 397.

223 BFH v. 20. 10. 2016, VIII R 27/15, BFHE 256, 248, BStBl II 2017, 441, Rz. 21, 23.

224 BMF v. 18. 1. 2016, IV C 1-S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl I 2016, 85, Rz. 136.

Darlehensgewährung genommen. Zwar kann ein Näheverhältnis auch bestehen, wenn die Vertragsparteien (hier: der Kläger und die GmbH) ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen haben. Ein eigenes wirtschaftliches Interesse der GmbH als Darlehensschuldnerin an der Einkünfteerzielung des Klägers als Darlehensgeber oder umgekehrt war aber nicht zu erkennen.

Weder der Kläger als Darlehensgeber noch die Klägerin als Anteilseignerin oder die GmbH selbst waren bei Eingehen der Darlehensbeziehung in ihrer Finanzierungsfreiheit beschränkt. Ein Näheverhältnis gem. § 32d Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG liegt auf dieser Grundlage nicht vor.

Das FG hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, dass bei Nichtvorliegen des Ausschlusstatbestand gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG ein Ausschluss der Kapitalerträge des Klägers aus dem gesonderten Tarif (§ 32d Abs. 1 EStG) gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a EStG in Betracht kommt. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG ist ein speziell für Vergütungen, die u. a. von einer Kapitalgesellschaft an einen Anteilseigner oder an eine dieselbe nahestehende Person gezahlt werden, geschaffener Ausschlusstatbestand. Er ist abschließend. Sind die Voraussetzungen von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 EStG nicht erfüllt, kommt ein Rückgriff auf den Ausschlusstatbestand gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a EStG weder für Vergütungen aus einem Darlehen des Anteilseigners noch einer nahestehenden Person an die Kapitalgesellschaft in Betracht. Dies gilt nicht nur, wenn die in § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG normierte Beteiligungsschwelle des Anteilseigners von 10 % nicht erreicht wird, sondern auch dann, wenn die Voraussetzungen für ein wirtschaftliches oder persönliches Näheverhältnis des Darlehensgebers zum Anteilseigner oder umgekehrt gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG nicht gegeben sind.

Das **FG München**²²⁵ hatte zu entscheiden, ob der Verlust aus der Veräußerung von Wandelschuldverschreibungen durch den Kläger an eine GmbH, an der er zu 100 % beteiligt war, gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 b) EStG der tariflichen ESt nach § 32a EStG unterliegt und demgemäß der Verlustausgleich nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 EStG nicht eingeschränkt ist und ob bzgl. dieser Gesamtgestaltung ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gem. § 42 AO anzunehmen ist.

Im entschiedenen Fall hatte der Kläger im Oktober 2016 sämtliche Geschäftsanteile der GmbH sowie im November 2016 Wandelschuldverschreibungen erworben. Nach den Emissionsbedingungen handelte es sich um

225 FG München v. 29. 9. 2020, 5 K 2870/19, juris, anh. Rev. VIII R 28/20.

festverzinsliche, betrags- und laufzeitidentische Indexanleihen, abhängig von der Entwicklung des ... Index (Basiswert) innerhalb eines identischen Zeitraums, einem in US-Dollar gehandelten Aktienindex ... Bei der sog. PMO-Anleihe war die Emittentin bei einem Ansteigen des Basiswerts im maßgeblichen Zeitraum (2. bis 18. November 2016) berechtigt, zwischen der Zahlung von 214 % des Nennwerts oder der Lieferung von 196 % des Nennwerts in Xetra-Gold oder ETFs zu wählen, bei unverändertem Basiswert war der Nennwert zu 100 % zurückzuzahlen und bei einem Verfall des Basiswerts im maßgeblichen Zeitraum war die Emittentin berechtigt, zwischen der Zahlung von 10 % des Nennwerts oder der Lieferung von 4 % des Nennwerts in Xetra-Gold oder ETFs zu wählen. Die sog. GS-Anleihe war gegenläufig ausgestaltet, wobei bei einem Verfall des Basiswerts zwischen der Zahlung von 215 % (nicht 214 %) des Nennwerts oder der Lieferung von 196 % des Nennwerts in Xetra-Gold oder ETFs zu wählen war.

Nachdem der Basiswert im maßgeblichen Zeitraum gesunken war, veräußerte der Kläger die PMO-Anleihe im November 2016 zum sog. Calculation Date an die GmbH. Dieser Kaufpreis entsprach dem von der Emittentin festgelegten Rücknahmepreis. Dadurch entstand dem Kläger ein Verlust. Den Verlust machte der Kläger als der progressiven ESt unterliegend geltend. Das FA ging davon aus, dass es sich um sonstige Kapitalforderungen i. S. d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG handle. § 32d Abs. 2 Nr. 1 b) EStG komme im Streitfall jedoch nicht zur Anwendung, da dies dem Sinn und Zweck der Norm, eine Gewinnverlagerung aus dem betrieblichen in den privaten Bereich zu verhindern, widerspräche. Insoweit sei eine teleologische Reduktion der Norm vorzunehmen. Abgesehen davon sei ein Missbrauch der missbrauchsverhütenden Spezialvorschrift zu unterbinden und insoweit § 42 Abs. 2 AO anzuwenden.

Das FG stellte fest, der Tatbestand des § 32d Abs. 2 Nr. 1 b) Satz 1 EStG sei durch die Veräußerung der PMO-Anleihe an die GmbH erfüllt. Eine teleologische Reduktion des § 32d Abs. 2 Nr. 1 b) EStG dergestalt, dass die Norm in Fällen nicht zur Anwendung kommt, in denen durch die Veräußerung einer Kapitalforderung i. S. d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG an eine Kapitalgesellschaft, an der der Steuerpflichtige zu mindestens 10 Prozent beteiligt ist, ein Verlust entsteht, eine Gewinnverlagerung aus dem betrieblichen in den privaten Bereich jedoch nicht gegeben ist, sei nicht gerechtfertigt. Zutreffend weise das FA zwar darauf hin, dass die vorliegende Gestaltung, die sichtlich dem Zweck diene, einen der progressiven ESt unterliegenden, im Streitjahr erzielten Gewinn aus Gewerbebetrieb mit einem Verlust aus Kapitalvermögen ausgleichen zu können – ohne eigentlich die Steuersatzspreizung ausnutzen zu wollen –, nicht mit Gestaltungen vergleichbar ist, die

nach der Gesetzesbegründung²²⁶ durch die Regelungen in § 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG verhindert werden sollen. Danach ist die Ausnahme geboten, um Gestaltungen zu verhindern, bei denen aufgrund der Steuersatzspreizung betriebliche Gewinne z. B. in Form von Darlehenszinsen abgesaugt werden und so die Steuerbelastung auf den Abgeltungssteuersatz reduziert wird. Andererseits sei § 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG so ausgestaltet, dass nicht nur Einkünfte im Zusammenhang mit Darlehensvereinbarungen sowie im Zusammenhang mit einer Beteiligung als stiller Gesellschafter, die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich als Einkünfte genannt sind, die unter die Regelung fallen sollen, sondern auch Einkünfte aus der Veräußerung von Kapitalforderungen gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG, somit der Gewinn (§ 20 Abs. 4 Satz 1 1. Halbs. EStG) aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen jeder Art i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Auch hierfür und nicht nur für die Fallkonstellationen der § 32d Abs. 2 Nr. 1 a) und c) EStG sei nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 EStG die Anwendung des § 20 Abs. 6 EStG ausgeschlossen. Wenn Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalforderungen an eine Kapitalgesellschaft, an der der Steuerpflichtige zu mindestens 10 Prozent beteiligt ist, der progressiven ESt unterliegen, sei es folgerichtig, bei der Erzielung von Verlusten die Verlustverrechnung mit der progressiven ESt unterliegenden Einkünften zuzulassen.

Die Veräußerung der Anleihe an die Q-GmbH sei – isoliert betrachtet – auch nicht als Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gem. § 42 Abs. 2 AO zu beurteilen. Der Anwendung des § 42 Abs. 2 AO stehe § 42 Abs. 1 Satz 2 AO entgegen.

2. JStG 2020

Nach der Neufassung, die § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG durch das JStG 2020²²⁷ erfahren hat, kann ein zu mindestens zu 10 % an einer GmbH beteiligter Gesellschafter das Regelungsregime der Abgeltungsteuer samt § 20 Abs. 6 und 9 EStG nur noch verlassen, soweit die den Kapitalerträgen entsprechenden Aufwendungen beim Schuldner Betriebsausgaben oder Werbungskosten im Zusammenhang mit Einkünften sind, die der inl. Besteuerung unterliegen, und § 20 Abs. 9 Satz 1 2. Halbs. EStG keine Anwendung findet. Gem. § 52 Abs. 33b EStG soll § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG n. F. grundsätzlich auf Kapitalerträge anzuwenden sein, die nach dem 31. 12. 2020 erzielt werden, während auf Kapitalerträge aus Darlehen an eine Ka-

226 BT-Drs. 16/4841, 60 f. und BR-Drs. 220/07, 97 f.

227 Fn. 3.

pitalgesellschaft, deren rechtliche Grundlage vor dem 1. 1. 2021 gelegt wurde, § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG n. F. erst ab 2024 anzuwenden ist. Nach Inkrafttreten der Neuregelung unterliegen Darlehensverluste der zeitlich gestreckten und auf Einkünfte aus Kapitalvermögen beschränkten Verlustverrechnung gem. § 20 Abs. 2 i. V. m. § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG.

Damit soll die Ausnutzung von Steuersatzspreizungen verhindert werden; Einkünfte des Gläubigers von Kapitalerträgen sollen nicht dem Abgeltungsteuertarif unterliegen, wenn die betreffenden Zahlungen auf Seiten des Schuldners der Kapitalerträge Werbungskosten oder Betriebsausgaben darstellen, die Einkünfte mindern, die der tariflichen Besteuerung unterliegen. Was Verluste/Gewinne etwa aus der Veräußerung einer Darlehensforderung eines Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft angeht, soll der Ausschluss des Abgeltungsteuertarifs insoweit nicht gerechtfertigt sein, als den betreffenden Einkünften des Gesellschafters auf Seiten der Gesellschaft keine Betriebsausgaben gegenüberstehen.²²⁸

Die Neuregelung von § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG soll insbes. sicherstellen, dass nur solche Einkünfte des Gesellschafters aus einer Forderung gegenüber der Gesellschaft nach § 32a EStG tariflich besteuert werden, die auf Seiten der Gesellschaft Betriebsausgaben darstellen; dazu gehören Darlehensverluste – etwa aus einem Darlehensausfall, einem Darlehensverzicht oder bei einer Abtretung des Darlehens, bei einem nicht von § 17 EStG erfassten Darlehensverlust eines nur mittelbar beteiligten Gesellschafters (wie z. B. beim Holding-Modell) – nicht.²²⁹ Eine vergleichbare Regelung enthält bereits § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a EStG für sog. Angehörigenfälle.

Darüber hinaus soll die Einschränkung der Steuerwirkung von Erträgen i. S. v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG Gestaltungen begegnen, im Rahmen derer künstlich erzeugte Verluste i. S. v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG mit tariflich versteuerten Einkünften verrechnet werden.²³⁰ Solchen Verlusten können korrespondierende positive Kapitalerträge zugrunde liegen, die nicht unter die Ausnahme des § 32d Abs. 2 EStG fallen, sondern dem günstigen Abgeltungsteuertarif unterliegen. Werden solche Verluste durch einen Verkauf von Wirtschaftsgütern an eine Gesellschaft realisiert, sollen sie dem Abgeltungsteuertarif unterliegen, dies unabhängig von einem Gestaltungsmisbrauch. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG soll nicht (mehr) gelten, da die Veräußerung von Wirtschaftsgütern an eine Gesellschaft bei dieser

228 Dazu *Ott*, DStZ 2020, 735, 745.

229 Dazu im Einzelnen *Ott*, DStR 2020, 2337, 2340 m. w. N.

230 BR-Drs. 503/20, 92 f., Begründung zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b Satz 1 EStG; es scheint, als sollen Bondstripping-Gestaltungen verhindert werden (vgl. *Levedag*, GmbHHR 2020, Rz. 279 f.).

nicht zu Werbungskosten/Betriebsausgaben führt. Dies bedeutet bei Darlehen eines zu mindestens 10 % beteiligten Gesellschafters an seine Kapitalgesellschaft deutliche Nachteile, wenn solche Verluste der tariflichen Besteuerung entzogen und der Abgeltungsteuer unterworfen werden. Jedenfalls bei krisenbedingten Darlehensverlusten eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft ist die geplante Neuregelung verfehlt, da hier typischerweise echte Wertverluste vorliegen, deren Nutzung – jenseits von nachträglichen Anschaffungskosten einer Beteiligung i. S. v. § 17 Abs. 2a EStG – nunmehr beschränkt wird.²³¹

II. Antragsveranlagung (§ 32d Abs. 4 EStG)

Im Verfahren X R 16/17²³² hat der BFH entschieden, dass der Antrag auf Einbeziehung der Kapitalerträge in die Einkommensteuerveranlagung nach § 32d Abs. 4 EStG (sog. Antragsveranlagung) ein **unbefristetes Veranlagungswahlrecht** darstellt,²³³ das bis zum Eintritt der formellen und materiellen Bestandskraft ausgeübt und ggf. widerrufen werden kann.²³⁴ Der Antrag nach § 32d Abs. 4 EStG kann zeitlich auch nach der Abgabe der ESt-Erklärung gestellt werden, sofern die **Steuerfestsetzung** zu diesem Zeitpunkt verfahrensrechtlich **noch änderbar** ist. Dem Steuerpflichtigen muss – sofern die betroffene Festsetzung bereits formell bestandskräftig ist und nicht (mehr) unter dem Vorbehalt der Nachprüfung steht – für sein nachträglich geltend gemachtes Wahlrecht eine bestandskraftdurchbrechende Änderungsvorschrift zur Seite stehen.

Der Antrag gem. § 32d Abs. 4 EStG ist als Rechtshandlung weder eine Tat sache i. S. v. § 173 AO noch ein rückwirkendes Ereignis i. S. v. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Werden aber mit der Antragstellung nachträglich neue Tat sachen bekannt, etwa dass der Steuerpflichtige Kapitaleinkünfte erzielt hat, die der Abgeltungsteuer unterlegen haben, kommt **§ 173 AO** in Betracht.

Im entschiedenen Fall war das Begehr, den Steuereinbehalt gem. § 32d Abs. 4 EStG zu überprüfen, nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO zu beurteilen. Inso weit stellt der BFH klar, dass bei der Entscheidung, ob die nachträglich bekanntgewordene Tat sache der Erzielung von Einkünften aus Kapitalver-

231 Dazu Ott, DStR 2020, 2337, 2339.

232 BFH v. 21. 8. 2019, X R 16/17, BFHE 266, 163, BStBl II 2020, 99.

233 Bestätigung von BFH v. 9. 8. 2017, VIII R 27/14, BFHE 255, 51, BStBl II 2017, 821, Rz. 19 m. w. N.

234 So für § 32d Abs. 6 EStG (Günstigerprüfung) BFH v. 12. 5. 2015, VIII R 14/13, BFHE 250, 64, BStBl II 2015, 806 m. w. N.

mögen zu einer höheren (§ 173 Abs. 1 Nr. 1 AO) oder einer niedrigeren (§ 173 Abs. 1 Nr. 2 AO) Steuer führt, nicht nur die festgesetzte ESt, sondern auch die durch den Abzug vom Kapitalertrag abgegoltene ESt in den Vergleich einzubeziehen ist.

Die Antragsveranlagung nach § 32d Abs. 4 EStG führt somit entweder zu einer Berücksichtigung genau des bislang nach § 43 Abs. 5 EStG abgegoltenen ESt-Betrages. In diesem Fall liegt weder eine Steuerminderung noch eine -erhöhung vor. § 173 Abs. 1 AO ist nicht anwendbar. Im Streitfall löste die Antragsveranlagung (§ 32d Abs. 4 EStG) wegen des bislang nicht berücksichtigten Sparer-Pauschbetrages aufgrund der gebotenen Gesamtbetrachtung eine Steuerminderung aus. Eine Änderung der Steuerfestsetzung nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO ist dabei nur möglich, wenn den Steuerpflichtigen am nachträglichen Bekanntwerden der Tatsache, dass er Kapitaleinkünfte erzielt hat, kein Verschulden trifft. Dies wird regelmäßig auszuschließen sein und damit auch eine Korrektur zugunsten des Steuerpflichtigen.

III. Günstigerprüfung (§ 32d Abs. 6 EStG)

Die Günstigerprüfung gem. § 32d Abs. 6 EStG soll eine Benachteiligung von Steuerpflichtigen verhindern, deren persönlicher Steuersatz unter 25 % liegt. Der **Antrag** ist einheitlich für alle Kapitalerträge i. S. v. § 20 EStG für einen Veranlagungszeitraum zu stellen. Er ist nicht befristet, kann aber nur **bis zum Eintritt der Festsetzungsverjährung** gestellt werden, **nach Unanfechtbarkeit** des Steuerbescheids nur **bei Vorliegen einer Änderungsvorschrift**.²³⁵ Der Antrag hat Erfolg, wenn die Anwendung des normalen ESt-Tarifs zu einer niedrigeren Steuer einschließlich Zuschlagsteuern führt als die Anwendung des besonderen Abgeltungsteuertarifs. Dies hängt nicht nur von der Höhe der Kapitaleinkünfte, sondern maßgeblich auch von den übrigen Einkünften des Steuerpflichtigen ab. Ändern sich die übrigen Einkünfte, stellt sich die Frage, inwieweit nachträglich ein Antrag auf Günstigerprüfung noch in Betracht kommt.

Hierzu hat der BFH im Verfahren VIII R 6/17²³⁶ entschieden, dass die Festsetzung der Steuer in einem Änderungsbescheid nach Eintritt der Bestandskraft, die aufgrund der im Änderungsbescheid berücksichtigten Besteuerungsgrundlagen erstmals eine erfolgreiche Antragstellung gem. § 32d Abs. 6 EStG ermöglicht, ein rückwirkendes Ereignis i. S. v. § 175 Abs. 1

²³⁵ BFH v. 12. 5. 2015, VIII R 14/13, BFHE 250, 64, BStBl II 2015, 806, Rz. 10 f.

²³⁶ BFH v. 14. 7. 2020, VIII R 6/17, DStR 2020, 2298, BFHE n.n.