

Institut Finanzen und Steuern e.V. · www.ifst.de

IFSt

SCHRIFT NR. **478**
Berlin, Mai 2012

Export der Abgeltungsteuer
Zur Vereinfachung und grenzüberschreitenden Anwendung
der Abgeltungsteuer

RA Joachim Dahm
RA/FAStR Rolfjosef Hamacher

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Zitiervorschlag:

Dahm/Hamacher, Export der Abgeltungsteuer,
IFSt-Schrift Nr. 478 (2012)

ISBN 978-3-89737-021-0

15,00 Euro inkl. USt. zzgl. Versandkosten

© Institut Finanzen und Steuern e.V.

Gertraudenstraße 20, 10178 Berlin

In Medienkooperation mit DER BETRIEB

Einzelbezug über www.fachverlag-shop.de/ifst

E-Mail: kundenservice@fachverlag.de

Tel.: (0800) 0001637; Fax: (0800) 0002959

Abonnenten von DER BETRIEB wird ein Rabatt in Höhe
von 20 % eingeräumt.

IFSt

SCHRIFT NR.
Berlin, Mai 2012

478

Export der Abgeltungsteuer
Zur Vereinfachung und grenzüberschreitenden Anwendung
der Abgeltungsteuer

RA Joachim Dahm
RA/FAStR Rolfjosef Hamacher
axis Rechtsanwälte GmbH, Köln

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Das Institut Finanzen und Steuern überreicht Ihnen
die IFSt-Schrift Nr. 478:

Export der Abgeltungsteuer
Zur Vereinfachung und grenzüberschreitenden Anwendung
der Abgeltungsteuer

Nach über zwei Jahren nationaler und bilateraler Diskussionen und Verhandlungen wurde das Steuerabkommen mit der Schweiz Ende April 2012 von der Bundesregierung beschlossen. Vorgesehen ist eine pauschale Abgeltungsteuer zur Steueramnestie unversteuerter Vermögen sowie eine Abgeltungsteuer auf künftige Kapitalerträge nach deutschen Regelungen.

Das Abkommen muss den Bundesrat noch passieren, um in Kraft treten zu können; die beabsichtigte Vergangenheitsbewältigung stellt noch einen politischen Zankapfel dar. Mit Zusatzprotokoll vom 5. April 2012 wurde dagegen bereits auf europarechtliche Bedenken reagiert, dass das Abkommen hinsichtlich künftiger Kapitalerträge mit den Regelungen der EU-Zinsrichtlinie konfligiert: Zinseinkünfte, die unter diese Regelungen fallen, wären demnach von der deutschen Abgeltungsteuer ausgenommen und würden weiterhin dem Regime der EU-Quellensteuer in Höhe von 35 % unterliegen.

Ungeachtet der politischen Brennpunkte ist allerdings unstrittig, dass die mit der Abgeltungsteuer verbundene Idee einer umfassenden „automatischen“ Besteuerung von Kapitaleinkünften bestechend ist. Das Steuerabkommen lenkt daher den Blick auf die Frage nach den Perspektiven einer grenzüberschreitenden Abgeltungsteuer auch im Verhältnis zu anderen Ländern wie etwa Luxemburg und Österreich. Könnte die deutsche Abgeltungsteuer auch ein Modell werden für eine europaweite Sicherstellung der Besteuerung privater Kapitalerträge?

Die vorliegende Schrift möchte einen Denkanstoß für einen solchen „Export“ der deutschen Abgeltungsteuer geben. Sie untersucht, ob die existierenden Regelungen der deutschen Abgeltungsteuer für eine abschließende Besteuerung durch ausländische Kreditinstitute geeignet sind, und wie sich eine solche ausgelagerte Besteuerung in die existierenden Normen des EU-Rechts einfügt. Die Schrift möchte dazu beitragen, Verbesserungspotentiale der Abgeltungsteuer aufzuzeigen, um einerseits ihre Akzeptanz im Ausland für einen möglichen Export zu fördern, andererseits aber auch notwendige Korrekturen für den inländischen Abgeltungsteuerabzug zu befördern.

INSTITUT FINANZEN UND STEUERN
Prof. Dr. Johanna Hey

Berlin/Köln, im Mai 2012

Inhaltsverzeichnis

I. Anlass und Rahmenbedingungen eines Exports der Abgeltungsteuer	9
1. Deutsche und ausländische Interessenlage	9
2. Der Präzedenzfall: Das Deutsch-Schweizerische Abkommen zur Abgeltungsteuer	12
3. Problemfeld EU-Zinsrichtlinie	14
a. Einordnung von EU-Zinsrichtlinie und Zinsinformationsverordnung	15
b. Auslegung und Rechtsschutz	18
c. Kontrollmitteilungen als die bessere Alternative?	19
d. Zwischenfazit	20
II. Zielsetzung der Abgeltungsteuer	21
1. Sicherstellung der Besteuerung von Kapitalerträgen	21
2. Vom Zinsurteil des BVerfG zur Abgeltungsteuer	22
III. Vereinfachung der Abgeltungsteuer als Voraussetzung für eine grenzüberschreitende Erhebung	25
1. Übereinstimmung von materiellem Steuerrecht und Kapitalertragsteuerrecht als Grundvoraussetzung der Abgeltungswirkung	27
2. Veranlagung nur als Ausnahme?	28
a. Pflichtveranlagung	29
b. Wahlveranlagung/Veranlagungsoption	30
c. Zwischenergebnis	31
3. Überblick: Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung	32
a. Grundlegende Systematisierung der Vereinfachungsmöglichkeiten	32
b. Bereits erfolgte Anpassungen im materiellen Steuerrecht	32
c. Bereits erfolgte Anpassungen im Kapitalertragsteuerabzugsverfahren	33
4. Notwendige Änderungen im Bereich des materiellen Steuerrechts	37
a. Kapitalmaßnahmen und Tauschvorgänge	37
b. Besondere Entgelte und Vorteile i.S.d. § 20 Abs. 3 EStG	39

c. Kirchensteuer	41
d. Besteuerung von thesaurierten Erträgen aus Investmentvermögen.....	43
5. Notwendige Änderungen im Bereich des Kapitalertragsteuerrechts	45
a. Kapitalertrag ohne Geldleistung	45
b. Zeitpunkt des Steuerabzugs	46
c. Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG	48
6. Notwendige Änderungen zur Umsetzung des objektiven Nettoprinzips	50
a. Verletzung des objektiven Nettoprinzips nach Systemwechsel der Einkunftsart	50
aa. Hintergrund: Systemwechsel von Quelleneinkunftsart zu umfassender Mischeinkunftsart	50
bb. Folgen des Systemwechsels für die Erfassungsreichweite der Abgeltungsteuer.....	53
cc. Gesetzgeberischer Anpassungsbedarf im Einzelnen	55
b. Verletzung des objektiven Nettoprinzips bei der Verlustverrechnung	57
7. Zwischenergebnis	59

IV. Grenzüberschreitende Erhebung der Abgeltungsteuer durch Mitwirkung ausländischer Staaten	60
1. Allgemeine Anforderungen an Abkommen zur Abgeltungsteuer ..	60
a. Verpflichtende Einführung durch den ausländischen Staat	60
b. Gesetz als Rechtsgrundlage.....	61
c. Vollständige Übernahme der nationalen Vorschriften durch ausländischen Staat.....	61
aa. Kreis der Steuerpflichtigen	62
bb. Weitergabe von Kundendaten.....	63
cc. Steuersatz	65
dd. Fortschreibung der gesetzlichen Regelungen und Information über Änderungen.....	66
ee. Anrechnung der einbehaltenen Steuer im Rahmen der Veranlagung	67
d. Kontrolle des Steuerabzugs.....	67

2. Verhältnis zur Erhebung von Quellensteuer durch den Ansässigkeitsstaat der Zahlstelle	68
3. Vereinbarkeit mit EU- und Völkerrecht	69
a. Verhältnis zur EU-Zinsrichtlinie	69
b. Verhältnis zur EU-Amtshilferichtlinie	71
c. Verhältnis zu anderen bilateralen Abkommensregelungen.....	73
V. Zusammenfassung und Ergebnis	74

Vorwort

„Damit Bertoald umso eher den Tod fände, schickten sie ihn in Gaue und Städte mit dem Auftrag, Steuern einzufordern.“¹

Diese Zeilen, die der Chronist im Jahr 604 über das Schicksal des burgundisch-fränkischen Hausmeiers *Bertoald* niederschrieb, kennzeichnen von jeher die Spannungsfelder der Erhebung von Steuern und der steuerlichen Veranlagung. Auch wenn der Umgang zwischen Staatsmacht und Steuerpflichtigem heutzutage ziviler geworden sein mag, so ist die Steuererhebung nach wie vor einer der präsentesten Eingriffe des Staates in die Privatsphäre.

Dies gilt im Besonderen im Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen und der Veräußerungsgewinne, da diese gleichsam die privatesten – im Sinne von nicht für jedermann offenkundigen – Einkünfte sind. Daher bedarf es im Rahmen der Veranlagung bei diesen Einkunftsarten eingehender Ermittlungsmaßnahmen auch unter Einbeziehung Dritter, die vielfach als Eingriff in die Persönlichkeitssphäre empfunden werden, wenngleich sie durch das Gebot der Wahrung einer gleichmäßigen Besteuerung erforderlich sind.

Zudem sind diese Einkunftsformen äußerst mobil und können heutzutage quasi per Knopfdruck an unterschiedlichste Orte verlagert werden, was die steuerliche Verifikation umso schwieriger und aufwendiger macht.

Schließlich ist die Erfassung dieser Einkünfte politisch und ideologisch ein bedeutendes Reizthema und ständigen Veränderungen unterworfen.

Was liegt in einer solchen Situation näher, als die Veranlagung obsolet zu machen und durch Integration in den Steuerabzug in den Bereich der Kreditinstitute aus- bzw. vorzuverlagern. Der eingangs skizzierte Steuerwiderstand wird hierdurch minimiert und gleichzeitig erspart sich der Fiskus umfangreiche Ermittlungen auf einem sensiblen Sektor.

Der deutsche Gesetzgeber hat versucht, diese Zielsetzungen mit der Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009 zu verwirklichen. Das geplante Steuerabkommen mit der Schweiz lenkt nun die Aufmerksamkeit auch auf die Frage eines „Exportes“ der deutschen Abgeltungsteuer im bilateralen Verhältnis zu anderen Staaten. Die Voraussetzungen hierfür – insbesonde-

¹ Fredegar IV, Kapitel 24, zitiert nach *Elsbet Orth*, Königsschatz und Kataster, Die Entwicklung der Steuer im fränkischen Reich, in Schultz (Hrsg.), „Mit dem Zehnten fing es an“, 1986, S. 74.

re eine weitere Vereinfachung – und die europarechtliche Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Implementierung der Abgeltungsteuer neben den Regelungen der EU-Zinsrichtlinie sind Gegenstand der vorliegenden Schrift.

I. Anlass und Rahmenbedingungen eines Exports der Abgeltungsteuer

1. Deutsche und ausländische Interessenlage

Seit einiger Zeit bemerken Nachbarländer Deutschlands, in denen traditionell deutsches Kapitalvermögen angelegt wird, dass die in Deutschland ansässigen Anleger beginnen, Einlagen und Depots abziehen und die entsprechenden Vermögen repatriert werden. Aus Sicht dieser Länder ist das eine Bedrohung der dortigen Finanzmärkte. Um dem entgegenzusteuern, ist man bestrebt, steuerrechtliche „Wettbewerbsgleichheit“ auf diesem Sektor zu erzielen, indem man sich freiwillig dem deutschen Abgeltungsteuersystem unterwerfen möchte. Deutsche und ausländische Interessen unterscheiden sich hier zwar, treffen sich aber dennoch.

Mit Einführung der Abgeltungsteuer sollte Deutschland steuerlich auch attraktiver als Anlagestandort gemacht werden. Insoweit entspricht es deutschen Interessen durchaus, wenn die Abgeltungsteuer zu einer partiellen Rückführung von im Ausland angelegtem Kapital führt.² Gleichzeitig könnte durch eine grenzüberschreitende Erhebung der Abgeltungsteuer eine effektive und umfassende Besteuerung von Kapitaleinkommen auch jenseits der Grenze sichergestellt werden. Sie würde verfahrenserleichternd wirken, indem Veranlagungsverfahren erspart werden. Ein umfassender Steuereinkbehalt im Ausland, der dem inländischen entspricht, würde insoweit mehr als jedes herkömmliche Kontrollmitteilungs- oder Quellensteuerverfahren grenzüberschreitender Art leisten.

Aus Sicht des ausländischen Staates geht es vor allen Dingen um den Schutz und den Erhalt des dortigen Kapitalmarktes und eine Wahrung der Attraktion ausländischen Kapitals. Dies mag auch damit verbunden sein, in manchen Fällen die Anonymität der Kapitalanlage – jedenfalls mit Blick auf den Herkunftsstaat – wahren zu können.

² Höhere Umlenkungen von Kapital könnten dabei allerdings Probleme mit der europäischen Grundfreiheit des Kapitalverkehrs aufwerfen.

Es tritt hinzu, dass die europäische Zinsrichtlinie³, auf deren Grundlage zurzeit Kontrollmitteilungen bzw. Quellensteuern erhoben werden, eine Übergangsregelung für einige Länder enthält, die statt der Kontrollmitteilungen fest fixierte Quellensteuersätze auf grenzüberschreitende Zinszahlungen erheben dürfen. Dies betrifft derzeit noch Luxemburg und Österreich sowie die Schweiz, Liechtenstein und einige andere Drittstaaten, die die Regelungen der EU-Zinsrichtlinie adaptiert haben. Die EU-Zinsrichtlinie regelt für den Übergangszeitraum eine stufenweise Anhebung dieses Quellensteuersatzes von erst 15 % auf 20 % und schließlich 35 %.

Nach Art. 12 der EU-Zinsrichtlinie wird 75 % dieser Quellensteuer an den Mitgliedstaat abgeführt, in dem der sog. wirtschaftliche Eigentümer der Zinsen ansässig ist. 25 % behält der erhebende Staat.

Seit dem 1.7.2011 gilt nun der Höchstsatz von 35 %. Bezüglich eines in Deutschland ansässigen Beziehers solcher Kapitaleinkünfte erhalte daher Deutschland im Ergebnis 26,25 % der Bruttokapitaleinnahmen. Demgegenüber beträgt der Steuersatz für veranlagte oder der Abgeltungsteuer in Deutschland unterliegende Kapitalerträge seit dem 1.1.2009 26,38 % (inkl. Solidaritätszuschlag, Kirchensteuer unberücksichtigt). Nach Art. 14 Abs. 2 der EU-Zinsrichtlinie erstattet nun Deutschland einem Bezieher ausländischer Kapitaleinkünfte den 26,38 % übersteigenden Betrag der einbehaltenen EU-Quellensteuer. Allerdings ist dies derzeit nur im Veranlagungswege möglich.

Zudem herrscht Verunsicherung darüber, wann der sog. Übergangszeitraum, währenddessen anstelle von Kontrollmitteilungen überhaupt noch Quellensteuern gemäß der EU-Zinsrichtlinie erhoben werden dürfen, ablaufen soll. Art. 10 der EU-Zinsrichtlinie knüpft dies an die Auskunftserteilung auf Anfrage verschiedener Drittstaaten – darunter die Schweiz, Liechtenstein und die USA – im Sinne des OECD-Musterabkommens zum Informationsaustausch. Vor allem die Schweiz erteilt mittlerweile Auskünfte auf Ersuchen.

Nationale und ausländische Interessen treffen sich im Ergebnis in dem Ziel, eine umfassende und abgeltende Besteuerung deutscher Kapitalerträge auch an ausländischen Finanzplätzen durch dort ansässige Kreditinstitute bzw. Zahlstellen zum deutschen Abgeltungsteuersatz sicherzustellen.

Letztlich kann es aber nicht bloß darum gehen, nationale und ausländische Länderinteressen durch Abschluss derartiger Abkommen zu befriedigen. Ge-

³ Richtlinie 2003/48/EG v. 3.6.2003, Abl. EU L158/38.

rade die Erfassungsmaßnahmen von Kapitaleinkünften (automatische Kontrollmitteilungen versus Quellensteuer) sind immer im Stande, Kapitalallokationen zu beeinflussen. Die Unterschiedlichkeit dieser Maßnahmen kann daher eine Wettbewerbsgleichheit der Finanzplätze empfindlich stören.

Für einen „Export“ der deutschen Abgeltungsteuer ist allerdings zu bedenken, dass hinter dieser ein äußerst komplexes Normensystem steht. Seit Einführung der Abgeltungsteuer Anfang 2009 wurde legislativ bereits mehrfach nachgebessert. Sollen ausländische auszahlende Stellen in die Lage versetzt werden, die deutsche Abgeltungsteuer bei sich zu implementieren, bedarf es daher einer konsequenten Weiterentwicklung der Prämissen, auf denen die Abgeltungsteuer beruht. Ziel muss es sein, ausländischen Zahlstellen angesichts des hohen Implementierungs- und Verwaltungsaufwands der Erhebung deutscher Abgeltungsteuer ein wenngleich nicht einfaches, so dennoch in sich geschlossenes System darbieten zu können, um Veranlagungen weitgehend vermeiden zu können.

Die Abgeltungsteuer ist dabei nicht lediglich ein Begriff, der auf die Erhebungstechnik zielt. Vielmehr wird hierunter die Gesamtheit der Normen verstanden, die sowohl materiell als auch abzugstechnisch das Gesamtgebiet der Einkünfte aus Kapitalvermögen inklusive der neu geschaffenen Bereiche der Veräußerungsgewinnbesteuerung abdecken. Der Begriff der Abgeltungsteuer ist daher weniger ein rechtlicher als ein programmatischer.

Gegenstand dieser Schrift ist die Behandlung der Frage, ob die existierenden Regelungen des deutschen materiellen Steuerrechts in § 20 EStG und zum Kapitalertragsteuerabzug in §§ 43 ff. EStG für eine abschließende Besteuerung durch ausländische Kreditinstitute geeignet sind, und wie sich dieses aus deutscher Sicht neue System einer ausgelagerten Besteuerung in die existierenden Normen des EU-Rechts, insbesondere die EU-Zinsrichtlinie, und die mit den jeweiligen Staaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen einfügt.

Die Schrift möchte dazu beitragen, Verbesserungspotentiale der Abgeltungsteuer aufzuzeigen, um einerseits ihre Akzeptanz im Ausland für einen möglichen Export zu fördern, andererseits aber auch notwendige Korrekturen für den inländischen Abgeltungsteuerabzug zu befördern.

2. Der Präzedenzfall: Das Deutsch-Schweizerische Abkommen zur Abgeltungsteuer

Mit dem Deutsch-Schweizerischen Steuerabkommen vom 21.9.2011 liegen erstmalig bilaterale Pläne zu einer grenzüberschreitenden Implementierung der deutschen Abgeltungsteuer vor.

Kapitalerträge deutscher Anleger sollen danach in der Schweiz ab dem 1.1.2013 einer abgeltenden Kapitalertragsteuer unterworfen werden, die von dort ansässigen Kreditinstituten erhoben wird. Zur „Vergangenheitsbewältigung“ soll zusätzlich für so genanntes Altvermögen eine „Ablasssteuer“ erhoben werden. Das hieraus resultierende Steueraufkommen soll Deutschland zufließen.⁴

Das Abkommen muss noch von den Parlamenten beider Staaten ratifiziert werden, um umgesetzt werden zu können. Es stehen jedoch bereits weitere „Kandidaten“ an, die vergleichbare Regelungen mit der Bundesrepublik Deutschland treffen wollen, namentlich Luxemburg und Liechtenstein.

In der öffentlichen Diskussion werden der Inhalt des Abkommens und seine möglichen Weiterungen auf andere Staaten⁵ auch kritisch gesehen, da eine Erhebung der Abgeltungsteuer immer auch mit einer Wahrung der Anonymität des Kapitalanlegers einhergeht. Dies ist allerdings nicht nur in Bezug auf ausländische Staaten so, sondern auch in Deutschland selbst. Das Abkommen enthält zudem auch Regelungen zu einer Präzisierung des Informationsaustauschs, auf die noch einzugehen sein wird.

Die Diskussion um die Anwendung der deutschen Abgeltungsteuer in der Schweiz ist bereits gut zwei Jahre alt. Nicht Deutschland hat dies allerdings von der Schweiz verlangt – etwa um mutmaßlichen deutschen Steuerflüchtlings nachzusetzen; es war die Schweiz, die dieses Abkommen anstrebte. Hintergrund sind die vorstehend skizzierten Sorgen, der eigene Finanzplatz könne dadurch Schaden nehmen, dass zum 1.1.2009 die offenbar von vielen Anlegern als attraktiv empfundene deutsche Abgeltungsteuer eingeführt worden ist.

⁴ Strategie für einen steuerlich konformen und wettbewerbsfähigen Finanzplatz, Diskussionspapier des schweizerischen Bundesrates vom 22.2.2012; *Tippelhofer*, Überblick über das Steuerabkommen Schweiz-Deutschland, IStR 2011, 945; *Degen*, Das Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz, BB 2012, 28.

⁵ Vgl. nur BT-Drucks. 17/7300 vom 11.10.2011.

Als Drittstaat unterliegt die Schweiz zwar nicht der EU-Zinsrichtlinie, jedoch gibt es eine parallele zwischenstaatliche Vereinbarung zwischen der EU und der Eidgenossenschaft, die im Wesentlichen die gleiche Situation herstellt, wie sie nach der EU-Zinsrichtlinie bestünde,⁶ insbesondere auch durch Geltung des Spitzen-Quellensteuersatzes von 35 %.

Dies und die vorstehend skizzierte Unsicherheit über das Auslaufen des Übergangszeitraums der EU-Zinsrichtlinie, während der anstelle des automatischen Auskunftsaustausches Quellensteuern erhoben werden dürfen, ließ in der Schweiz die Besorgnis wachsen, dass es erneut zum Druck auf das schweizerische Bankgeheimnis kommen könnte.⁷

Oft wird der automatische Informationsaustausch nach der EU-Zinsrichtlinie in der öffentlichen Diskussion als probates Mittel angesehen, die Bildung von „Schwarzgeld“ im Ausland zu verhindern. Darauf ist die EU-Zinsrichtlinie allerdings gar nicht gerichtet; da sie bereits nur auf einen kleinen Teilbereich privater Kapitalerträge gerichtet ist.

Eine Erhebung der deutschen Abgeltungsteuer im Ausland führt vor diesem Hintergrund zu einer gesicherten umfassenden Besteuerung ausländischer Kapitalerträge, auch wenn ein automatischer Informationsaustausch nach der EU-Zinsrichtlinie nicht sämtliche für eine Veranlagung benötigten Daten gesichert bzw. geliefert hätte. Es bedarf keiner aufwendigen Nachforschungen mehr, wenn der deutsche Steueranspruch automatisch bereits befriedigt worden ist.

Das, was für die Schweiz skizziert wurde, lässt sich schließlich nahezu vollständig auch auf die Verhältnisse etwa in Luxemburg übertragen. Auch Luxemburg hat ein starkes Interesse daran, die scheinbare Automatik der

⁶ Abkommen v. 26.10.2004 zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der EG, SR 0.641.926.81.

⁷ Die Aufgabe des Bankgeheimnisses ist aus schweizerischer Sicht nicht verhandelbar. Im Ausland wird dies gerne mit dem Wunsch der Schweiz gleichgesetzt, Steuerflucht begünstigen zu wollen oder gar Straftaten zu decken. Das Bankgeheimnis ist indes in der Schweiz auch als kulturelle Einrichtung zu begreifen, die keineswegs nur für die Ausländer gedacht ist, sondern die widerspiegelt, dass es in der Eidgenossenschaft noch ein intaktes Verhältnis zum Schutz der Privatsphäre vor öffentlicher und öffentlich-rechtlicher Einblicknahme gibt und die Privatsphäre als wichtiges Bürgerrecht nach wie vor anerkannt ist. Zwar hat die Schweiz im Laufe der letzten Jahre Öffnungen vorgenommen, um international abgestimmten Maßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismus nachkommen zu können. Diese Eingriffe sind jedoch nur punktuell.

Zinsrichtlinie hin zu einem Kontrollsystem zu unterbrechen, und möchte stattdessen den Steueransprüchen der Heimatstaaten der Kapitalanleger durch entsprechende Steuererhebungen nachkommen. Gleiches gilt für Liechtenstein und Österreich.

Umgekehrt erkennen auch andere Heimatstaaten grenzüberschreitender Kapitalanleger als Deutschland die Vorteile einer Steuererhebung durch ausländische Institutionen. So hat die Schweiz am 6.10.2011 auch mit Großbritannien ein Steuerabkommen mit vergleichbarem Inhalt wie mit Deutschland abgeschlossen. Dem Vernehmen nach sollen auch Frankreich und Italien Interesse bekundet haben, derartige Vereinbarungen mit der Schweiz treffen zu wollen.

3. Problemfeld EU-Zinsrichtlinie

Die EU-Zinsrichtlinie will gewährleisten, dass der Wohnsitzstaat eines EU-Bürgers, der Zinsen in einem anderen Mitgliedstaat oder einem beigetretenen Drittland erhält, besteuern kann. Dies geschieht regelmäßig durch die Versendung von Kontrollmitteilungen über die Zinszahlungen seitens der Zahlstelle (regelmäßig die Stelle, die ein Konto oder Depot führt). Die Richtlinie gilt nicht für rein nationale Besteuerungszwecke, also für die Erzielung von Zinsen im eigenen Heimatland. Statt der Erteilung von Kontrollmitteilungen dürfen in der EU Luxemburg und Österreich eine Quellensteuer erheben.

Da ein bilaterales Abkommen zur Erhebung deutscher Abgeltungsteuer im Ausland nun ebenfalls die Bereiche Quellensteuer und ggf. Informationsaustausch von Kapitalerträgen einschließlich Zinseinkünften regelt, bedarf es hierfür einer Konkordanz zwischen dem Regelungsbereich der EU-Zinsrichtlinie und demjenigen des bilateralen Steuerabkommens. Zweifel wurden hier von der Europäischen Kommission geltend gemacht, die befürchtet, dass derartige Abkommen das europäische Recht aushöhlen. Allerdings wird darzulegen sein, dass ein Nebeneinander beider Rechtskreise sehr wohl möglich ist und Art. 14 der Richtlinie eine Basis für derartige Konkordanz bereits bietet.

a. Einordnung von EU-Zinsrichtlinie und Zinsinformationsverordnung

Die EU-Zinsrichtlinie wird in Deutschland durch die Zinsinformationsverordnung (ZIV) umgesetzt.⁸ Die ZIV ist eine Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 GG; nationale Rechtsgrundlage ist § 45e EStG.

EU-Richtlinien richten sich an den Mitgliedstaat und verpflichten diesen, innerhalb der dort gesetzten Fristen nationale Vorschriften zu erlassen, die das Richtlinienrecht transformieren. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV⁹ sind Richtlinien für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Es ist daher zulässig, zur nationalen Umsetzung die Form einer Rechtsverordnung nach deutschem Recht zu wählen, zumal diese in Gestalt von § 45e EStG eine legislative Rechtsgrundlage hat.

Auch wenn EU-Richtlinien an den Mitgliedstaat gerichtet sind, so entfalten sie dennoch zu Gunsten des Bürgers – nicht zu Gunsten der Verwaltung – in gewisser Weise unmittelbare Rechtswirkung, nämlich dann, wenn die Richtlinie detaillierte Bestimmungen enthält und kein Umsetzungsermessen des Mitgliedstaates vorsieht.¹⁰ Für die Auslegung der deutschen ZIV bedeutet dies, dass dann, wenn keine Wahlrechte oder Ermessensbereiche bestehen – was im Falle der EU-Zinsrichtlinie durchgehend der Fall ist –, sich die Auslegung der deutschen Bestimmungen an den Zielsetzungen der EU-Richtlinie zu orientieren hat. Im Bereich des voll harmonisierten Rechts, zu dem die ZIV gehört, gilt daher primär das EU-Recht, und Rückgriffe auf nationale Rechtsvorschriften oder Rechtsvorstellungen sind prinzipiell unzulässig. Die ZIV muss daher im Sinne der Richtlinie ausgelegt werden; sie ist abgeleitetes, aber autonomes EU-Recht, das aus dem Diktum der EU-Richtlinie lebt.

Auch wenn die ZIV einen Bereich betrifft, der in Deutschland vielfach durch die Vorschriften der §§ 43 ff. EStG geprägt ist, so ist dies nicht so zu ver-

⁸ ZIV v. 26.1.2004, BGBl. I 2004, 128 = BStBl. I 2004, 297, geändert durch die Erste VO zur Änderung der ZIV v. 22.6.2005, BGBl. I 2005, 1692 = BStBl. I 2005, 803. Die ZIV trat in Kraft am 1.7.2005 (vgl. Bekanntmachung v. 22.6.2005, BGBl. I 2005, 1695 = BStBl. I 2005, 806).

⁹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 17.12.2007 (Lissabon-Vertrag), ABl. EU C 290 v. 30.11.2009, 1.

¹⁰ St. Rspr. des EuGH seit dem Urteil vom 19.1.1982 – C-8/81 (Becker); selbiges Ermessen muss pflichtgemäß im Sinne der Prinzipien des jeweiligen Steuerbereichs ausgelegt werden: EuGH v. 17.2.2005 – C-453/02 (Linneweber), Tz. 37.

stehen, dass die ZIV Komplementärrecht beinhaltet. Vielmehr ist hier ein Rechtsbereich entstanden, der im Sinne der europarechtlichen Norm „keilförmig“ in das nationale Recht einwirkt, ohne dass es zwangsläufige Kongruenzen mit dem nationalen Recht geben muss.

Prinzipiell betrifft der Bereich der EU-Zinsrichtlinie bzw. der ZIV dabei die Besteuerung von Zinseinnahmen, deren Erfassung in Deutschland durch die Kapitalertragsteuer geregelt ist. Die Kapitalertragsteuer betrifft Steuerinländer, die ZIV Steuerausländer. Die Kapitalertragsteuer ordnet eine Quellensteuer an, wohingegen die ZIV Kontrollmitteilungen an die Wohnsitzstaaten der Zinsempfänger beinhaltet. Rechtsquellen sind neben der genannten Richtlinie und der nationalen Verordnung insbesondere die Begründungserwägungen der EU-Zinsrichtlinie.¹¹ Daneben gibt es eine Begründung zur ZIV, die das BMF erstellt hat. Diese nationale Begründung übernimmt im Wesentlichen die Begründung der Europäischen Kommission, ist jedoch nicht offiziell veröffentlicht worden.¹² Das BMF war bemüht, die komplexe und schwierige Materie in BMF-Schreiben zu erläutern.¹³ Diese Bemühungen sind grundsätzlich hilfreich, da es für die Kreditwirtschaft, die in erster Linie von der ZIV betroffen ist, unabdingbar war, die Vorgaben EDV-technisch umzusetzen.

Wenn es in der Begründung zur ZIV allerdings heißt, dass die EU-Zinsrichtlinie ein in sich geschlossenes und aus sich heraus „verständliches“ Regelwerk enthält, so ist dies eher Wunsch als Wirklichkeit.

Schwierigkeiten ergeben sich vor allem daraus, dass EU-Zinsrichtlinie und ZIV zum Teil gänzlich andere Begriffsinhalte als diejenigen nach §§ 43 ff. EStG verwenden. Dadurch kann es bei den Kontrollmitteilungen zu Überschneidungen, aber auch zu Lücken gegenüber dem deutschen materiellen Recht der Kapitalertragsbesteuerung kommen. Hinzu kommt, dass die EU-Zinsrichtlinie auch in den verschiedenen Sprachfassungen an entscheidender Stelle unterschiedliche Begriffe und Definitionen verwendet. Der EuGH wird allerdings, wenn er Auslegungsfragen der EU-Zinsrichtlinie zu klären hat, seiner Entscheidung nicht nur die jeweilige nationale Sprachfassung der Richtlinie zu Grunde legen, sondern im Falle der Divergenz nach

¹¹ Richtlinienvorschlag der Kommission v. 18.7.2001, KOM (2001) 400 und KOM (2001) 0164.

¹² BMF – IV C 1/ZinsRL-Begründung.

¹³ BMF v. 6.1.2005 – IV C 1 – S 2000 – 363/04, BStBl. I 2005, 29 und v. 13.6.2005 – IV C 1 – S 2402a – 23/05, BStBl. I 2005, 716.

Sinn und Zweck der Richtlinie entscheiden.¹⁴ Dabei entspricht es der Rechtsprechung des EuGH, (im Zweifel) auch auf andere Sprachfassungen zurückzugreifen.¹⁵

Ursächlich ist, dass die EU-Zinsrichtlinie zwar in Ansätzen versucht, den Zinsbegriff zu harmonisieren, hier jedoch nur einen „Minimal-Ansatz“ verfolgt und im Übrigen auf den Zinsbegriffen der einzelnen Mitgliedstaaten aufsetzt. Diese Zinsbegriffe sind allerdings, wie sich in der Vergangenheit gezeigt hat, äußerst unterschiedlich. Wenn man so will, wäre in erster Linie der Einwand zu erheben, dass die EU es nicht geschafft hat, diesen Zinsbegriff zu vereinheitlichen, sondern vor allem bestrebt war, auf die teilharmonisierten Begriffe und die teils nationalen Begriffe ein Erfassungssystem in Form von Quellensteuern bzw. Kontrollmitteilungen aufzusetzen. Diese Gemengelage ist frühzeitig erkannt worden. Die Mitgliedstaaten waren allerdings nicht bereit, ihr Rechtssystem insoweit einer Vollharmonisierung zu öffnen. Dies muss mit Restunsicherheiten bezahlt werden.

Angelastet werden kann dies jedoch nicht der Europäischen Kommission, die bestrebt war, derartige Unterschiedlichkeiten zu vermeiden, dann aber unter dem Diktum des politisch Machbaren – EU-Richtlinien über Steuern müssen von allen Mitgliedstaaten einstimmig verabschiedet werden – handeln musste. Die aufgezeigten Defizite bedeuten keine grundsätzliche Kritik am Vorhaben; vielmehr ist es zu begrüßen, dass die europäischen Institutionen strebend bemüht sind, schrittweise eine Rechtsangleichung herzustellen. Zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsraums ist es unabdingbar, auch die direkten Steuern zu harmonisieren. Lücken müssen dabei vorerst in Kauf genommen werden. Europäisches Recht kann sich nur schrittweise entwickeln; jeder andere Ansatz wäre politisch zum Scheitern verurteilt.

¹⁴ EuGH v. 26.6.2003 – C-305/01 (MKG), Tz. 69; v. 29.4.2004 – C-152/02 (Terra Baubedarf); v. 17.12.1998 – C-236/97 (Codan), Tz. 23 f.

¹⁵ EuGH v. 26.5.2005 – C-498/03 (Kingscrest).

b. Auslegung und Rechtsschutz

Bei der Anwendung der ZIV sind zu berücksichtigen:

- die EU-Zinsrichtlinie mit Begründung,
- zur ZIV ergangene BMF-Schreiben
- und die vielfachen Judikate des EuGH, die mittlerweile im Bereich der direkten Steuern, aber auch darüber hinaus, bestehen.

Vorrang hat dabei die richtlinienkonforme Auslegung. Die nationalen Finanzgerichte haben nur eine eingeschränkte Kompetenz. Sie sind gezwungen, Zweifelsfragen hinsichtlich der Vorgaben der EU-Zinsrichtlinie dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, denn nur dieser ist berufen, das vorrangige europäische Recht auszulegen.

Da ein Bereich voll harmonisierten Rechts entstanden ist, dürfte zu erwarten sein, dass sich auch ausländische Gerichte mit den einzelnen Begrifflichkeiten und Problemen auseinandersetzen werden.

Zu einer solchen Normsituation hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 27.7.2004¹⁶ entschieden, dass Judikate ausländischer Gerichte bei der Entscheidungsfindung eines deutschen Gerichts berücksichtigt werden müssen. Sie zwingen zur Auseinandersetzung mit der dortigen Rechtsauffassung und sind damit im Ergebnis ebenso zu beachten wie die Entscheidungen nationaler Spruchkörper.

Es kommt hinzu, dass die Bestimmungen der EU-Zinsrichtlinie durch internationale Verträge fast deckungsgleich auch im Verhältnis zu Drittstaaten wirken. Diese Wirkung wurde durch eine Vielzahl von internationalen Abkommen zwischen der EU und den betreffenden Drittstaaten erzeugt, wobei diese Abkommen regelmäßig den Wortlaut der Richtlinie inkorporieren. Auch die dortigen Rechtsordnungen haben Entscheidungskörper, die sich in der Zukunft mit Einzelheiten der besagten internationalen Verträge und ihrer Umsetzung in das jeweilige nationale Recht beschäftigen werden. Die Schwierigkeit wird darin bestehen, dass diese Drittstaaten nicht verpflichtet sind, ihre Rechtsauslegung an den Vorgaben des EuGH auszurichten. Auch für die EWR-Staaten ist es keineswegs selbstverständlich, dass insoweit die Zuständigkeit des EFTA-Gerichtes in Luxemburg begründet ist. Die genannten Verträge wurden nämlich nicht mit dem EWR geschlossen, sondern je-

¹⁶ BVerfG v. 27.07.2004 – 1 BvR 1270/04, NVwZ 2004, 1346.

weils individuell mit den jeweiligen Drittstaaten. Es ist daher zu erwarten, dass es eine Vielzahl von unterschiedlichen Sichtweisen geben wird.

Auslegung und Rechtsschutz sind hier daher für den Steuerpflichtigen wesentlich komplexer als eine Anwendung des nationalen Rechts (Abgeltungssteuer).

c. Kontrollmitteilungen als die bessere Alternative?

Zur Erhebung einer Abgeltungssteuer besteht die Alternative eines umfassenden Systems von Kontrollmitteilungen. Sie mögen auf den ersten Blick als milderes Mittel erscheinen.

Doch auch Kontrollmitteilungen sind immer mit einem Eingriff in die Rechtssphäre sowohl des Bürgers als auch in die des Kreditinstituts verbunden. Tangiert ist das durch das Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung¹⁷ sowie die allgemeine Handlungsfreiheit. Dass Eingriffe in die persönliche Rechtssphäre eines hinreichenden Anlasses bedürfen, ist nicht nur eine Forderung des deutschen Rechts, sondern gilt in gleicher Weise auch für das europäische Recht.¹⁸

Kontrollmitteilungen greifen als Realakte in die Rechtssphäre des Bürgers ein, ohne dass sie den legitimierenden Voraussetzungen des „hinreichenden Anlasses“ gehorchen müssen oder auch nur können. Dies macht sie rechtlich zumindest dann fragwürdig, wenn sie nicht geeignet sind, das angestrebte Vollzugsziel zu verwirklichen.¹⁹ Zwar ist die Wahrung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung ebenfalls ein Verfassungsgebot,²⁰ es kann aber keine Aufklärung „um jeden Preis“ geben, vielmehr bedarf es der praktischen Konkordanz beider Gebote: also eines Eingriffsrechts erst ab Erreichen einer gewissen Schwelle.

¹⁷ BVerfG v. 6.4.1989 – 1 BvR 33/87, HFR 1989, 440; BFH v. 18.2.1997 – VIII R 33/95, DB 97, 1257; BFH v. 2.8.2001 – VII B 290/99, DStR 01, 1605.

¹⁸ Vgl. etwa EuGH v. 13.4.2000 – C-420/98, W.N., Rz. 22.; vgl. auch v. 11.6.2009 – C-155/08, X, Rz. 67.

¹⁹ Im Einzelnen dazu *Dahm/Hamacher*, Auskunftsbegleichen der Finanzbehörden, 2006, insbesondere S. 191 ff.; *Hamacher*, Der hinreichende Anlass als Verfahrensprinzip, Festschrift für Klaus Korn, 2005, S. 601 ff.

²⁰ BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BStBl. II 91, 654.

Kontrollmitteilungen nach der EU-Zinsrichtlinie sind allenfalls als Präventivmaßnahmen geeignet, als Ermittlungsform aber ineffizient. Dies geht aus der Bundestagsdrucksache vom 6.8.2010²¹ eindeutig hervor. Zur Beurteilung des Kontrollmitteilungssystems nach der EU-Zinsrichtlinie sei dabei nur auf folgende Zahlen verwiesen:

- Zwischen 2005 und 2008 erhielt Deutschland rund 7,8 Millionen Kontrollmitteilungen aus dem Ausland.
- Lediglich 687 Kontrollmitteilungen führten zu einem steuerlichen Mehrergebnis. Dies ist eine „Erfolgsquote“ von 0,009 %!
- Ca. 5,8 Millionen dieser Kontrollmitteilungen – Mitteilungen über Kapitalerträge von Anlegern, die statt des anonymen Quellensteuerabzugs deren Meldung an den deutschen Fiskus wählten – kamen in diesem Zeitraum aus Luxemburg, obwohl sich nach der Auffassung vieler gerade dort das Zentrum der Steuerhinterziehung befinden soll.

d. Zwischenfazit

Die EU-Zinsrichtlinie und die auf ihr aufbauenden nationalen Regelungen sind nicht in der Lage, die eingangs dargestellte Zielsetzung der Sicherstellung und Vereinfachung einer grenzüberschreitenden Kapitalertragsbesteuerung zu erfüllen. Insbesondere erübrigt die EU-Zinsrichtlinie selbst in den Fällen des Quellensteuerabzugs nicht die Veranlagung in Deutschland, da die Abzugstatbestände der Richtlinie mit der Besteuerung von Kapitalerträgen nach deutschem Recht nicht deckungsgleich sind.

Schon die in der Richtlinie verwendeten Definitionen sind in den verschiedenen Sprachfassungen unterschiedlich. Dies betrifft so zentrale Begriffe wie denjenigen des „wirtschaftlichen Eigentümers“. Man hat es im Interesse einer Verschlankung der Debatte versäumt, das materielle Recht der Kapitaleinkünfte zu harmonisieren. Stattdessen setzt die EU-Zinsrichtlinie auf den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen auf, ohne stets eine eigene Begriffsbildung zu schaffen. So sind z.B. der Zinsbegriff sowie derjenige der einkommensteuerlichen Zurechnung nur scheinharmonisiert; in Wirklichkeit verwenden die Mitgliedstaaten in der Praxis ihre eigenen Begrifflichkeiten.

Auch das Kontrollmitteilungsverfahren hat allenfalls Präventionswirkung, führt aber nicht zu einer effektiven Sicherstellung der Besteuerung. Eine

²¹ BT-Drucks. 17/2743, 11, 18.

Ausweitung des in der Europäischen Union derzeit nur gegenüber Luxemburg und Österreich zur Anwendung kommenden Quellenabzugsverfahrens der EU-Zinsrichtlinie mag zwar partiell zur Sicherstellung der Besteuerung beitragen, macht aber jegliche Vereinfachungsanliegen zunichte, da es zum einen mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet ist, zum anderen zwingend eine Veranlagung ausländischer Kapitalerträge in Deutschland nach sich zieht.

Die Probleme lassen sich – mit positiven Effekten sowohl für den deutschen Fiskus und die Steuerpflichtigen als auch für die ausländischen Finanzplätze – lösen, wenn im Ausland eine abschließende Besteuerung durch Anwendung der deutschen Regeln der Abgeltungsteuer durchgeführt wird. Freilich setzt dies eine Systematisierung und grundlegende Vereinfachung des Regimes der deutschen Abgeltungsteuer voraus.

II. Zielsetzung der Abgeltungsteuer

Bevor den vorstehend skizzierten Fragestellungen eines „Exportes“ der deutschen Abgeltungsteuer nachgegangen wird, werden zunächst die Umstände skizziert, die der Reform der Kapitaleinkünftebesteuerung vorangegangen sind und die zur Einführung der Abgeltungsteuer geführt haben. Daraus ergeben sich bereits wesentliche mit der Einführung der Abgeltungsteuer verfolgte Ziele.

1. Sicherstellung der Besteuerung von Kapitalerträgen

Die Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen gehört zum Grundbestand der Einkommensbesteuerung in Deutschland seit dem Reichseinkommensteuergesetz von 1920. Klassischerweise werden die laufenden Erträge in § 20 Abs. 1 EStG erfasst. Veräußerungsvorgänge wurden bereits vor Einführung der Abgeltungsteuer partiell in Abs. 2 der Vorschrift²² erfasst, um die Ausnutzung der traditionellen Steuerfreiheit privater Stammvermögensmehrungen durch Finanzinnovationen einzuschränken.

Das Aufkommen derivativer Instrumente auch für den Privatanleger in den 1980er-Jahren erweiterte das Spektrum der Investitionsmöglichkeiten und rückte ins Bewusstsein, dass Erträge aus Finanzvermögen nicht nur im Rahmen von § 20 EStG anfallen, sondern teilweise auch über die so genannten

²² Auch die schon vor 1993 in Abs. 2 enthaltenen Sondertatbestände zum isolierten Kuponverkauf und zu den Stückzinsen waren Veräußerungsvorgänge.

sonstigen Leistungen nach § 22 Nr. 3 EStG und Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S.d. § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 EStG („Spekulationsgeschäfte“) steuerlich erfasst werden.

Gerade die Kapitaleinkünfte bilden eine Einkunftsart, die aufgrund der hohen Kapitalmobilität einen „flüchtigen Charakter“ hat. Dies und die Tatsache, dass Kapitalanlagen zunehmend komplexere Strukturen aufweisen und diese oftmals nur schwer zu verstehen sind, ließen immer wieder Zweifel darüber aufkommen, ob eine ausreichende steuerliche Erfassung der Einnahmen aus Kapitalvermögen erfolgt.

Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG mit Urteil vom 27.6.1991²³ die Praxis der Besteuerung von Kapitalerträgen beanstandet. Da ein Teil der Kapitaleinkünfte keinen institutionalisierten Erfassungsmaßnahmen unterlag, konstatierte das BVerfG insoweit ein verfassungswidriges Erhebungsdefizit („strukturelles Vollzugsdefizit“).²⁴ Dem Gesetzgeber wurde aufgegeben, bis zum 1.1.1993 Abhilfe zu schaffen. Dabei forderte das Urteil einerseits hinreichende Maßnahmen zur Sicherstellung der Besteuerung (Verifikationsprinzip), räumte dem Gesetzgeber andererseits aber auch einen breiten Ermessensspielraum für die zu treffenden Maßnahmen ein, inklusive der Möglichkeit einer abgeltenden Besteuerung.

2. Vom Zinsurteil des BVerfG zur Abgeltungsteuer

Aufgrund des Urteils des BVerfG vom 27.6.1991²⁵ wurde eine verfassungskonforme Neuregelung der Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen erforderlich, die mit dem Gesetz zur Neuordnung der Zinsbesteuerung vom 9.11.1992 umgesetzt wurde.

Der Gesetzgeber kam den Vorgaben des BVerfG durch Einführung des Zinsabschlags zum 1.1.1993 nach. Erstmals wurde dabei in Deutschland, ausländischen Rechtsvorbildern folgend, die auszahlende Stelle zum Einbehalt der Steuer verpflichtet.²⁶

²³ 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654.

²⁴ Was allerdings auch für andere Einkunftsarten gilt: siehe nur die Vermietungseinkünfte nach § 21 EStG.

²⁵ 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654.

²⁶ Abgesehen von dem Bereich der Dividenden, wo der Schuldner zum Kapitalertragsteuereinbehalt verpflichtet ist.

Mit diesem Gesetz wurde im Wesentlichen das folgende Konzept verfolgt:

- Einführung einer anrechenbaren Kapitalertragsteuer in Form des Zinsabschlags
- bei wesentlich erhöhten Sparer-Freibeträgen und
- Aufrechterhaltung des § 30a AO, der zusammen mit anderen Vorschriften der Abgabenordnung insbesondere auch die Einbindung Dritter in das Besteuerungsverhältnis der Steuerpflichtigen regelt und damit das geltende steuerliche Bankgeheimnis dokumentiert.

In mehreren gerichtlichen Entscheidungen²⁷ wurde die Verfassungskonformität dieser Form der Besteuerung von Kapitalerträgen bestätigt. Gleichwohl sind die Mängel dieses Besteuerungssystems zunehmend deutlicher geworden. Sie beruhen zu einem großen Teil auf einer rechtlichen Ausgestaltung, die im Ergebnis zu einer weitaus schärferen Quellenbesteuerung führte, als dies dem internationalen Standard entsprach.²⁸

Folgende Regelungen haben jedenfalls in der Einführungsphase deutliche Anreize zur Vermeidung des deutschen Zinsabschlags gegeben:

- Der im internationalen Vergleich für eine als Zahlstellensteuer ausgestaltete Kapitalertragsteuer außerordentlich hohe deutsche Abzugssteuersatz von 30 % (bzw. 35 % bei so genannten Tafelgeschäften). Unter Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags zur Kapitalertragsteuer, der in der Spitze (1995 – 1997) 7,5 % betrug, ergaben sich damit Abzugssteuersätze von 32,25 % bzw. 37,625 %. Dies hat Kapitalanlagen im Ausland begünstigt.
- Die von der Deutschen Bundesbank vorgeschlagene Nichterfassung der aus dem Ausland gezahlten Zinsen durch den Zinsabschlag. Diese grundsätzlich im Interesse des deutschen Kapitalmarkts liegende Regelung hat allerdings gleichzeitig Tendenzen zur Depotverlagerung in das Ausland bewirkt.

²⁷ Vgl. z.B. BFH v. 18.2.1997 – VIII R 33/95, BFHE 183, 45, WM 1997, 1233; BFH v. 24.6.1997 – VIII R 25/97, n.v.; BVerfG v. 10.10.1997 – 2 BvR 1440/97, StE 1997, 799; BFH v. 15.12.1998 – VIII R 6/98, BFHE 187, 302; BFH v. 19.2.1999 – VIII B 3/98, n.v.; BFH v. 22.2.1999 – VIII B 29/98, n.v.

²⁸ Siehe nur die Erfassung von sog. Finanzinnovationen aufgrund des 1993 geschaffenen § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG.

- Die Belastung auch der betrieblichen Zinserträge durch den Zinsabschlag. Die hiermit verbundenen Zins- und Liquiditätsnachteile begünstigten die Durchführung von Finanzgeschäften und Kapitalanlagen deutscher Unternehmen im Ausland.

Entscheidend für die weithin fehlende Akzeptanz der deutschen Kapitalertragsbesteuerung war aber vor allem, dass der Zinsabschlag als eine auf die Einkommensteuer anrechenbare Kapitalertragsteuer ausgestaltet war, mithin die Kapitalerträge letztlich immer in Höhe der individuellen Einkommensteuer belastet wurden. Für ausländische Kapitalerträge kamen verschärfende Wirkungen hinzu, die sich aufgrund der deutschen Vorschriften zur Anrechnung ausländischer Steuern ergaben, die vielfach zu einem Überhang an steuerlich nicht berücksichtigungsfähigen ausländischen Quellensteuern führten. Die hohe tarifliche Belastung und insbesondere die durchgängig hohe steuerliche Grenzbelastung waren wesentliche Gründe für Ausweichreaktionen von Bürgern und für eine schlechte Steuermoral, speziell im Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Zinsabschlag waren auch verschiedene andere Modelle der Besteuerung und steuerlichen Erfassung von Kapitalerträgen diskutiert worden.²⁹

Eine Steuerfreiheit privater Kapitalerträge war dabei aus steuersystematischen, steuerpolitischen und insbesondere fiskalischen Gründen abgelehnt worden.

Vor allem unter fiskalischen Gesichtspunkten hat der deutsche Gesetzgeber seinerzeit eine Kapitalertragsteuerlösung der Einführung von Kontrollmitteilungen vorgezogen. Nachdem allerdings einerseits die Nachteile einer auf die Einkommensteuer anrechenbaren Kapitalertragsteuer immer deutlicher wurden, andererseits Staaten, die eine Abgeltungsteuer eingeführt hatten, durchweg über positive Wirkungen auf den Kapitalmarkt und für den Fiskus berichteten, sprach alles dafür, auch in Deutschland auf dieses Modell zuzugehen.

Zudem waren über Jahrzehnte hinweg die offenkundig bestehenden Erhebungsdefizite auf diesem Gebiet gesellschaftlich und politisch praktisch geduldet worden. Vor diesem Hintergrund hatte die Art und Weise der 1994 einsetzenden Ermittlungen von Steuer- und Strafverfolgungsbehörden, von

²⁹ Siehe vor allem den Bericht der sog. Zinskommission vom 11.11.1991, abgedruckt bei *Dahm/Hamacher/Krause/Skorpel*, *Der Zinsabschlag*, 1995, S. 32 ff.

denen steuerhehrliche wie steuerunehrliche Sparer und Anleger gleichermaßen betroffen waren, eine erhebliche Verunsicherung ausgelöst.

Als Reaktion auf die Ermittlungen bei Kreditinstituten in der Mitte der 1990er-Jahre wurde schließlich die Diskussion über die Abgeltungsteuer für Kapitaleinkünfte wieder aufgenommen, was zu ihrer Einführung zum 1.1.2009 führte.

Mit der Einführung der Abgeltungsteuer war auch eine Vereinfachung angestrebt worden.³⁰ Allerdings darf diese nicht so verstanden werden, als habe man beabsichtigt, die steuerlichen Normen zu verschlanken. Hier ist durch die Einbeziehung der allgemeinen Veräußerungsbesteuerung von Finanzinstrumenten auch in den Steuerabzug eher das Gegenteil eingetreten. Der Vereinfachungseffekt stellt sich allerdings wohl für die breite Masse der kleineren Kapitalanleger ein, denen eine Angabe der Kapitaleinkünfte in der Steuererklärung erspart bleibt. Diese Zusammenhänge werden in der politischen Diskussion heute oft übersehen.³¹

Es ging bei Einführung der Abgeltungsteuer auch nicht um die Wahrung eines Bankgeheimnisses. Dieses existiert in Deutschland seit dem Jahr 1917 nicht mehr und darf nicht mit § 30a AO verwechselt werden. Diese Vorschrift ist weitgehend deklaratorisch und beruht auf der Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungskonformen Voraussetzungen der Einleitung von Ermittlungsmaßnahmen.³² Während ein echtes Bankgeheimnis Banken generell zur Auskunftsverweigerung berechtigt bzw. verpflichtet, sind deutsche Banken sehr wohl verpflichtet, Auskunftsersuchen der Finanzämter zu beantworten. Lediglich das systematische Ausschreiben von Kontrollmitteilungen im Rahmen der Außenprüfung von Kreditunternehmen ist eingeschränkt.

III. Vereinfachung der Abgeltungsteuer als Voraussetzung für eine grenzüberschreitende Erhebung

Ziel der Abgeltungsteuer ist es, alle im Privatvermögen zufließenden Kapitaleinkünfte einheitlich mit einem Steuersatz von 25 % zu belegen. Zudem soll die Besteuerung grundsätzlich im Wege des Steuerabzuges erfolgen und

³⁰ Regierungsentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 27.3.2007, BT-Drucks. 16/4841, 3376.

³¹ Siehe nur BT-Drucks. 17/4878.

³² Weitere Nachweise zu § 30a AO bei *Hamacher*, Der Hinreichende Anlass als Verfahrensprinzip, in Festschrift für Korn, 2005, S. 601 ff.

mit diesem abgeschlossen sein.³³ § 43 Abs. 5 Satz 1 EStG formuliert in diesem Sinn, dass für Kapitalerträge i.S.d. § 20 EStG die Einkommensteuer mit dem Steuerabzug abgegolten sein soll, soweit diese der Kapitalertragsteuer unterlegen haben.

In der Presse war verschiedentlich zu lesen, dass das mit der Einführung der Abgeltungsteuer verfolgte Ziel, die Besteuerung mit dem Steuerabzug im Regelfall abzuschließen, nur partiell erreicht wird, weil in einer Vielzahl von Fällen Veranlagungsverfahren durchzuführen sind. Dies und die Tatsache, dass die Einnahmen aus der Abgeltungsteuer nicht in der erwarteten Höhe eingetreten sind und in dem besonderen Steuersatz eine Privilegierung der „Reichen“ gesehen wird, haben dazu geführt, dass verschiedentlich sogar die Forderung erhoben worden ist, die Abgeltungsteuer wieder abzuschaffen.³⁴ Ist die deutsche Abgeltungsteuer also mehr Auslaufmodell als Exportmodell?

Während das Ausbleiben der erwarteten Einnahmen vornehmlich auf das anhaltend niedrige Zinsniveau und die gesamtwirtschaftliche Situation in den letzten Jahren zurückzuführen sein dürfte und damit auf Umstände, die sich einer Einflussnahme der Steuerpflichtigen entziehen, gibt es eine Reihe von Sachverhalten, bei denen die Veranlagungs-Problematik „hausgemacht“ ist und durch Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen beseitigt werden kann.

Dass die Abgeltungsteuer technisch tatsächlich überwiegend abgeltend wirken kann, ohne dass veranlagt werden muss, stellt dabei einerseits aufgrund des enormen Implementierungsaufwands im Ausland eine wichtige Voraussetzung für einen erfolgreichen grenzüberschreitenden „Export“ dar. Andererseits kann auch nur so eine umfassende effektive Besteuerung von Kapitalerträgen auch im Ausland sichergestellt werden.

Eine weitere Vereinfachung der Abgeltungsteuer, die dazu führt, dass weniger Fälle individuell veranlagt werden müssten, dient damit nicht nur einer Erhöhung der Effizienz bzw. Senkung von Bürokratiekosten im Abgel-

³³ Regierungsentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 27.3.2007, BT-Drucks. 16/4841, 3376.

³⁴ So etwa der Grünen-Abgeordnete *Dr. Gerhard Schick* in einer am 25.3.2011 vor dem Deutschen Bundestag gehaltenen Rede, das Juso-Mitglied *Ralf Höschele* in dem SPD-Blog am 29.11.2011 oder der DStG-Vorsitzende *Thomas Eigenthaler* in einer Pressemitteilung der DStG v. 3.2.2012.

tungsteuersystem, sondern stellt auch eine wichtige Voraussetzung für deren grenzüberschreitende Erhebung und Abführung dar.

1. Übereinstimmung von materiellem Steuerrecht und Kapitalertragsteuerrecht als Grundvoraussetzung der Abgeltungswirkung

Das Ziel „Abschluss des Besteuerungsverfahrens mit dem Steuerabzug“ kann nur dann erreicht werden, wenn und soweit die Vorschriften des materiellen Steuerrechts und des Kapitalertragsteuerabzugs übereinstimmen. Jede Abweichung – unabhängig davon, ob auf einem Unterschied zum materiellen Steuerrecht oder einer Regelung zum Verfahren des Kapitalertragsteuerabzugs beruhend – führt zwangsläufig dazu, dass Veranlagungen durchgeführt werden (müssen), um die Besteuerung entsprechend der materiellen Steuerrechtslage sicherzustellen. *Jachmann*³⁵ formuliert insoweit zutreffend: „Dieser Gleichlauf von Steuerabzugsverfahren und Veranlagungsverfahren ... ermöglicht erst die Abgeltungswirkung des Kapitalertragsteuerabzugs.“

§ 32d Abs. 4 EStG räumt dem Gläubiger der Kapitalerträge insoweit das Recht ein, im Fall eines Kapitalertragsteuerabzugs eine Veranlagung durchführen zu lassen, um ihn begünstigende Umstände, wie etwa einen nicht ausgeschöpften Sparer-Pauschbetrag oder Verluste aus Geschäften, die bei einem anderen Kreditinstitut entstanden sind, berücksichtigen zu lassen. Zudem soll nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Veranlagung zwingend durchzuführen sein, wenn die Besteuerung nach dem Steuerabzug insoweit unzutreffend war, als die Bemessungsgrundlage für den Steuerabzug kleiner ist als die tatsächlich erzielten, nach § 20 EStG materiell steuerpflichtigen Kapitalerträge.³⁶ Im umgekehrten Fall der „Überbesteuerung“ beim Kapitalertragsteuerabzug soll hingegen lediglich ein Veranlagungswahlrecht bestehen.³⁷

Durch die Notwendigkeit des Übereinstimmens von materiellem Steuerrecht und Kapitalertragsteuerabzugsverfahren unterscheidet sich das seit dem 1.1.2009 geltende Besteuerungssystem auch grundsätzlich von dem bis zum 31.12.2008 geltenden System, bei dem der Kapitalertragsteuerabzug

³⁵ *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 254.

³⁶ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 183.

³⁷ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 182.

„lediglich“ dazu diene, die Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs zu sichern, das aber im Übrigen auf die Durchführung der Veranlagung zum persönlichen Steuersatz ausgerichtet war und bei dem „Korrekturen“ im weitesten Sinn sowie die persönlichen Umstände des Gläubigers im Veranlagungsverfahren vorzunehmen bzw. zu berücksichtigen waren.

Bei der Einführung der Abgeltungsteuer ist der Gesetzgeber den Vorgaben des BVerfG im „Zinsurteil“ aus dem Jahr 1991 gefolgt. Das BVerfG hatte darin ausdrücklich zugelassen, das seinerzeit bestehende Erhebungsdefizit bei den Kapitaleinkünften durch Einführung einer Abgeltungsteuer zu beseitigen, bei der „alle Kapitaleinkünfte – unabhängig von ihrer Anlagenform und buchungstechnischen Erfassung – an der Quelle besteuert und mit einer Definitiv-Steuer belastet (werden), die in einem linearen Satz den absetzbaren Aufwand und den Progressionssatz in Durchschnittswerten typisiert.“³⁸

Allerdings enthalten die existierenden Vorschriften eine Reihe von Regelungen, die das gesetzgeberische Ziel teilweise konterkarieren und teilweise den verfassungsmäßigen Vorgaben nicht entsprechen. Insbesondere hat die Abgeltungsteuer auch eine neue Systematik der Besteuerung von „Kapitaleinkünften“ erzeugt, indem § 20 EStG auch Veränderungen im Vermögensstamm in die Besteuerung einbezieht und damit zumindest partiell zur Gewinneinkunftsart mutiert ist bzw. die grundlegende Fokussierung allein auf Quellenkapitaleinkünfte aufgegeben wurde. Bestimmte Einzelregelungen sind dabei – wie zu zeigen sein wird – noch nicht konsequent entwickelt bzw. gehen noch von anderen Prämissen aus.

Diese „Mängel“ müssen im Interesse einer gerechten, effektiven und – für die zum Steuerabzug in einem Massenverfahren Verpflichteten – praktikablen Besteuerung kurzfristig beseitigt werden. Das gilt insbesondere dann, wenn der Kapitalertragsteuerabzug auch durch ausländische Kreditinstitute erfolgen können soll, wie in dem Steuerabkommen zwischen der Schweiz und Deutschland bereits geplant.

2. Veranlagung nur als Ausnahme?

Um die Frage, ob im Regelfall eine abschließende Besteuerung durch den Kapitalertragsteuerabzug durch die Abgeltungsteuer erreicht werden kann, beantworten zu können, muss man sich Sachverhalte vor Augen führen, bei denen eine Veranlagung durchzuführen ist bzw. durchgeführt werden kann.

³⁸ BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654, 669.

Das Gesetz nennt insoweit zwei Fallarten: Pflichtveranlagung und Wahlveranlagung.

a. Pflichtveranlagung

Nach § 32d Abs. 3 EStG ist die Veranlagung in allen Fällen durchzuführen, in denen steuerpflichtige Kapitalerträge i.S.d. § 20 EStG nicht dem Kapitalertragsteuerabzug unterlegen haben. Anwendungsfälle sind Kapitalerträge, die im Ausland zufließen,³⁹ Erträge aus ausländischen thesaurierenden Investmentvermögen,⁴⁰ Gewinne aus der Veräußerung von Kapitallebensversicherungen, Zinsen aufgrund eines Privatdarlehens, Verzugs- und Prozesszinsen etc.

Darüber hinaus ist die Veranlagung durchzuführen, wenn steuerpflichtige Kapitalerträge i.S.d. § 20 EStG entstanden sind und diese zwar dem Kapitalertragsteuerabzug unterlegen haben, die hiernach erfolgte Besteuerung aber materiell unzutreffend ist (Beispiele: Kapitalerträge auf Gemeinschafts-, Gesellschaftskonten und -depots, Kapitalerträge auf Treuhandkonten und -depots).

Die Besteuerung erfolgt in beiden Fällen nach dem besonderen Abgeltungssteuersatz. Ein Werbungskostenabzug über den Sparer-Pauschbetrag hinaus ist ausgeschlossen.

Die Veranlagung ist ferner in Fällen durchzuführen, in denen die Anwendung des besonderen Steuersatzes nach § 32d Abs. 2 EStG ausgeschlossen ist und die Besteuerung nach der tariflichen Einkommensteuer zu erfolgen hat. Die einbehaltene Kapitalertragsteuer wird auf die tarifliche Einkommensteuer angerechnet. Hierbei handelt es sich um Sachverhalte, bei denen der Gesetzgeber die Gefahr der missbräuchlichen Inanspruchnahme des besonderen Abgeltungssteuersatzes sieht:⁴¹

- Erträge von Privatpersonen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 4 und 7, Abs. 2 Nr. 4 und 7 EStG, wenn
 - Gläubiger und Schuldner einander nahestehende Personen sind oder

³⁹ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 144.

⁴⁰ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 144.

⁴¹ Vgl. Referentenentwurf des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 5.2.2007, Begründung zu § 32d Abs. 2 EStG.

- der Gläubiger wesentlich (zu mind. 10 %) an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist, der das Kapital überlassen wird,
- sog. „back-to-back-Finanzierungen“ und
- Erträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 EStG (Kapitallebensversicherungen, die nach Vollendung des 60. Lebensjahrs und nach einer Mindestvertragslaufzeit von 12 Jahren ausgezahlt werden, „hälftiger Unterschiedsbetrag“).

Wurde Kapitalertragsteuer einbehalten und sind die Erträge einer anderen Einkunftsart zuzuordnen (Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Land- und Forstwirtschaft, selbständiger oder nichtselbständiger Arbeit oder Vermietung und Verpachtung), ist ebenfalls eine Veranlagung durchzuführen (§ 20 Abs. 7 EStG, Vorrang der Einkünfte i.S.d. §§ 13, 15, 18, 21 EStG).⁴²

Gehört der Steuerpflichtige einer staatlich anerkannten Glaubensgemeinschaft an, die Kirchensteuer erhebt, kann dies bereits beim Kapitalertragsteuerabzug berücksichtigt werden. Voraussetzung ist, dass der Steuerpflichtige gegenüber der zum Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Stelle einen entsprechenden Antrag stellt (§ 51a Abs. 2c Satz 1 EStG). Geschieht dies nicht, ist die Kirchensteuer im Rahmen der Veranlagung zu erheben (§ 51a Abs. 2d Satz 1 EStG).⁴³

b. Wahlveranlagung/Veranlagungsoption

Daneben besteht für Privatpersonen das Recht, auch bei erfolgtem Kapitalertragsteuerabzug in bestimmten Fällen eine Veranlagung durchführen zu lassen.

Dabei werden drei Fallgruppen unterschieden: Veranlagung zum Abgeltungssteuersatz, Veranlagung zum individuellen Steuersatz und Überprüfung des Steuereinhalts.⁴⁴ Im Einzelnen:

Gem. § 32d Abs. 4 EStG kann die Veranlagung zum besonderen Steuersatz (ohne Werbungskostenabzug, vgl. § 20 Abs. 9 EStG) dann erfolgen, wenn dies für den Steuerpflichtigen vorteilhaft ist. Beispiele:

⁴² BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 134.

⁴³ *Strahl*, KÖSDI 2010, 16853, 16861.

⁴⁴ Einzelheiten zur Durchführung der Veranlagung werden in Rz. 145 bis 147 des BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, geregelt.

- Nicht (vollständig) ausgeschöpfter Sparer-Pauschbetrag,⁴⁵
- Nachweis der tatsächlichen Anschaffungskosten bei Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage nach § 43 Abs. 2 Satz 7 EStG,⁴⁶
- Berücksichtigung eines beim Kapitalertragsteuerabzug nicht abgezogenen Verlusts,⁴⁷
- Berücksichtigung eines Verlustvortrags i.S.d. § 20 Abs. 6 EStG,
- Anrechnung ausländischer Quellensteuern,
- Korrektur von Fehlern beim Kapitalertragsteuerabzug.

Die Veranlagung zum individuellen Steuersatz kann beantragt werden, wenn dies, insbesondere im Hinblick auf die dann mögliche Geltendmachung von Werbungskosten, für den Steuerpflichtigen günstiger ist (§ 32d Abs. 4 EStG).

Nach dem BMF-Schreiben vom 22.12.2009 soll eine Veranlagung auch zu dem Zweck durchgeführt werden können, den Steuereinbehalt zu überprüfen.⁴⁸

c. Zwischenergebnis

Allein die Zahl der Sachverhalte, bei denen qua gesetzlicher Vorgabe ein Veranlagungsverfahren durchgeführt werden muss oder kann, belegt, dass das Ziel „Abschluss des Besteuerungsverfahrens mit dem Steuerabzug“ nicht als Regelfall formuliert werden kann.

Weiter ist festzustellen, dass dieses Ziel bei den Personen, die ihre Kapitaleinkünfte aus „Bankprodukten“ erzielen, nur dann erreicht werden kann, wenn die Besteuerung durch den Kapitalertragsteuerabzug derjenigen nach dem materiellen Steuerrecht entspricht. Denn nur in diesen Fällen haben weder Finanzverwaltung noch Steuerpflichtige einen Grund, eine Korrektur des Kapitalertragsteuerabzugs im Rahmen der Veranlagung herbeizuführen.

⁴⁵ *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 255.

⁴⁶ BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94, Rz. 147.

⁴⁷ *Delp*, DB 2010, 526, 531.

⁴⁸ BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94, Rz. 145.

3. Überblick: Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung

a. Grundlegende Systematisierung der Vereinfachungsmöglichkeiten

Um das Ziel einer abschließenden Besteuerung durch den Kapitalertragsteuerabzug zu erreichen, müssten die Vorschriften des materiellen Steuerrechts, namentlich § 20 EStG und § 2 ff. InvStG, und diejenigen zum Kapitalertragsteuerabzug (§ 43 ff. EStG und § 7 ff. InvStG) weitestgehend inhaltlich einander angeglichen werden.

Dass dies ein schwieriges Unterfangen ist, liegt auf der Hand. Denn neben dem Ziel einer einzelfallgerechten Besteuerung müsste auch berücksichtigt werden, dass die Steuer von den zum Steuerabzug verpflichteten Stellen in einem Massenverfahren in dem Zeitpunkt einzubehalten ist, in dem die Kapitalerträge dem Steuerpflichtigen zufließen. Das bringt die Notwendigkeit vereinfachender und pauschalierender Regelungen mit sich.

Um den Gleichklang zwischen materiellem Steuerrecht und Kapitalertragsteuerabzug sicherzustellen, waren und sind Anpassungen in beide Richtungen notwendig:

- Zum einen müssen die Regelungen des materiellen Steuerrechts dahingehend ausgestaltet werden, dass ein Kapitalertragsteuerabzug möglich ist.
- Zum anderen muss der Kapitalertragsteuerabzug so formuliert sein, dass die Vorschriften des materiellen Steuerrechts berücksichtigt werden können.
- Darüber hinaus müssen die Normen so ausgestaltet sein, dass dem Nettoprinzip als dem die Einkommensteuer tragenden Grundsatz entsprochen wird.⁴⁹

b. Bereits erfolgte Anpassungen im materiellen Steuerrecht

Im Bereich des materiellen Steuerrechts wurden bislang insbesondere folgende Anpassungen vorgenommen:

⁴⁹ BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, 2460.

- Kapitalerträge ohne Zahlungszufluss:

Ein Steuerabzug ist nur möglich bei Kapitalerträgen, die in Geld ausgezahlt werden. Ein Steuerabzug ist daher immer dann problematisch, wenn Kapitalerträge nicht in Geld, sondern in anderer Form zufließen, etwa durch Zuteilung von Wertpapieren. Vor diesem Hintergrund sind bereits vor dem Inkrafttreten der Abgeltungsteuer in §§ 20 Abs. 4a, 43 Abs. 2 Satz 2 EStG für sog. Kapitalmaßnahmen, die teilweise von den Vorschriften des UmwStG erfasst werden, Regelungen getroffen worden, mit denen bei Sachverhalten, bei denen keine Zahlungsmittel fließen, von denen ein Steuerabzug vorgenommen werden könnte, die Besteuerung auf den Zeitpunkt verschoben wird, in dem die Veräußerung der Anlageinstrumente erfolgt und es zu einem Liquiditätsfluss kommt.⁵⁰

- Anrechnung ausländischer Quellensteuern:

Ebenso wurde die ursprünglich in §§ 32d Abs. 5, 43a Abs. 3 Satz 1 EStG für die Anrechnung ausländischer Quellensteuern verankerte sog. „per item limitation“, wonach eine Anrechnung nur auf die Einkommen- und Kapitalertragsteuer, die auf die jeweiligen Kapitalerträge entfällt, möglich gewesen wäre, zu Gunsten einer umfassenden Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf sämtliche in- und ausländischen Kapitalerträge eines Veranlagungszeitraums abgeändert.⁵¹

c. Bereits erfolgte Anpassungen im Kapitalertragsteuerabzugsverfahren

Im Bereich des Kapitalertragsteuerabzugsverfahrens wurden bereits insbesondere folgende Anpassungen vorgenommen:

- Unterjährige Ereignisse:

Da der Kapitalertragsteuereinbehalt bei Auszahlung der Kapitalerträge bzw. ihres Zuflusses (Entstehung der Kapitalertragsteuer, vgl. § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG) vorgenommen werden muss, ergibt sich die Schwierigkeit, dass den zum Steuerabzug verpflichteten Stellen bereits in diesem Zeitpunkt sämtliche Umstände bekannt sein müssen, die für den Steuereinbehalt von Bedeutung sind, insbesondere die Höhe der steu-

⁵⁰ JStG 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794 = BStBl. I 2009, 74; zur zeitlichen Anwendung vgl. § 52 Abs. 36 Satz 10 EStG und § 52a Abs. 10 Sätze 7 und 10 EStG.

⁵¹ JStG 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794 = BStBl. I 2009, 74; zur zeitlichen Anwendung vgl. § 52a Abs. 16 Satz 1 EStG.

erpflichtigen Kapitalerträge (= steuerliche Bemessungsgrundlage). Dies betrifft vor allem ggf. bestehende Verluste, erteilte Freistellungsaufträge, anrechenbare ausländische Quellensteuern sowie die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, bei der die Kirchensteuer im Wege des Kapitalertragsteuerabzugs erhoben wird.

Durch die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Steuerpflichtigen und die Einbeziehung von Veräußerungsgewinnen und Termingeschäften für den Steuerabzug ist mit der Abgeltungsteuer ein äußerst komplexes Gebilde entstanden, das höchste Anforderungen an die technische Abwicklung in den IT-Systemen der zum Steuerabzug verpflichteten Institute stellt. Denn bei jedem „Ereignis“, das für den Kapitalertragsteuerabzug relevant ist, sind wie bei einer Veranlagung neben den persönlichen Verhältnissen des Kunden sämtliche steuerrelevanten Vorgänge zu berücksichtigen, die sich im Laufe des jeweiligen Veranlagungszeitraums bereits ereignet haben.

Das Anknüpfen des Kapitalertragsteuerabzugs an die jeweiligen Zuflusszeitpunkte bringt es dabei mit sich, dass zunächst positive Kapitalerträge anfallen können, bei denen aufgrund eines Freistellungsauftrags von einem Kapitalertragsteuerabzug abgesehen wird, so dass das Freistellungsvolumen insoweit „verbraucht“ wird und zu einem späteren Zeitpunkt negative Kapitalerträge entstehen können. Diese nachträglichen Verluste können bereits beim Kapitalertragsteuerabzug berücksichtigt werden. Hierdurch wird erreicht, dass die entsprechenden Korrekturen nicht im Rahmen der Veranlagung erfolgen müssen (§ 43a Abs. 3 Satz 2 EStG).⁵²

Um das Kapitalertragsteuerabzugsverfahren auch in Bezug auf die Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrags soweit wie möglich an das Veranlagungsverfahren anzupassen, können unterjährige Ereignisse auch zu einer Korrektur eines bereits verbrauchten Freibetrags führen, so dass dieser wieder auflebt und bei einem späteren Zufluss genutzt werden kann.⁵³

Hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem diese sog. Optimierung erfolgen kann, enthält das Gesetz keine Vorgaben. Zulässig ist es daher, die Ver-

⁵² BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 212.

⁵³ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 230.

rechnung am Ende eines Kalenderjahrs oder unterjährig vorzunehmen.⁵⁴ In der Praxis erfolgt die Verrechnung unterjährig, regelmäßig täglich, um Wettbewerbsnachteile zu vermeiden. Gesetzlich vorgegeben ist dies jedoch nicht.

Steuertechnisch erfolgt die Korrektur gegenüber der Finanzverwaltung im Rahmen der nächsten Kapitalertragsteuer-Anmeldung.

- Nachträgliche Informationen:

Bereits frühzeitig hatte sich auch gezeigt, dass die Informationen für die zum Steuerabzug Verpflichteten über die steuerliche Bemessungsgrundlagen häufig nachträglich geändert werden, teilweise mit einem erheblichen zeitlichen Nachlauf. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Erträge aus Investmentanteilen. Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufgeworfen worden, wie mit Änderungen zu verfahren ist, die erst nach einem Jahreswechsel bekannt werden. In der Folge wurde im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2010⁵⁵ ein neuer Satz 7 in § 43a Abs. 3 EStG eingefügt, der regelt, dass Veränderungen der Bemessungsgrundlage für den Steuerabzug oder der zu erhebenden Kapitalertragsteuer, von denen der zum Steuerabzug Verpflichtete erst nach Ablauf eines Kalenderjahrs erfährt, nicht rückwirkend, sondern erst im Zeitpunkt der Kenntnisnahme zu berücksichtigen sind.⁵⁶ Hierdurch wurde eine gesetzliche Grundlage für die entsprechende Regelung in dem BMF-Schreiben vom 22.12.2009 geschaffen, die im Vorfeld des Jahreswechsels 2009/2010 getroffen worden war, um das Problem zu entschärfen.⁵⁷

- Werbungskostenabzug:

IT-Systeme können nur die Daten verarbeiten, die ihnen zur Verfügung stehen. Immer dort, wo Daten fehlen, ist eine abschließende Besteuerung im Rahmen des Kapitalertragsteuerabzugs nicht möglich und muss ein Veranlagungsverfahren durchgeführt werden, um eine zutreffende Besteuerung zu erreichen.

⁵⁴ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 212.

⁵⁵ JStG 2010 v. 8.12.2010, BGBl. I 2010, 1768 = BStBl. I 2010, 1394.

⁵⁶ Von der Finanzverwaltung wird es jedoch nicht beanstandet, wenn bis zum 31.1. des Folgejahrs Korrekturen für das vorangegangene Kalenderjahr vorgenommen werden (sog. „Delta-Korrekturen“), vgl. BMF v. 16.11.2010, BStBl. I 2010, 1305, Tz. 2.

⁵⁷ BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94, Rz. 144.

Einen Bereich, in dem die für die Besteuerung benötigten Daten beim Steuerabzug nicht vorhanden sind, stellt der Werbungskostenabzug dar. Werbungskosten, die bei den zum Steuerabzug verpflichteten Instituten entstehen, wie etwa Depotgebühren, hätten zwar von diesen berücksichtigt werden können, nicht aber Werbungskosten, die außerhalb dieses Bereiches anfallen, wie etwa Fahrten zu Hauptversammlungen oder Fremdfinanzierungskosten, die im Zusammenhang mit der Anschaffung von Anlageinstrumenten entstehen, die zu Kapitaleinkünften im Sinne des § 20 EStG führen.

Der Gesetzgeber hat das Problem in der Weise gelöst, dass er den bis dato existierenden Sparer-Freibetrag (750,00 € für Alleinstehende, 1.500,00 € für Ehegatten, § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG a.F.) und den Werbungskosten-Pauschbetrag (51,00 € für Alleinstehende, 102,00 € für Verheiratete, § 9a Sätze 1 und 2 EStG a.F.) zu einem einheitlichen Sparer-Pauschbetrag zusammengefasst hat (801,00 € für Alleinstehende, 1.602,00 € für Verheiratete, § 20 Abs. 9 EStG) und im Übrigen der Abzug der tatsächlichen Werbungskosten sowohl beim Kapitalertragsteuerabzug als auch im Veranlagungsverfahren versagt wird.

In dem Werbungskostenabzugsverbot wird von Teilen des Fachschrifttums⁵⁸ ein Verstoß gegen das im Einkommensteuerrecht geltende Nettoprinzip⁵⁹ gesehen, wonach Aufwendungen von Steuerpflichtigen, die zur Erzielung von Einnahmen getätigt werden, steuerlich zu berücksichtigen sind.

Andere Autoren sehen die gesetzliche Regelung, insbesondere in der Kombination mit dem pauschalen Steuersatz von 25 %, als mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Zinsurteil vereinbar an.⁶⁰

Im Zinsurteil des BVerfG v. 27.6.1991 wurde es ausdrücklich als zulässig erachtet, Kapitalerträge im Wege des Kapitalertragsteuerabzugs mit einer „Definitivsteuer“ zu belasten, „die in einem linearen Satz den

⁵⁸ Vgl. *Behrens*, BB 2007, 1025, 1028; *Endres/Spengel/Reister*, WPg 2007, 478, 484; *Hey*, BB 2007, 1303, 1307; *Oho/Hagen/Lenz*, BB 2007 1322, 1332.

⁵⁹ Zum Nettoprinzip vgl. *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 20. Aufl., 2010, § 9 Rz. 54 ff.

⁶⁰ Vgl. *Brusch*, FR 2007, 999, 1004; *Eckhoff*, FR 2007; *Fischer*, DStR 2007, 1898; *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 259; *Streck*, NJW 2007, 3176, 3182; *Weber-Grellet*, NJW 2008, 545, 548.

absehbaren Aufwand und den Progressionssatz in Durchschnittswerten typisiert.“⁶¹

Das BVerfG betont zwar auch in seiner neueren Rechtsprechung, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung steuerrechtlicher Normen „generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen bedienen darf“; Ausnahmen von dem Nettoprinzip werden jedoch nur anerkannt, wenn hierfür ein besonderer, sachlich gerechtfertigter Grund existiert.⁶² Als solche Gründe werden insbesondere außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele des Gemeinwohls sowie Typisierungs- und Vereinfachungserfordernisse anerkannt, nicht aber rein fiskalische Zwecke staatlicher Einnahmenerhöhung.⁶³

Die Vereinbarkeit des Werbungskostenabzugsverbots mit dem Nettoprinzip ist Gegenstand finanzgerichtlicher Verfahren.⁶⁴ Weil damit zu rechnen ist, dass das erstinstanzliche Urteil nicht nur dem BFH, sondern auch dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt wird, dürfte mit einer Entscheidung allerdings erst in einigen Jahren zu rechnen sein.

4. Notwendige Änderungen im Bereich des materiellen Steuerrechts

a. Kapitalmaßnahmen und Tauschvorgänge

Kapitalmaßnahmen sind dadurch gekennzeichnet, dass im Unterschied zu Zinsen, Dividenden und Veräußerungsvorgängen keine Geldzahlung erfolgt, sondern ein unbarer Akt vorliegt, der in der Zuteilung von Wertpapieren/Rechten besteht, die zwar handelbar sind, bei denen sich die Werte jedoch nicht immer ohne Weiteres feststellen lassen. Beispielhaft sei auf die Zuteilung von Bezugsrechten verwiesen. Nach der Rechtsprechung des BFH sind Bezugsrechte Abspaltungen des Stammrechtes mit der Folge, dass die ursprünglichen Anschaffungskosten auf das Stammrecht und das Bezugsrecht

⁶¹ BVerfG v. 27.06.1991 – 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654, 669.

⁶² BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, 2460, Rz. 57.

⁶³ BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, 2460, Rz. 58.

⁶⁴ FG Münster – 6 K 607/11 F; FG Baden-Württemberg – 9 K 1637/10; vgl. zu der Thematik auch OFD Rheinland, Kurzinformation ESt Nr. 8/2011 v. 24.2.2011, DB 2011, 739.

aufzuteilen sind,⁶⁵ was im Einzelfall komplizierte Recherchen und Berechnungen erfordert.

Bei Kapitalmaßnahmen im Ausland tritt das Problem hinzu, dass oftmals nicht erkennbar ist, um welche Art von Maßnahme es sich handelt. Umfangreiche Ermittlungen sind aber bei einer Abzugsteuer, die im Moment des Verkehrsvorgangs zu erheben ist, nicht möglich.

Der Gesetzgeber war daher genötigt, Sonderregelungen für Kapitalmaßnahmen zu schaffen, um die Funktionsfähigkeit des neuen Systems an dieser Stelle überhaupt gewährleisten zu können. Da es wenig sinnvoll gewesen wäre, diese nur für den Bereich der Kapitalertragsteuer anzuwenden (man hätte sonst eine Vielzahl von Veranlagungsfällen kreiert), wurden – wenn auch in mehreren Schritten⁶⁶ – umfassende Regelungen geschaffen, die in wesentlichen Teilen sowohl die materielle, als auch die abzugsteuerliche Seite einbeziehen.

Der Regierungsentwurf des Jahressteuergesetzes 2013 sieht nun vor, § 20 Abs. 4a EStG dahingehend zu ergänzen, dass im Fall des Übergangs von Vermögen im Wege der Abspaltung von einer Körperschaft auf eine andere Körperschaft nicht die Regelungen des UmwStG, sondern die des § 20 Abs. 4a Sätze 1 und 2 EStG entsprechend gelten sollen (§ 20 Abs. 4a Satz 7 EStG).

Zwar ist damit der Bereich der gesellschaftsrechtlich bedingten unbaren Kapitalmaßnahmen weitestgehend geregelt. Das Bedürfnis nach einer steuerneutralen Behandlung besteht jedoch auch bei Tauschvorgängen mit anderen Wertpapieren, die im Zusammenhang mit Unternehmensumstrukturierungen oder Umschuldungen jeglicher Art ausgegeben werden, da sich dort die gleichen Probleme stellen, namentlich Fragen der Bewertung und der Liquiditätsbeschaffung.

Insoweit sei beispielhaft verwiesen auf das von der Republik Griechenland am 24.2.2012 unterbreitete „Invitation Memorandum“ zum Umtausch griechischer Staatsanleihen in Neu-Emissionen mit einem geringeren Nennbetrag. Das BMF hat hierzu angeordnet, dass „aus Vereinfachungsgründen in

⁶⁵ BFH v. 19.12.2000 – IX R 100/97, DB 2001, 739; v. 22.05.2003 – IX R 9/00, DB 2003, 1605; v. 21.09.2004 – IX R 36/01, DB 2005, 85, m.w.N.

⁶⁶ Die erstmalige Regelung der Materie erfolgte im JStG 2009, BGBl. I 2008, 2794; die steuerneutrale Behandlung von Tauschvorgängen mit inländischen Aktien wurde erst im Rahmen des JStG 2010, BGBl. I 2010, 1764, eingeführt.

entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 20 Abs. 4a Satz 5 EStG“ die neuen Anleihen einer bestimmten Gattung mit Anschaffungskosten von 0 € zu erfassen sind.⁶⁷ Auf andere Tranchen sollen die Regelungen der Rz. 65 und 66 des BMF-Schreibens vom 22.12.2009 sinngemäß anzuwenden sein.⁶⁸ Derartige Hilfsakte wären entbehrlich, wenn das Gesetz eine klare Regelung enthalten würde.

b. Besondere Entgelte und Vorteile i.S.d. § 20 Abs. 3 EStG

Nach § 20 Abs. 3 EStG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch besondere Entgelte oder Vorteile, die neben oder statt den in § 20 Abs. 1 und 2 EStG genannten Einkünften gewährt werden. Über § 43 Abs. 1 Satz 2 EStG gilt die Regelung auch für den Kapitalertragsteuerabzug.

Die Vorschrift enthält keine Generalklausel für die Erfassung von Veräußerungserträgen. Sie entspricht wörtlich dem § 2 Abs. 2 des Kapitalertragsteuergesetzes vom 20.3.1920,⁶⁹ in dessen Rahmen sie eingefügt wurde. Ausweislich der Begründung zu diesem Gesetz⁷⁰ war die Vorschrift lediglich dazu gedacht, Umgehungen zu vermeiden. Bezweckt wurde die Erfassung von Einmalbeträgen, die an Stelle von Zinsen⁷¹ für die Nutzungsüberlassung des Kapitals zu entrichten waren.

In diesem Sinne wird auch in der Begründung zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008 klargestellt, dass der Wortlaut aus dem bis 31.12.2008 geltenden § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG a.F. wortgleich in § 20 Abs. 3 EStG n.F. übernommen wurde und damit keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen wurden.⁷² Die Vorschrift statuiert also keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern stellt nur klar, dass der Umfang der steuerbaren Entgelte von zivilrechtlichen Begriffen unabhängig ist.⁷³

⁶⁷ BMF v. 9.3.2012 – IV C 1 – S 2252/0 :016, Rz. 3.

⁶⁸ BMF v. 9.3.2012 – IV C 1 – S 2252/0 :016, Rz. 1 und 2.

⁶⁹ RGBl. 1920, 345.

⁷⁰ Aktenstück Nr. 1625 der Drucks. der verfassungsgebenden Nationalversammlung, 26.

⁷¹ Im Sinne der damaligen Definition im Sinne fortlaufender Zahlungen, RG, RGZ 168, 284.

⁷² Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des UntStRefG 2008, BT-Drucks. 16/4841, S. 57.

⁷³ *Weber-Grellet*, in Schmidt, EStG, 31. Aufl., München 2012, § 20 Rz. 156.

Dies verkennt die Finanzverwaltung, die in dem BMF-Schreiben vom 22.12.2009⁷⁴ die Rechtsauffassung vertritt, dass „Entschädigungszahlungen für Verluste, die aufgrund von Beratungsfehlern im Zusammenhang mit einer Wertpapier-Kapitalanlage geleistet werden“, von § 20 Abs. 3 EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 oder 2 EStG erfasst werden sollen, und zwar auch dann, wenn die Zahlung aus Kulanzgründen erfolgt.⁷⁵

Denn die Zahlung (= das vermeintliche Entgelt für die Kapitalüberlassung) wird in derartigen Fällen weder von dem Emittenten als dem Schuldner der Kapitalerträge (was bei einem laufenden Ertrag oder der Einlösung der Fall wäre) noch von einem Erwerber geleistet, sondern von einem Dritten, der entweder als Kommissionär oder als Verkäufer in den Erwerb der Wertpapiere durch den Anleger eingeschaltet war und dem aus diesem Rechtsverhältnis Beratungsfehler zur Last gelegt werden. Aufgrund dessen kann nicht davon gesprochen werden, dass die „Entschädigungszahlungen“ neben oder an Stelle von Einnahmen i.S.d. § 20 Abs. 1 oder Abs. 2 EStG geleistet werden.⁷⁶

Ebenso wenig existiert eine Rechtsgrundlage für die Aussage in Rz. 84 des BMF-Schreibens vom 22.12.2009,⁷⁷ dass Bestandsprovisionen, die Kapitalanlagegesellschaften an Kreditinstitute auf von diesen verwahrte Anteile an Investmentvermögen zahlen und die von den Kreditinstituten an die Depotkunden weitergegeben werden, den „Rückfluss früherer Aufwendungen“ darstellen und von daher als Kapitalerträge i.S.d. § 20 Abs. 3 EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu erfassen sind.⁷⁸

Laufende Kapitalerträge, zu denen auch diejenigen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG gehören, werden an den Gläubiger der Kapitalerträge (= den Anteilscheininhaber) für die Kapitalüberlassung gezahlt. Empfänger von Bestandsprovisionen sind jedoch die Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, die die Anteilscheine verwahren. Soweit diese Bestandsprovisionen an ihre Depotkunden weitergeben, kann dies nur in Zusammenhang mit den bestehenden Depotverträgen gebracht werden und

⁷⁴ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 83.

⁷⁵ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 83.

⁷⁶ Ebenso: *Paukstadt/Kerpf*, DStR 2010, 678, 680; *Reislhuber/Bacmeister*, DStR 2010, 684, 687; *Schmidt/Eck*, BB 2010, 1123, 1129.

⁷⁷ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 84.

⁷⁸ In diesem Sinne auch *Paukstadt/Kerpf*, DStR 2010, 678, 680.

nicht in einem Kontext zu der Kapitalanlagegesellschaft als Emittentin der Anteilscheine stehen.

Im Hinblick auf die Haftungsrisiken, die sich für die zum Steuerabzug verpflichteten Stellen aus den zitierten Regelungen in dem BMF-Schreiben vom 22.12.2009 ergeben,⁷⁹ halten wir es für dringend notwendig, diese aus dem BMF-Schreiben zu streichen.

c. Kirchensteuer

Veranlagungsfälle werden darüber hinaus durch die geltenden Regelungen zur Erhebung der Kirchensteuer (im Folgenden: KiSt) im Wege des Kapitalertragsteuerabzugs produziert.

Dies betrifft zum einen den Bereich der ausschüttungsgleichen Erträge aus Investmentvermögen, da der Kapitalertragsteuerabzug durch die Kapitalanlagegesellschaft vorgenommen wird und eine Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen nur in den Fällen möglich ist, bei denen der Kapitalertragsteuerabzug durch die Stelle erfolgt, bei der der Steuerpflichtige sein Konto/Depot unterhält, bzw. bei Termingeschäften durch die Stelle, mit der das entsprechende Termingeschäft abgeschlossen wird. Die Problematik würde durch die Freistellung der ausschüttungsgleichen Erträge vom Kapitalertragsteuerabzug obsolet werden.

Daneben ist die Erhebung der Kirchensteuer auf Kapitalerträge im Wege des Kapitalertragsteuerabzugs aktuell nicht gesetzlich vorgeschrieben, sondern liegt im Belieben des Anlegers, der gegenüber dem zum Steuerabzug Verpflichteten einen entsprechenden Antrag stellen muss (vgl. § 51a Abs. 2c Satz 1 EStG). Auch dies erhöht die Zahl der Veranlagungsfälle.

Mit dem Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz⁸⁰ wurde zwar das Wahlrecht der Steuerpflichtigen zum Kirchensteuerabzug bei Kapitalerträgen abgeschafft, bei denen die Kapitalertragsteuer von einer auszahlenden Stelle i.S.d. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG erhoben wird (§ 51a Abs. 2c Satz 2 EStG). Um sicherzustellen, dass die auszahlende Stelle eine verlässliche Grundlage für die Steuererhebung hat (und nicht mehr auf die Angaben der Kunden angewiesen ist), wird beim BZSt eine zentrale Datei eingerichtet werden, bei der die entsprechenden Daten einmal jährlich abzurufen sind (vgl. § 51a

⁷⁹ Vgl. dazu nachfolgend Abschn. III. 5.

⁸⁰ Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 7.12.2011, BGBl. I 2011, 2592.

Abs. 2e EStG). Ist der Kunde in dieser Datenbank aufgeführt, ist die auszahlende Stelle künftig verpflichtet, auch die KiSt einzubehalten. Dieses Verfahren gilt erstmals für Kapitalerträge, die nach dem 31.12.2013 zufließen (vgl. § 52a Abs. 18 Satz 12 EStG).

Aus Sicht der Steuerpflichtigen bleibt in Bezug auf den angestrebten Abschluss des Besteuerungsverfahrens durch den Steuerabzug aber auch nach der Gesetzesänderung die Behandlung von Änderungen unbefriedigend, die unterjährig in den persönlichen Verhältnissen des Steuerpflichtigen eintreten und die beim Kirchensteuereinbehalt nicht berücksichtigt werden können. Dies betrifft insbesondere unterjährige Kirchenein- und -austritte, aber auch Umzüge in ein anderes Bundesland.

Die insoweit einschlägigen Kirchensteuergesetze der Bundesländer sehen für den Bereich des materiellen Steuerrechts vor, dass eine Aufteilung der Einkünfte eines Veranlagungszeitraums auf die Monate der Zugehörigkeit zu der jeweiligen Religionszugehörigkeit vorzunehmen ist („Zwölfteilung“, vgl. z.B. § 5 Abs. 2 Satz 1 KiStG NW, § 5 AVKirchStG By, § 7 Abs. 1 Satz 4 KiStG BW, § 10 KiStG Rheinland-Pfalz). Dies ermöglicht es, die zutreffende KiSt aufgrund der Verhältnisse zu ermitteln, die sich am Ende eines Veranlagungszeitraums darstellen.

Diese Regelungen zur „Zwölfteilung“ gelten jedoch nicht für den Kapitalertragsteuerabzug. Insoweit sehen die einschlägigen Kirchensteuergesetze vor, dass für den Kapitalertragsteuerabzug allein darauf abzustellen ist, ob im Zeitpunkt des Zuflusses eine Kirchensteuerpflicht besteht; eine Zwölfteilung ist ausgeschlossen (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 KiStG NW, § 5 AVKirchStG By, § 7 Abs. 1 Satz 6 KiStG BW).

Hierdurch ist bei einer Vielzahl von Sachverhalten im Bereich des Kirchensteuereinhalts die Durchführung von Veranlagungsverfahren vorgegeben.

Eine Lösung kann in diesem Bereich jedoch nicht allein darin bestehen, die Zwölfteilregelung auf den Kapitalertragsteuerabzug zu erweitern.

Denn dies würde dazu führen, dass Kapitalertragsteuer auch dann zu erheben wäre, wenn kein Kapitalertrag ausgezahlt wird, von dem die Kapitalertragsteuer einbehalten werden könnte. Betroffen wären etwa Sachverhalte, bei denen die Kapitalerträge zu Beginn des Jahres zufließen und bei denen zu einem späteren Zeitpunkt der Kircheneintritt erfolgt. Einer Steuererhebung steht bei derartigen Sachverhalten entgegen, dass die Kunden nicht ver-

pflichtet sind, die für die Abführung der Kapitalertragsteuer benötigte Liquidität zur Verfügung zu stellen.

Eine umfassende Lösung der Problematik „Kirchensteuereinbehalt beim Kapitalertragsteuerabzug“ könnte darin bestehen, dass die Erhebung der KiSt nicht mehr personenbezogen erfolgt, sondern dass in einem pauschalierenden Verfahren ein bestimmter Prozentsatz der von allen Steuerpflichtigen einbehaltenen Kapitalertragsteuer an die zur Erhebung von KiSt berechtigten Glaubensgemeinschaften abgeführt und entsprechend bei der veranlagten Einkommensteuer auf Einkünfte aus Kapitalvermögen verfahren wird. Ein derartiges Verfahren wäre u.E. auch von den Vorgaben des BVerfG für die Erhebung einer Abgeltungsteuer gedeckt.

d. Besteuerung von thesaurierten Erträgen aus Investmentvermögen

Nach aktueller Rechtslage unterliegen nicht nur die von einem Investmentvermögen ausgeschütteten Erträge (§ 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 InvStG) der Kapitalertragsteuer, sondern auch ausschüttungsgleiche Erträge i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 3 InvStG, die qua gesetzlicher Zuflussfiktion mit Ablauf des Fonds-Geschäftsjahrs beim Anleger als zugeflossen gelten.

Zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören

- laufende Erträge wie Zinsen, Dividenden, Miet- und Pächterträge,
- Einlösungs- und Veräußerungserlöse von sonstigen Kapitalforderungen, ausgenommen Kapitalforderungen, die eine Emissionsrendite haben,
- Kapitalforderungen, die eine feste oder variable Verzinsung haben und bei denen die Rückzahlung des Kapitals in derselben Höhe zugesagt oder gewährt wird, in der es überlassen wurde,
- Zertifikate, die eins zu eins die Wertentwicklung einer Aktie oder eines Aktienindex abbilden,
- Aktien-, Umtausch- und Wandelanleihen,
- Gewinnobligationen, Fremdkapital-Genussrechte und Optionsanleihen,
- sonstige Erträge sowie
- Gewinne aus der Veräußerung von Immobilien innerhalb der 10-jährigen Haltefrist gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG.

Von der Besteuerung ausgenommen bleiben qua gesetzlicher Fiktion Veräußerungsgewinne aus Aktien und anderen Anteilen i.S.d. § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG, Gewinne aus Termingeschäften, vereinnahmte Stillhalterprämien und Gewinne aus der Veräußerung festverzinslicher Wertpapiere, die in dem Investmentvermögen realisiert werden. Diese bleiben jedoch nicht endgültig steuerfrei, sondern unterliegen der Besteuerung im Fall der Ausschüttung oder der Veräußerung der Investmentanteile.

Kann die Kapitalanlagegesellschaft mangels Kenntnis der Identität der Zeichner der Anteilscheine keinen individuellen Steuerabzug vornehmen, muss bei Erträgen aus thesaurierenden Investmentvermögen insoweit stets eine Veranlagung durchgeführt werden. Da die Kapitalertragsteuer aus thesaurierten Investorerträgen nur von der inländischen Investmentgesellschaft erhoben wird (§ 7 Abs. 4 Satz 1 InvStG), ist zudem bei ausländischen thesaurierenden Investmentvermögen bereits deswegen ein Veranlagungsverfahren durchzuführen, weil in derartigen Fällen kein Kapitalertragsteuerabzug vorgesehen ist.⁸¹

Da bei thesaurierenden Investmentvermögen die Besteuerung der ausschüttungsgleichen Erträge dadurch gesichert ist, dass Wertzuwächse im Fall der Realisierung durch Veräußerung bzw. Rückgabe der Anteilsscheine erfasst werden, war von der Finanzindustrie bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gefordert worden, von einer Besteuerung der ausschüttungsgleichen Erträge abzusehen. Das Petitum ist auch in den „12 Vorschlägen der privaten Banken zur Steuervereinfachung“ vom März 2011 enthalten. Ähnliche Forderungen sind auch von Vertretern der Finanzverwaltung aufgestellt worden.⁸²

Abhilfe kann hiernach erst dann erfolgen, wenn die Finanzverwaltung die Forderung nach einer „perioden- und renditegerechten Teilhabe an den laufenden Erträgen“ im Investmentbereich aufgibt.

⁸¹ Vgl. *Delp*, DB 2010, 526, 530.

⁸² *Müller-Gatermann*, Stbg 2007, 145, 159, 161.

5. Notwendige Änderungen im Bereich des Kapitalertragsteuerrechts

a. Kapitalertrag ohne Geldleistung

Die Kapitalertragsteuer entsteht gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG in dem Zeitpunkt, in dem die Kapitalerträge dem Gläubiger zufließen. In diesem Zeitpunkt haben die zum Steuerabzug verpflichteten Stellen den Steuerabzug für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge vorzunehmen (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG).

Bei der Schaffung dieser Regelung war der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass bei Kapitalerträgen stets ein Geldfluss erfolgt, von dem die Kapitalertragsteuer abgezogen werden kann. Dass dem nicht immer so ist, wurde im Zuge der Einführung des Zinsabschlags (ZAS) zum 1.1.1993 festgestellt, als man bemerkte, dass Anlageinstrumente existieren, bei denen keine Auszahlung der Kapitalerträge in Geld erfolgt, sondern die Zuteilung von Wertpapieren („babybonds“), so dass die auszahlende Stelle keine ZAS einbehalten konnte.

Um auch in diesen Fällen den Einbehalt von Kapitalertragsteuer sicherzustellen, wurde § 44 Abs. 1 EStG seinerzeit um die Sätze 7 und 8 ergänzt.⁸³ Nach § 44 Abs. 1 Satz 7 EStG ist in Fällen, in denen Kapitalerträge ganz oder teilweise nicht in Geld bestehen, z.B. bei der Zuteilung von Wertpapieren, der Gläubiger der Kapitalerträge verpflichtet, die für die Abführung der Kapitalertragsteuer benötigte Liquidität zur Verfügung zu stellen, soweit der in Geld geleistete Kapitalertrag nicht zur Deckung der Kapitalertragsteuer ausreicht. Geschieht dies nicht, muss die zum Steuerabzug verpflichtete Stelle den Sachverhalt dem für sie zuständigen Betriebsstättenfinanzamt anzeigen (§ 44 Abs. 1 Satz 8 EStG).

Demnach handelt es sich bei § 44 Abs. 1 Satz 7 EStG um eine Spezialvorschrift, die nur dann eine Verpflichtung begründet, wenn es sich bei dem Kapitalertrag um keine Geldleistung handelt.⁸⁴

⁸³ Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz v. 21.12.1993, BGBl. I 1993, 2310; zur Begründung vgl. Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 12/5630.

⁸⁴ So auch *Ramackers*, in Littmann/Bitz/Pust, § 44 EStG Rz. 15, 16 (Stand Mai 2010).

Soweit es weder zu einem Geldfluss kommt, noch der Gläubiger einen nicht in Geld bestehenden Vermögenswert erhält, wie etwa bei einem Depotübertrag mit Gläubigerwechsel, der nach § 44 Abs. 1 Satz 4 EStG qua gesetzlicher Fiktion als Veräußerung gilt, existiert daher weder eine Verpflichtung des Gläubigers der Kapitalerträge, dem zum Steuerabzug Verpflichteten die hierfür benötigte Liquidität zur Verfügung zu stellen, noch eine Pflicht des zum Steuerabzug Verpflichteten, die entsprechenden Sachverhalte zu melden, wenn Vorstehendes nicht geschieht.

Dies entspricht wohl auch der Rechtsauffassung der Finanzverwaltung, die in dem BMF-Schreiben vom 22.12.2009 in Rz. 164 zum Kapitalertragsteuerabzug bei Depotüberträgen mit Gläubigerwechsel formuliert, dass die Kapitalertragsteuer von dem Kunden „in entsprechender Anwendung von § 44 Abs. 1 Sätze 7 bis 9 EStG“ einzufordern sein soll.⁸⁵

Die Finanzverwaltung geht mithin davon aus, dass die existierende gesetzliche Regelung über ihren Wortlaut hinaus in dem zuvor beschriebenen Sinn auszulegen sein soll. Die Möglichkeit der Gesetzesauslegung endet allerdings dort, wo eine Gesetzeskorrektur beginnt, die dem Gesetzgeber vorbehalten ist, insbesondere erfordert sie eine sich aus Systematik und Sinn des Gesetzes ergebende legislative Lücke.⁸⁶ Der Gesetzgeber hat allerdings vorliegend im Jahr 1993 eine Lücke im Gesetz entdeckt und diese anschließend geschlossen sowie abschließend geregelt. Er hat damit seinen Willen eindeutig zum Ausdruck gebracht. Eine weitergehende Auslegung ist ausgeschlossen; die von der Finanzverwaltung vorgenommene Auslegung ist unzulässig. In Konsequenz wäre eine Gesetzesänderung erforderlich, wenn eine generelle Regelung für die Fälle des Kapitalertrags ohne Geldleistung gewollt ist.

b. Zeitpunkt des Steuerabzugs

Gem. § 43a Abs. 3 Satz 7 EStG ist in Fällen, in denen der zum Kapitalertragsteuerabzug Verpflichtete nach Ablauf des Kalenderjahrs von Veränderungen der Bemessungsgrundlage erfährt, die Korrektur beim Kapitalertragsteuerabzug erst im Zeitpunkt der Kenntnisnahme vorzunehmen. Dies ist unproblematisch, soweit sich aus der Veränderung eine niedrigere Bemessungsgrundlage ergibt. In diesem Fall kann die Steueranmeldung um die ent-

⁸⁵ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 164, ebenso Rz. 199.

⁸⁶ BVerfG v. 27.12.1991, BStBl. II 1992, 212, 213, unter Hinweis auf BVerfGE 34, 269, 290; 65, 182, 194.

sprechende Angabe ergänzt und der von der Finanzverwaltung ausgezahlte Betrag dem Kunden erstattet werden. Ergibt sich jedoch nachträglich eine höhere Bemessungsgrundlage, muss die zu wenig abgeführte Kapitalertragsteuer von dem Kunden eingefordert werden, und es stellt sich die Frage, ob dies zulässig ist. Die Finanzverwaltung geht offensichtlich hiervon aus, denn in dem BMF-Schreiben vom 16.11.2010 sind als Beispiele für die Anwendung der Regelung nicht nur Sachverhalte aufgeführt, die zu einer Erstattung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer führen, sondern auch solche mit einer höheren Bemessungsgrundlage.⁸⁷ Auch in der Praxis der Kreditinstitute wird § 43a Abs. 3 Satz 7 EStG als Rechtsgrundlage für die nachträgliche Erhebung der Kapitalertragsteuer beim Kunden angesehen.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung soll eine Nacherhebung von Kapitalertragsteuer darüber hinaus zulässig sein, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass beim Zufluss keine bzw. zu wenig Kapitalertragsteuer erhoben worden ist. Im zeitlichen Zusammenhang mit der Veröffentlichung des BMF-Schreibens vom 22.12.2009⁸⁸ hat sie in einem Schreiben vom 28.12.2009 an die Spitzenverbände der Kreditwirtschaft mitgeteilt, dass es nicht beanstandet wird, „wenn die in dem BMF-Schreiben (Anm.: vom 22.12.2009) enthaltenen Änderungen beim Kapitalertragsteuerabzug, wie etwa zur steuerlichen Einordnung von Gewinnen und Verlusten aus der Veräußerung von American Depositary Receipts oder zur Behandlung von Stückzinsen, erst im Jahr 2010 rückwirkend auf den 1. Januar 2010 umgesetzt werden.“⁸⁹ Anlass für dieses Schreiben war, dass in früheren Verwaltungserlassen eine andere Rechtsauffassung vertreten worden war bzw. sich die Regelungen in dem BMF-Schreiben vom 22.12.2009 nicht aus dem Gesetz ableiten ließen/lassen.

Eine Berechtigung zur Nacherhebung von Kapitalertragsteuer lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Insbesondere kann diese nicht aus § 44b Abs. 5 Satz 1 EStG abgeleitet werden. Denn nach dieser Vorschrift ist eine Änderung der Kapitalertragsteuer-Anmeldung nur in Fällen zulässig, in denen zu viel Kapitalertragsteuer einbehalten wurde; die Norm enthält keine Ermächtigung für eine Nacherhebung bei zu wenig abgeführter Kapitalertragsteuer.

Soweit die Finanzverwaltung eine Nacherhebung von Kapitalertragsteuer für notwendig hält, muss daher eine gesetzliche Grundlage geschaffen wer-

⁸⁷ BMF v. 16.11.2010 – IV C 1 – S 2252/10/10010, BStBl. I 2010, 1305, Tz. 2.

⁸⁸ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 251.

⁸⁹ BMF v. 28.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, n.v.

den. Die Regelungen in dem BMF-Schreiben vom 22.12.2009 können diese jedenfalls nicht ersetzen.

c. Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG

Die zum Steuerabzug verpflichteten Institute – der Schuldner der Kapitalerträge, die den Verkaufsauftrag ausführende Stelle oder die auszahlende Stelle – haften für die Kapitalertragsteuer, die sie einzubehalten und abzuführen haben. Die Haftung entfällt, wenn der Nachweis geführt wird, dass die gesetzlichen Pflichten weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verletzt worden sind.

Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn die handelnde Person die Sorgfalt, zu der sie nach ihren persönlichen und sachlichen Fähigkeiten und unter den konkreten Umständen verpflichtet und imstande ist, in ungewöhnlich hohem Ausmaß außer Acht lässt. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum lässt in jedem Falle eine grob fahrlässige Pflichtverletzung entfallen.⁹⁰

Haftung bedeutet zudem das Entstehen für eine fremde Steuerschuld. Liegt kein steuerpflichtiger Kapitalertrag vor, scheidet daher eine Haftung aus.⁹¹

In einem Urteil des BFH aus dem Jahr 2008 wurde nun für einen Sachverhalt, bei dem Kapitalertragsteuer auf eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S.d. § 8a KStG a.F. einzubehalten war, entschieden, dass zumindest dann, wenn die Finanzverwaltung in einem BMF-Schreiben die Rechtsauffassung vertritt, dass ein der Kapitalertragsteuer unterliegender Sachverhalt gegeben ist, der Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen ist, um ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln auszuschließen.⁹² Diese Rechtsprechung wurde im Jahr 2010 in zwei weiteren Urteilen bestätigt. Zusätzlich wurde ausgeführt, dass in Fällen, in denen bei einer umstrittenen Rechtslage keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt wird, regelmäßig ein grob fahrlässiges Handeln gegeben sei.⁹³ Dies sei notwendig, da das vereinfachte Verfahren des Kapitalertragsteuerabzugs erheblich beeinträchtigt würde,

⁹⁰ Vgl. *Boeker*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 191 AO, Rz. 60b (Juli 1989); BFH v. 26.4.1988 – VII R 105/85, BFH/NV 1988, 625; BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801.

⁹¹ BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/92, BStBl. II 1994, 536.

⁹² BFH v. 20.8.2008 – I R 29/07, BStBl. I 2010, 142, 145.

⁹³ BFH v. 17.2.2010 – I R 85/08, BFH/NV 2010, 1634; BFH v. 3.11.2010 – I R 98/09, BFH/NV 2011, 671.

wenn „bei jeder streitigen Rechtsfrage“ vom Kapitalertragsteuerabzug abgesehen werden könnte.⁹⁴

Man wird die Rechtsprechung wohl dahingehend zu interpretieren haben, dass im Bereich des Kapitalertragsteuerabzugs der Grundsatz „in dubio pro fisco“ gilt und dass derjenige, der gegen diesen Grundsatz verstößt, grundsätzlich mindestens grob fahrlässig handelt.

Würde man die Urteile konsequent anwenden, würde dies u.a. dazu führen, dass allein aufgrund der Tatsache, dass die Finanzverwaltung in einem – ausschließlich die nachgeordneten Finanzbehörden rechtlich bindenden – BMF-Schreiben oder anderen Verwaltungserlass eine entsprechende Regelung zur Auslegung eines Gesetzes getroffen hat, Kapitalertragsteuer einzubehalten wäre, um eine Haftung nach § 44 Abs. 5 EStG auszuschließen. Ob die entsprechende Regelung vom Gesetz gedeckt ist, wäre für den Kapitalertragsteuerabzug ohne Bedeutung.

Eine derartige Verpflichtung wäre u.E. nicht mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zu vereinbaren, wonach Steuerrecht Eingriffsrecht darstellt und sich sowohl der Tatbestand, auf Grund dessen die Steuer erhoben wird, als auch die Rechtsfolge, d.h. Art und Höhe der Steuer, aus dem Gesetz ergeben müssen.⁹⁵

Bejaht man gleichwohl eine Bindungswirkung, ist zu bedenken, dass das Kreditinstitut als Verwaltungshelfer⁹⁶ oder gar Beliehener handelt mit der Folge, dass es insoweit Teil der staatlichen Verwaltung ist. Es ist daran zu erinnern, dass der BFH anerkannt hat, dass denjenigen Rechtssubjekten des Zivilrechts, denen eine Vielfalt von Hilfsdiensten aufgebürdet wird, eine Haftung nur abverlangt werden kann, wenn sich die Pflichten klar aus dem Gesetz ergeben⁹⁷ und Zusammenhänge, die nicht „ganz einfach zu beurteilende Rechtsfragen“ darstellen, keine grobe und offensichtliche Verletzung steuerrechtlicher Pflichten begründen können.⁹⁸ Ferner ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Vielzahl der Themenbereiche, die beim Kapitalertragsteuerabzug

⁹⁴ BFH v. 3.11.2010 – I R 98/09, BFH/NV 2011, 671.

⁹⁵ Lang, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl., Köln 2010, § 4 Rz. 150.

⁹⁶ BFH v. 23.4.1996 – VIII R 30/93, DB 1996, 2061; BFH v. 22.1.1997 – I R 64/96, DB 1997, 1371.

⁹⁷ Vgl. BFH v. 2.4.1982 – VI R 34/79, BStBl. II 1982, 502.

⁹⁸ Vgl. BFH v. 5.11.1971 – VI R 207/68, BStBl. II 1972, 137; zu den vorstehenden Zusammenhängen Dahm, WM 1996, 1285.

existieren, eine Fülle von äußerst komplizierten Rechtsfragen auslöst, die nicht ohne Weiteres zu entscheiden sind. Es kommt entscheidend hinzu, dass die Kapitalertragsteuer ähnlich einer Verkehrsteuer von ihrer Steuertechnik her dazu zwingt, ad hoc-Entscheidungen zu treffen und nicht abwarten zu können, dass sich die Rechtslage insoweit geklärt hat.

Insbesondere bedürfen Weisungen der Finanzbehörden in Form von BMF-Schreiben angesichts des Abstimmungserfordernisses zwischen Bund und Ländern langwieriger Entscheidungsprozesse und sind dementsprechend eher selten. Kommen die Behörden im Nachhinein zu einer anderen Auffassung als das einbehaltende Kreditinstitut, so ist es diesem mithin nicht vorwerfbar, wenn es sich auf eine andere, aber vertretbare Rechtsansicht gestützt hat. Dabei sind insbesondere die Grundsätze des Verbotsirrtums in analoger Anwendung von § 17 StGB heranzuziehen. Hieraus folgt beispielsweise auch, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Inanspruchnahme von Rechtsrat schuldausschließenden Charakter haben muss.

Insgesamt muss gesehen werden, dass die Diskussion um den schuldhaften Rechtsirrtum ohnehin darunter leidet, dass es gerade im Bereich der Kapitalertragsteuer an objektiven, eindeutig nachvollziehbaren Vorgaben fehlt. Die anderweitige Beurteilung einer Rechtsfrage kann nicht schuldhaft sein, wenn der Subsumierende darlegen kann, dass er die Fragen ernsthaft geprüft und im Zweifel unabhängige Stellungnahmen eingeholt hat.

Da eine Änderung der entsprechenden Rechtsprechung des BFH nicht abzusehen ist, diese sich vielmehr sogar zu verfestigen scheint, regen wir eine Klarstellung durch den Gesetzgeber an.

6. Notwendige Änderungen zur Umsetzung des objektiven Nettoprinzips

a. Verletzung des objektiven Nettoprinzips nach Systemwechsel der Einkunftsart

aa. Hintergrund: Systemwechsel von Quelleneinkunftsart zu umfassender Mischeinkunftsart

Die Einbeziehung von Veräußerungsgeschäften i.S.d. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 EStG a.F. und Stillhaltergeschäften i.S.d. § 22 Nr. 3 EStG a.F. in § 20 EStG und damit in die Abgeltungsteuer wirft die Frage auf, ob mit der Einführung der Neuregelung der Besteuerung von Kapitalein-

künften zum 1.1.2009 auch ein Systemwechsel in Richtung einer zumindest partiellen Vermögenszuwachsbesteuerung eingetreten ist.

Denn die bis dato geltenden Vorschriften sahen nur die Besteuerung von Erträgen aus der Nutzung von Kapitalvermögen vor, nicht aber von Wertveränderungen der Vermögenssubstanz.

Wenngleich der Anwendungsbereich des § 20 EStG durch die Einbeziehung der Finanzinnovationen bereits im Jahr 1994 um bestimmte Veräußerungsgewinne erweitert worden ist, wurde die Systematik, lediglich Erträge aus der Überlassung von Kapital zur Nutzung auf Zeit zu besteuern, die Mehrung des Stammvermögens dagegen von der Besteuerung auszunehmen, in der Folgezeit beibehalten und der Anwendungsbereich der Vorschrift nur um solche Erträge ausgeweitet, die Kapitalerträgen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zumindest ähnlich sind.

Mit der Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009 wurde diese Systematik durch die Einbeziehung von Vollrisikopapieren, Gewinnen aus der Veräußerung von Wertpapieren und Kapitalforderungen sowie Gewinnen aus Stillhalter- und Termingeschäften aufgegeben. Denn zum einen werden mit der Übernahme von Veräußerungsgewinnen i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG neben den Erträgen aus dem überlassenen Kapitalstamm auch Wertsteigerungen des Kapitalstamms selbst den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet. Zum anderen werden mit der Einbeziehung von Vollrisikopapieren, Stillhaltergeschäften und Termingeschäften Vermögenszuwächse erfasst, bei denen keine Kapitalüberlassung erfolgt.

Die Frage eines Systemwechsels ist nicht nur rein dogmatischer Natur, sondern hat erhebliche praktische Bedeutung. Denn ein Systemwechsel im vorbezeichneten Sinne hat zur Folge, dass nicht nur Gewinne in Bezug auf den Vermögensstamm vollumfänglich steuerlich zu berücksichtigen sind, sondern – als Folge des objektiven Nettoprinzips – auch Verluste.

Betrachtet man den Gesetzestext, lässt sich die Frage nach einem echten Systemwechsel nicht eindeutig beantworten, da auch die neuen Tatbestände Sachverhalte betreffen, die vormals als sonstige Einkünfte i.S.d. § 22 Nr. 3 EStG (Stillhaltergeschäfte) und private Veräußerungsgeschäfte i.S.d. § 23

Abs. 1 Nr. 2 und 4 EStG erfasst wurden (Veräußerungsgeschäfte mit Wertpapieren und Termingeschäfte), die zu den Überschusseinkunftsarten gehörten. Zudem entspricht die Rechtsauffassung der Finanzverwaltung derjenigen, die sie auch zur Rechtslage vor dem 1.1.2009 vertreten hat.⁹⁹

Allerdings wurde bereits zu den Vorschriften der §§ 22 Nr. 3, 23 EStG nach altem Recht erkannt, dass sie nur gesetzssystematisch zu den Überschusseinkünften zählen, tatsächlich jedoch Wertzuwächse besteuern wollen.¹⁰⁰ Geklärt hat dies insbesondere auch das BVerfG.¹⁰¹ In seinem Beschluss v. 7.7.2010 entschied das Gericht, dass Aufwendungen und Erträge aus Geschäften, die der Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unterliegen, umfassend zu berücksichtigen sind, weil § 23 EStG insoweit der Charakter einer Gewinneinkunftsart beizumessen ist. Das BVerfG würdigt also § 23 EStG seinem materiellen Gehalt entsprechend als Gewinneinkunftsart, wenngleich die Norm gesetzssystematisch zu den quellentheoretisch fundierten Überschusseinkunftsarten gehört (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG).

Die konzeptionelle Hauptänderung der Abgeltungsteuer lag nun insbesondere in der Aufgabe der auf ein Jahr begrenzten Frist für die Erfassung von Veräußerungsgewinnen. Alle Kapitalveräußerungseinkünfte wurden in § 20 Abs. 2 EStG aufgenommen und zählen daher nicht mehr zu den privaten Veräußerungseinkünften. Einkünfte aus Kapitalvermögen sind damit nur noch formal-gesetzssystematisch, nicht jedoch der Sache nach den Überschusseinkunftsarten zuzurechnen.¹⁰²

Im Fachschrifttum wurde im Zusammenhang mit der Einführung der Abgeltungsteuer daher auch bereits frühzeitig der Begriff „Wertzuwachssteuer“ verwendet.¹⁰³ Ob man so weit gehen kann, erscheint fraglich, da eine Wertzuwachssteuer regelmäßig auch nicht realisierte Wertzuwächse erfasst, die geltenden Regelungen hingegen nur „zugeflossene“ Kapitaleinkünfte. Aller-

⁹⁹ Vgl. zu dem vom Stillhalter gezahlten Barausgleich: BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, Tz. 27; zum Verfall einer Option beim Berechtigten: BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, Tz. 18, 23.

¹⁰⁰ Vgl. *Pezzer*, DStJG 34 2011, 207, 210 ff.

¹⁰¹ BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02; 2 BvL 2/04; 2 BvL 13/05, BStBl. II 2011, 76.

¹⁰² *Ders.*, DStJG 34 2011, 207, 211.

¹⁰³ *Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel*, Unternehmensteuerreform 2008: Die geplanten Änderungen im Überblick, BB 2007, 523, 532; *Stadler/Elser*, Änderungen bei Einkünften aus Kapitalvermögen, in *Blumenberg/Benz*, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 32, 42.

dings geht auch der Gesetzgeber selbst offensichtlich von einem Systemwechsel aus. Anders ist es u.E. nicht zu erklären, wenn in der Begründung zu dem Entwurf des JStG 2009 davon gesprochen wird, dass „die theoretisch mögliche Unterscheidung zwischen Ertrags- und Vermögensebene – die im Rahmen der Abgeltungsteuer für neu angeschaffte Kapitalanlagen ohnehin wegfällt – ... unbeachtlich“ ist.¹⁰⁴

bb. Folgen des Systemwechsels für die Erfassungsreichweite der Abgeltungsteuer

Da § 20 EStG spätestens durch die Übernahme der Regelungen zur Besteuerung von Gewinnen aus Stillhalter- und Termingeschäften sowie aus Veräußerungsgeschäften partiell zur Gewinneinkunftsart geworden ist und insoweit ein Systemwechsel stattgefunden hat, sind nach dem objektiven Nettoprinzip im Bereich der „neuen“ Tatgestände nicht nur Vermögenszuwächse, sondern auch Verluste umfassend steuerlich zu berücksichtigen.

Die Finanzverwaltung lehnt dies bei bestimmten Anlageinstrumenten allerdings ab. So werden zwar Veräußerungsgewinne, Gewinne aus Termingeschäften und Gewinne des Stillhalters aus Optionen vollumfänglich der Besteuerung unterworfen, Verluste in diesem Bereich werden jedoch nur eingeschränkt steuerlich anerkannt und in Teilbereichen der nicht steuerbaren Vermögensebene zugeordnet.¹⁰⁵

Dementsprechend hat das BVerfG¹⁰⁶ etwa in der Versagung der Verrechnung von Erträgen des Stillhalters mit Verlusten aus den Basisgeschäften einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit gesehen.

Wird aus einem wirtschaftlichen Gesamtgeschehen nur eine Komponente herausgegriffen und zur Grundlage der Einkommensteuer gemacht, die andere – gegenläufige – Komponente jedoch vollkommen negiert, wird nicht

¹⁰⁴ Entwurf der Bundesregierung eines Jahressteuergesetzes 2009 v. 2.9.2008, BT-Drucks. 16/10189, 66.

¹⁰⁵ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 26 zu Verlusten aus dem bei Ausübung vom Stillhalter gezahlten Barausgleich, Rz. 27 zu Verlusten aus dem Verfall einer Option beim Berechtigten, Rz. 60 zum Ausfall des Forderungsschuldners/Emittenten; BMF v. 16.11.2010, BStBl. I 2010, 1305, Tz. 2 zu Verlusten aus Vollrisikozertifikaten bei Eintritt des Knockout-Ereignisses und bei Endfälligkeit.

¹⁰⁶ BVerfG v. 11.10.2010 – 2 BvR 1710/10, DSStR 2010, 2296.

die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Besteuerung zugrunde gelegt, sondern eine fiktive. Die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kann insbesondere bei einem Spekulations- oder Termingeschäft nicht durch bloßes Abstellen auf einzelne Komponenten des wirtschaftlich einheitlichen Vorgangs erfasst werden. Sämtliche Komponenten, d.h. positive wie negative Ergebnisse, müssen vielmehr zum Gegenstand der Besteuerung gemacht werden.

Ausnahmen von diesem Folgerichtigkeitspostulat bedürfen verfassungsrechtlich eines besonderen sachlich rechtfertigenden Grundes. Ein solcher ist nicht ersichtlich, wenn die Berücksichtigungsfähigkeit des Verlustes lediglich davon abhängt, ob der Investor – im Extremfall – eine logische Sekunde vor dem Verfall einer Option eine Veräußerungshandlung vornimmt (die dann allerdings von der Finanzverwaltung für missbräuchlich erachtet würde),¹⁰⁷ oder ob er dies nicht tut. Ein solcher bloß formaler Aspekt kann keine ausreichende Differenzierung sein, die den vorgenannten Anforderungen des BVerfG gerecht würde. Die Bemessung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit kann von einer derartigen Förmlichkeit nicht abhängen.

Ist die Finanzverwaltung weiterhin nicht bereit, von ihrer Rechtsauffassung abzuweichen, die zu einer einseitigen Besteuerung von Wertzuwächsen ohne Berücksichtigung von Vermögensminderungen führt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diesem Umstand Rechnung zu tragen und das Gesetz – wegen der aufgezeigten Wechselwirkung zwischen materiellem Steuerrecht und Kapitalertragsteuerabzug sowohl in § 20 EStG als auch in § 43 EStG – in Bezug auf die nachfolgend aufgeführten Sachverhalte entsprechend anzupassen.

Geschieht dies nicht, muss damit gerechnet werden, dass Steuerpflichtige die ihnen entstandenen Verluste unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG im Rahmen der Veranlagung geltend machen, ihre Ansprüche abgelehnt werden und diese sodann gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Der von Politik und Finanzverwaltung gewünschte Vereinfachungseffekt der Abgeltungsteuer kann dann nicht eintreten.

¹⁰⁷ OFD Münster v. 13.7.2009, Kurzinformation Einkommensteuer Nr. 021/2009, DSrR 2009, 1757.

cc. Gesetzgeberischer Anpassungsbedarf im Einzelnen

(1) Berücksichtigung des Verfalls von Optionen beim Berechtigten

Der Verfall einer Option ist nach Auffassung der Finanzverwaltung¹⁰⁸ beim Privatanleger ertragsteuerlich unbeachtlich; die Anschaffungskosten seien der nicht steuerbaren Vermögensebene zuzuordnen. Dabei will sich die Finanzverwaltung auch auf die Rechtsprechung des BFH¹⁰⁹ stützen, der sich allerdings noch nicht zu allen Erscheinungsformen geäußert hat. Während Verluste, die der Berechtigte aus der Gattstellung eines Optionsgeschäftes erleidet, steuerlich abzugsfähig sind, soll dies bei Verlusten, die auf Seiten des Berechtigten aus dem Verfall entstehen, nicht der Fall sein. Dies ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Erfordernisses einer Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nicht nachvollziehbar, da beide Vorgänge wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis führen.¹¹⁰ Der Steuerpflichtige wird durch diese Differenzierung in die Gattstellung „getrieben“, um die steuerliche Abzugsfähigkeit seiner Verluste zu erreichen. Letzteres hätte zudem zur Folge, dass bei an Terminbörsen getätigten Gattstellungsgeschäften zusätzlich Transaktionskosten entstehen, die den Verlust noch erhöhen. Nach einer Auffassung setzt sich der Anleger u. U. sogar dem Vorwurf des Missbrauchs aus.¹¹¹

Die Auffassung der Finanzverwaltung führt dazu, dass Anleger zwar mit ihren positiven Einkünften aus Optionen und anderen Anlageinstrumenten der Einkommensteuer unterworfen werden, dass aber Verluste aus gleichartigen Titeln vollkommen unberücksichtigt bleiben, wenn bei diesen ein derartiger Verfall eingetreten ist.

Das Problem kann gelöst werden, wenn in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG hinter dem Wort „Abtretung“ die folgenden Worte eingefügt werden:

„der Verfall, soweit er sich aus den Emissionsbedingungen ergibt“.

¹⁰⁸ BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, Tz. 18, 23; zum Bereich der Abgeltungssteuer vgl. BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Tz. 27, 32.

¹⁰⁹ Etwa BFH v. 9.10.2008 – IX R 69/07, BFH/NV 2009, 152.

¹¹⁰ Vgl. *Reislhuber/Bacmeister*, DStR 2010, 684, 685; im Ergebnis ebenso: *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 277.

¹¹¹ OFD Münster, Kurzinformation ESt Nr. 021/2009.

(2) Verluste des Stillhalters aus nach Ausübung gezahltem Barausgleich

Die Erfüllung durch Barausgleich ist vertraglich vorgesehen bei Indexoptionen, kann aber auch bei anderen Arten von Optionen vereinbart werden. Auch der von dem Verpflichteten nach Ausübung der Option gezahlte Barausgleich soll unter dem bis zum 31.12.2008 geltenden Recht¹¹² wie auch unter der Abgeltungsteuer¹¹³ steuerlich unbeachtlich sein. Demgegenüber ist ein nach Glattstellung des Kontraktes gezahlter Barausgleich nach § 20 Abs. 1 Nr.11 Satz 2 EStG als steuerlich relevanter negativer Kapitalertrag zu qualifizieren. Dass auch in diesem Fall nicht nachvollziehbar ist, die steuerliche Anerkennung nur im Fall der Glattstellung erreichen zu können, die bei börsengehandelten Optionen mit zusätzlichen Kosten verbunden ist, liegt aus den zu bb. genannten Gründen auf der Hand.

Um auch hier das gesetzgeberisch offensichtlich Gewollte klarzustellen, wird vorgeschlagen, in § 20 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe a EStG hinter dem Wort „erlangt“ die Worte einzufügen:

„oder bewirkt“.

(3) Verluste des Stillhalters aus Ausübung

Analog zu Vorstehendem müssen die Verluste des Stillhalters auch allgemein zum Abzug zugelassen werden. Ein solcher Verlustfall tritt vor allem ein, wenn der Stillhalter durch Ausübung einer Option zur Belieferung verpflichtet ist und er sich zu relativ hohen Erwerbskosten eindecken muss, um die Wirtschaftsgüter an den Optionsberechtigten zu liefern.

Zur Klarstellung wären in § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG hinter dem Wort „Prämien“ die Worte

„und um Verluste aus der Ausübung“

einzufügen.

¹¹² BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986, Tz. 27.

¹¹³ BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94, Tz. 26, 34.

(4) Verluste aus Vollrisiko-Zertifikaten

Die Finanzverwaltung lehnt es weiterhin ab, Verluste aus Vollrisiko-Zertifikaten steuerlich anzuerkennen, wenn ausweislich der Emissionsbedingungen die Möglichkeit besteht, dass der Zeichner weder während der Laufzeit des Zertifikats ein Entgelt erhält, noch den an den Emittenten gezahlten Kaufpreis zurückbezahlt bekommt. In derartigen Fällen soll keine „Rückzahlung“ i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG vorliegen.¹¹⁴ Allerdings sind derartige Verluste steuerlich nach dem objektiven Nettoprinzip anzuerkennen.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die steuerliche Anerkennung von Verlusten aus sog. Knock-out-Zertifikaten, einer Unterart von Vollrisiko-Zertifikaten, bei der vorgesehen ist, dass das Zertifikat wertlos wird, wenn das in den Emissionsbedingungen vorgesehene Ereignis zu irgendeinem Zeitpunkt während der Laufzeit des Instruments eintritt, derzeit Gegenstand eines AdV-Verfahrens beim BFH ist.¹¹⁵ Das Hessische FG¹¹⁶ hatte als Vorinstanz die Anerkennung der Verluste gewährt und sich dabei maßgeblich auf den Beschluss des BVerfG vom 7.7.2010¹¹⁷ berufen, wonach § 23 EStG der Charakter einer Gewinneinkunftsart beizumessen ist und von daher Aufwendungen und Erträge aus Geschäften, die der Besteuerung nach § 23 EStG unterliegen, umfassend zu berücksichtigen sind.

b. Verletzung des objektiven Nettoprinzips bei der Verlustverrechnung

Nach dem 31.12.2008 entstandene positive Einkünfte aus Kapitalvermögen können nur noch mit nach dem 31.12.2008 entstandenen negativen Einkünften aus Kapitalvermögen (= Verlusten) verrechnet werden, nicht aber mit negativen Einkünften aus anderen Einkunftsarten.¹¹⁸

Ebenso wenig können negative Einkünfte aus Kapitalvermögen mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden (§ 20 Abs. 6

¹¹⁴ BMF v. 16.11.2010 – IV C 1 – S 2252/10/10010, BStBl. I 2010,1305, Tz. 2.

¹¹⁵ Az. IX B 154/10.

¹¹⁶ Hess. FG v. 22.10.2010 – 8 V 1268/10, EFG 2011, 448.

¹¹⁷ BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02; 2 BvL 2/04; 2 BvL 13/05, BStBl. II 2011, 76.

¹¹⁸ Ein derartiger Verlustausgleich setzt nach § 10d Abs. 1 EStG die Saldierung im Rahmen der Ermittlung der Summe der Einkünfte (§ 2 Abs. 3 EStG) voraus. Gem. § 2 Abs. 5b EStG sind bei der Ermittlung der Summe der Einkünfte Kapitalerträge i.S.d. § 32d Abs. 1 EStG nicht einzubeziehen.

Satz 2 1. Halbs. EStG).¹¹⁹ Dieser Umstand ist Ausfluss der Tatsache, dass die Kapitaleinkünfte nicht nach dem allgemeinen progressiven Einkommensteuertarif besteuert werden, sondern der besondere Steuertarif von 25 % Anwendung findet. Letzterer rechtfertigt nach allgemeiner Auffassung die eingeschränkte Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 EStG.¹²⁰

Negative Einkünfte sind insbesondere

- Veräußerungsverluste inkl. Verluste, die bei den einer Veräußerung gleichgestellten Sachverhalten i.S.d. § 20 Abs. 2 Sätze 2 und 3 EStG entstehen, insbesondere bei der Einlösung und Abtretung von Anlageinstrumenten, die unter die Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG fallen, oder aus Stillhalter- und Termingeschäften,
- gezahlte Zwischengewinne bei Investmentvermögen und
- gezahlte Stückzinsen.

Die Berücksichtigung von Verlusten aus Kapitalvermögen ist im Rahmen des Kapitalertragsteuerabzugs grundsätzlich in gleichem Umfang möglich wie im Veranlagungsverfahren (§ 43a Abs. 3 Satz 2 EStG) und dient damit dazu, den Abschluss des Besteuerungsverfahrens mit dem Steuerabzug zu bewirken.¹²¹

Allerdings können Verluste aus der Veräußerung von Aktien nicht uneingeschränkt, sondern nach § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG nur mit Gewinnen aus der Veräußerung von Aktien verrechnet werden.¹²² Dies führt dazu, dass für Zwecke des Kapitalertragsteuerabzugs für jeden Konto-/Depotinhaber – analog zur Veranlagung – zwei sog. Verlusttöpfe zu führen sind, innerhalb derer eine Verlustverrechnung erfolgen kann:

- Aktien-Verlusttopf für Verluste aus der Veräußerung von Aktien und

¹¹⁹ Vgl. *Stadler/Elser*, Änderungen bei Einkünften aus Kapitalvermögen, in Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 32, 51, 52.

¹²⁰ Vgl. *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 263; *von Beckerath*, in Kirchhof, EStG, § 20 Rz. 10; *Eckhoff*, FR 2007, 989, 990; *Weber-Grellet*, NJW 2008, 545, 5550; kritisch: *Englisch*, StuW 2007, 221, 234; *Loos*, DB 2007, 704, 705; *Oho/Hagen/Lenz*, DB 2007, 1322, 1324.

¹²¹ Vgl. *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 256.

¹²² Vgl. *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 256.

- allgemeiner Verlusttopf für Verluste aus sonstigen Veräußerungsgeschäften.¹²³

Diese Regelung beruht darauf, dass seitens des Gesetzgebers befürchtet wurde, dass eine uneingeschränkte Verlustverrechnung bei Kursstürzen, die in der Vergangenheit häufiger zu beobachten waren, zu nicht kalkulierbaren Steuerausfällen führen könnte.¹²⁴

Rein fiskalische Gründe erlauben es verfassungsrechtlich allerdings nicht, einzelnen Steuerpflichtigen (im vorliegenden Fall Anlegern in Aktien) Sonderlasten aufzulegen.¹²⁵ Die Motive, die zu der vorstehenden Regelung geführt haben, sind rein fiskalischer Natur. Sie ist daher u.E. nicht mit den vom BVerfG aufgestellten Grundsätzen vereinbar. Sie verstößt gegen das objektive Nettoprinzip und den Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und sollte daher aufgehoben werden.¹²⁶

7. Zwischenergebnis

Das System der Abgeltungsteuer weist – trotz bereits mehrfacher legislativer Anpassungen – im Bereich des materiellen Rechts, des Kapitalertragsteuerrechts sowie auch systematischer Fragen zur Umsetzung des objektiven Nettoprinzips noch einiges Verbesserungspotential auf.

Sollen Veranlagungen weitgehend vermieden werden, um insoweit das Vereinfachungsziel der Abgeltungsteuer zu erreichen, sind Nachbesserungen im Bereich des materiellen Steuerrechts und des Kapitalertragsteuerabzugsverfahrens vorzunehmen. Nach dem Systemwechsel der Kapitaleinkünfte zu einer Mischeinkunftsart sind außerdem die noch bestehenden Lücken bei der Umsetzung des objektiven Nettoprinzips zu schließen.

Dies hätte nicht nur eine inländische Dimension. Bevor (weitere) bilaterale Abkommen zwecks „Exportes“ der deutschen Abgeltungsteuer vereinbart

¹²³ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 228, 229; *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 257.

¹²⁴ Vgl. *Brusch*, Unternehmensteuerreform 2008, Abgeltungsteuer, FR 2007, 999, 1002; *Stadler/Elser*, Änderungen bei Einkünften aus Kapitalvermögen, in *Blumenberg/Benz*, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 32, 54.

¹²⁵ BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, 2460, Rz. 58 m.w.N.

¹²⁶ Ebenso: *Dinkelbach*, DB 2009, 870, 873; *Jachmann*, DStJG, Band 34, 251, 265.

werden, sind vielmehr auch insoweit Nachbesserungen in der hier angeregten Weise geboten.

IV. Grenzüberschreitende Erhebung der Abgeltungsteuer durch Mitwirkung ausländischer Staaten

1. Allgemeine Anforderungen an Abkommen zur Abgeltungsteuer

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, welchen Inhalt ein Abkommen zur Übernahme der deutschen Abgeltungsteuer durch das Ausland haben sollte. Zudem wird aus konkretem Anlass untersucht, inwieweit das Deutsch-Schweizer Abkommen diesen Anforderungen entspricht.

a. Verpflichtende Einführung durch den ausländischen Staat

Kapitalanlagen im Ausland sehen sich nach wie vor im Verdacht der Steuerhinterziehung ausgesetzt.

Derartigen Vorwürfe werden – ungeachtet dessen, ob sie tatsächlich zutreffen – der Boden entzogen, wenn die Kapitalanlage im Ausland in derselben Weise wie die inländische Kapitalanlage zwingend zur Erhebung von Abgeltungsteuer durch den Kapitalanlagestaat führt. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass einerseits das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an einer umfassenden Erfassung der Kapitaleinkünfte der Personen gewährleistet ist, die in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig sind. Andererseits entspricht diese Vorgehensweise auch dem Interesse der ausländischen Staaten, sich von dem Vorwurf zu entledigen, Steuerflucht zu unterstützen.

Ein Wahlrecht der deutschen Kunden für den Abgeltungsteuerabzug durch das ausländische Finanzinstitut kann allenfalls dann zugelassen werden, wenn statt des Kapitalertragsteuerabzugs die Meldung der Kapitalerträge an die deutschen Finanzbehörden erfolgt. Hierdurch wird zwar keine abschließende Besteuerung im Wege des Steuerabzugs erreicht. Die Vorgehensweise entspricht aber dem in der EU-Zinsrichtlinie vorgesehenen Regelverfahren. Die Besteuerung der Kapitalerträge aus der Auslandsanlage ist gesichert, da zum einen Kunden, die die Meldung ihrer Kapitalerträge wählen, deren Benennung in der Steuererklärung wohl kaum „vergessen“ werden. Zum anderen können die nationalen Steuerbehörden in Fällen, in denen Letzteres doch geschehen sollte, auf die Meldungen zurückgreifen, um den Steueranspruch durchzusetzen. Freilich setzt dies voraus, dass die meldepflichtigen Kapitaleinkünfte dem Umfang der deutschen Steuerpflicht exakt entsprechen.

In diesem Sinne sieht Art. 18 des zwischen der Schweiz und Deutschland abgeschlossenen Steuerabkommens vom 21.9.2011 als Regelfall den Steuerabzug auf Kapitalerträge deutscher natürlicher Personen durch die auszahlende Stelle vor. In Art. 21 des Abkommens wird allerdings zugelassen, dass der Kunde stattdessen die zum Steuerabzug verpflichtete Stelle ermächtigen kann, seine Kapitalerträge – wie sie auch der deutschen Abgeltungsteuer in der Schweiz unterlegen hätten – an die deutschen Steuerbehörden zu melden.

b. Gesetz als Rechtsgrundlage

Neben Richtlinien und Verordnungen als europäische Rechtsakte kommen bilaterale Vereinbarungen zwischen Staaten („Abkommen“, im Steuerrecht regelmäßig in Form von Doppelbesteuerungsabkommen) in Betracht, um rechtliche Verpflichtungen zwischen zwei Hoheitsgebieten zu begründen. Derartige EU-Richtlinien und bilaterale Vereinbarungen werden jedoch nicht bereits mit ihrer Unterzeichnung nationales Recht; zusätzlich bedarf es eines Umsetzungsgesetzes, um individuelle Verbindlichkeit zu erlangen (vgl. für EU-Richtlinien Art. 288 Abs. 3, 291 AEUV). Insoweit unterscheiden sie sich von EU-Verordnungen, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar wirksam und verbindlich sind und von daher nicht durch nationale Rechtsakte umgesetzt werden müssen (Art. 288 Abs. 2 Satz 1 AEUV). Für bilaterale Abkommen bedarf es regelmäßig eines Ratifizierungsgesetzes. Das gilt auch in der Schweiz.

c. Vollständige Übernahme der nationalen Vorschriften durch ausländischen Staat

Soll das von den Staaten, die die Erhebung der Abgeltungsteuer durch nationale Institutionen vorschlagen, angestrebte Ziel erreicht werden, deutschen Anlegern bezogen auf die in dem jeweiligen Staat erzielten Kapitalerträge den gleichen steuerlichen „Service“ anzubieten, der bestehen würde, wenn die Kapitalerträge in Deutschland erzielt würden, müssen die deutschen Vorschriften über den Kapitalertragsteuereinbehalt möglichst vollständig übernommen werden.

Ausnahmen dürfen nur in begründeten Einzelfällen zugelassen werden. Würde man einzelne Elemente beim Kapitalertragsteuerabzug aussparen, würde dies dazu führen, dass unterschiedliche Regelungen für das materielle Steuerrecht und den Kapitalertragsteuerabzug gälten. Als Folge würde die Notwendigkeit bestehen, in den betreffenden Fällen die Veranlagung durch-

zuführen. Denn die Abgeltungswirkung tritt nur ein, „soweit“ die Kapitalerträge tatsächlich dem Steuerabzug unterlegen haben (§ 43 Abs. 5 Satz 1 EStG). Das bedeutet nach dem Willen des Gesetzgebers, dass die Bemessungsgrundlage für den Kapitalertragsteuerabzug nicht niedriger sein darf als diejenige für die materiell-rechtliche Besteuerung nach § 20 EStG.¹²⁷

aa. Kreis der Steuerpflichtigen

Die abgeltende Wirkung des Kapitalertragsteuerabzugs kann nur bezogen auf Kapitalerträge erreicht werden, die der Besteuerung nach § 20 EStG unterliegen (§ 43 Abs. 5 Satz 1 EStG).

Dies trifft uneingeschränkt zu auf Kapitalerträge, die in der Bundesrepublik Deutschland nach § 1 EStG unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen Personen zufließen. Hierunter fallen zum einen Personen, die entweder einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben (§ 1 Abs. 1 Satz 1 EStG), aber auch solche, auf die Vorstehendes nicht zutrifft, die aber die besonderen Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 EStG erfüllen (insbesondere Angehörige des Auswärtigen Dienstes).

Bei Kapitalerträgen, die zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb, Land- und Forstwirtschaft, selbständiger Arbeit oder Vermietung und Verpachtung i.S.d. §§ 13, 15, 18 und 21 EStG gehören, kann der Kapitalertragsteuerabzug keine abgeltende Wirkung entfalten (§ 43 Abs. 5 Satz 2 EStG).

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll und geboten, den Kreis der Steuerpflichtigen, bei denen ein abgeltender Steuerabzug im Ausland erfolgt, auf in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Personen zu beschränken, bei denen die Kapitalerträge zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG zählen („Privatpersonen“). Allerdings birgt ein einkunftsartenabhängiger Verzicht auf den Kapitalertragsteuereinbehalt das Risiko der Umgehung des Abzugs.

Soweit der Kapitalertragsteuerabzug darüber hinausgeht, etwa weil bei natürlichen Personen nicht hinterfragt wird, ob die Kapitalerträge einer anderen Einkunftsart als § 20 EStG zuzuordnen sind, erscheint dies unproblematisch, sofern die Anrechnung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer auf die deutsche Einkommensteuer gewährleistet ist.

¹²⁷ Vgl. die Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des JStG 2010, BT-Drucks. 17/2249, 58.

Diesen Weg geht das Deutsch-Schweizer Steuerabkommen vom 21.9.2011, das einen Kapitalertragsteuerabzug für Kapitalerträge vorsieht, die „eine in der Bundesrepublik Deutschland ansässige natürliche Person“ erzielt (Art. 18 i.V.m. Art. 2 h).¹²⁸

bb. Weitergabe von Kundendaten

Seitens der Staaten, die bereit sind, die deutsche Abgeltungsteuer auf Kapitalerträge zu erheben, die auf Konten und Depots bei lokalen Kreditinstituten erzielt werden, wird regelmäßig gefordert, dass die Steuer anonym, d.h. ohne Benennung der Gläubiger der Kapitalerträge an den deutschen Fiskus abgeführt werden soll.

Dem steht das Interesse der Bundesrepublik Deutschland gegenüber sicherzustellen, dass Kapitalerträge von im Inland steuerpflichtigen Personen umfassend besteuert werden.

Hierfür ist es jedoch nicht zwingend notwendig, dass die Namen und Besteuerungsgrundlagen der Finanzverwaltung bekannt sind. So sieht auch das deutsche Steuerrecht vor, dass die Kapitalertragsteuer von den Kreditinstituten anonym abgeführt wird und dass das Besteuerungsverfahren grundsätzlich mit diesem Akt abgeschlossen ist. Nur dort, wo Steuerausfälle oder Missbräuche drohen (etwa durch mehrfache Nutzung des Sparer-Pauschbetrags oder bei der Abstandnahme vom Steuerabzug bei Veräußerungsvorgängen im betrieblichen Bereich), schreiben die nationalen Vorschriften vor, dass zur Sicherung des Steueraufkommens bestimmte Sachverhalte anzuzeigen sind.

So sind die zum Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Institute nach § 45d EStG verpflichtet, dem BZSt die Kapitalerträge anzuzeigen, bei denen aufgrund eines von den Kunden erteilten Freistellungsauftrags vom Steuerabzug Abstand genommen worden ist oder bei denen nach § 44b Abs. 6 EStG oder § 7 Abs. 4 InvStG Kapitalertragsteuer erstattet worden ist, sowie die Kapitalerträge, bei denen aufgrund eines Freistellungsauftrags die Erstattung von Kapitalertragsteuer beim BZSt beantragt worden ist. Durch diese Meldungen soll – wie vorstehend ausgeführt – verhindert werden, dass Kunden z.B. Freistellungsaufträge über den vollen Sparer-Pauschbetrag gegenüber

¹²⁸ Art. 2 h des Abkommens enthält weitergehende Regelungen über die Zurechnung mittelbar zufließender Kapitalerträge und Vorgaben, wenn von einer Ansässigkeit in der Bundesrepublik Deutschland auszugehen ist.

mehreren Kreditinstituten erteilen und so den Sparer-Pauschbetrag mehrfach in Anspruch nehmen.¹²⁹

Soll einerseits eine Meldepflicht vermieden und andererseits Missbräuchen entgegengewirkt werden, kann dies nur erreicht werden, wenn die Möglichkeit, eine Befreiung vom Kapitalertragsteuerabzug durch Erteilung eines Freistellungsauftrags zu erwirken, ausgeschlossen wird. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass die Erteilung eines Freistellungsauftrags (ggf. über einen Betrag von 0 €) bei zusammen veranlagten Ehegatten Voraussetzung für die ehегattenübergreifende Verlustverrechnung ist, mit der erreicht wird, dass am Jahresende bestehende Verluste über alle für die Ehegatten bei einem Institut geführten (Einzel- und Gemeinschafts-)Konten und Depots verrechnet werden können (§ 43a Abs. 3 Satz 2 2. Halbs. EStG). Vor diesem Hintergrund sollte es zusammen veranlagten Ehegatten erlaubt sein, einen Freistellungsauftrag über 0 € zu erteilen, da dies keine Meldepflicht nach § 45d EStG nach sich zieht.

Eine Meldepflicht ist weiter vorgesehen im Bereich der Depotüberträge. Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 4 EStG gilt qua gesetzlicher Fiktion ein Depotübertrag auf einen anderen Gläubiger/Depotinhaber („Depotübertrag mit Gläubigerwechsel“) als (entgeltliche) Veräußerung der übertragenen Wirtschaftsgüter/Wertpapiere i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG. Hierdurch sollen im Rahmen des Kapitalertragsteuerabzugs Veräußerungsvorgänge erfasst werden, die nicht über ein Kreditinstitut abgewickelt werden. Depotüberträge ohne Gläubigerwechsel (= Wechsel der Bankverbindung) fallen nicht unter die Regelung.¹³⁰

Unentgeltliche Depotüberträge mit Gläubigerwechsel hat die auszahlende Stelle dem für sie zuständigen Betriebsstätten-FA anzuzeigen (§ 43 Abs. 1 Satz 6 EStG). Darüber hinaus soll nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Meldepflicht nach § 44 Abs. 1 Sätze 7 bis 9 EStG analog bestehen, wenn bei einem kapitalertragsteuerpflichtigen Depotübertrag der Gläubiger der Kapitalerträge der auszahlenden Stelle die zur Abführung der Kapitalertragsteuer benötigte Liquidität nicht zur Verfügung stellt.¹³¹ Es bleibt abzuwarten, wie die in diesem Bereich bestehenden Interessenkonflikte gelöst werden.

¹²⁹ Vgl. *Dahm/Hamacher*, in Korn, EStG § 45d Rz. 2.

¹³⁰ Vgl. *Ramackers*, in Littmann/Bitz/Pust, § 43 EStG Rz. 225 (Stand Mai 2010).

¹³¹ BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 164.

Das zwischen der Bundesrepublik und der Schweiz abgeschlossene Abkommen vermeidet die Problematik der steuerlichen Meldepflichten, indem sowohl die Erteilung eines Freistellungsauftrags als auch die Berücksichtigung einer NV-Bescheinigung ausgeschlossen sind.

Allerdings wurde die Veräußerungsfiktion bei einem Depotübertrag auf eine andere Person übernommen. Damit stellt sich die Problematik des Steuereinkommens bei Kapitalerträgen ohne Geldfluss.

cc. Steuersatz

Wir halten es für zwingend notwendig, dass bei der Erhebung der Abgeltungsteuer durch ausländische Kreditinstitute grundsätzlich die gleichen Steuersätze zur Anwendung kommen, die auch bei einem Steuerabzug im Inland gelten.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die EU-Kommission einen Verstoß gegen den freien Kapitalverkehr gem. Art. 63 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV sowie die diesen Regelungen entsprechenden Vorschriften des EWR-Abkommens sieht, wenn für Kapitaleinkünfte, die ein Steuerpflichtiger in seinem Heimatstaat erzielt, ein niedrigerer Steuersatz gelten soll, als bei einer Kapitalanlage im Ausland. Konkret hat die EU-Kommission am 16.2.2011 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Griechenland eingeleitet, weil das griechische Steuergesetz vorsieht, dass für Zinsen griechischer Staatsangehöriger aus Guthaben, die bei in Griechenland ansässigen Kreditinstituten unterhalten werden, ein niedrigerer Steuersatz gilt (6 %) als bei Auslandsguthaben (8 %).¹³²

Diese Vorgabe erfüllt das Deutsch-Schweizer Steuerabkommen vom 21.9.2011, das für Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag die gleichen Steuersätze vorsieht wie das EStG. Darüber hinaus soll auf Antrag des Kunden auch ein KiSt-Einbehalt erfolgen, aus Vereinfachungsgründen allerdings nur zu einem einheitlichen Steuersatz von 9 %, während das EStG für Inlandsverhältnisse – je nach Religionsgemeinschaft – Steuersätze von 8 % und 9 % anordnet.

¹³² IP/11/161 v. 16.2.2011.

dd. Fortschreibung der gesetzlichen Regelungen und Information über Änderungen

Die nationalen deutschen Vorschriften über die Besteuerung von Kapitalerträgen und den Steuerabzug unterliegen einer ständigen Änderung. Soweit der Steuereinbehalt durch die ausländischen Kreditinstitute abgeltende Wirkung haben soll (was erklärtes Ziel ist), muss daher entweder festgelegt werden, dass die Regelungen laufend angepasst werden oder die deutschen Vorschriften in der jeweils geltenden Fassung anwendbar sind (sog. „dynamischer Verweis“). Geschieht dies nicht, kann das erwünschte Ziel dauerhaft nicht erreicht werden.

Das Deutsch-Schweizer Steuerabkommen vom 21.9.2011 löst die Thematik wie folgt:

- Art. 18 Abs. 1 ordnet einen der deutschen Steuer entsprechenden Abzug an.
- Art. 18 Abs. 4 bestimmt, dass abgeltende Wirkung nur insoweit eintritt, als dies nach deutschem Recht der Fall wäre.
- Art. 37 Abs. 2 sieht eine Unterrichtungspflicht der zuständigen deutschen Behörde über deutsche Rechtsänderungen vor.

Darüber hinaus werden in dem Abkommen die der Kapitalertragsteuer unterliegenden Sachverhalte in einer Weise definiert, die zwar von dem Aufbau der entsprechenden Normen des EStG abweicht, diesen aber inhaltlich in weiten Teilen entspricht. Zudem enthält das Abkommen einen Katalog von Sachverhalten, die sich im Depotbereich ereignen, nebst Aussagen zu deren steuerlicher Behandlung, der sich an den in der Bundesrepublik Deutschland veröffentlichten BMF-Schreiben¹³³ orientiert.

Damit enthält das Abkommen eine zwar statische Regelung, die – soweit sich die Vorschriften des EStG ändern – geändert werden muss, um den gewünschten Effekt zu erzielen. Daneben können aber die zur Anwendung der §§ 20 und 43 ff. EStG ergangenen und künftig noch ergehenden Verwaltungserlasse zur Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften herangezogen werden, so dass gleichwohl eine nicht unerhebliche „Flexibilität“ für die Auslegung und Anwendung der in dem Abkommen getroffenen Regelungen zum Steuerabzug besteht.

¹³³ Insbesondere werden die in dem BMF-Schreiben v. 22.12.2009 – IV C 1 – S 2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, getroffenen Regelungen wiedergegeben.

ee. Anrechnung der einbehaltenen Steuer im Rahmen der Veranlagung

Weiter muss im Veranlagungsfall gewährleistet sein, dass die im Ausland einbehaltene Kapitalertragsteuer auf die in der Bundesrepublik Deutschland festgesetzte Einkommensteuer angerechnet wird. Denn eine Veranlagung kann – wie bei einem Inlandsfall – aus den unterschiedlichsten Gründen geboten sein.¹³⁴

Insoweit ist es notwendig, die Anrechnung und deren Voraussetzungen („Steuerbescheinigung“) bezüglich der im Ausland erhobenen Kapitalertragsteuer (einschließlich Zuschlagsteuern) in dem bilateralen Abkommen mit dem jeweiligen Staat sowie im EStG festzuschreiben.

Das Deutsch-Schweizer Steuerabkommen vom 21.9.2011 sieht in Art. 29 vor, dass von den Schweizer Zahlstellen über die einbehaltene Kapitalertragsteuer Bescheinigungen ausgestellt werden, anhand derer die in der Schweiz einbehaltene Kapitalertragsteuer auf die im Rahmen der Veranlagung in Deutschland festgesetzte Einkommensteuer angerechnet wird.

d. Kontrolle des Steuerabzugs

Aus deutscher Sicht – aber auch aus Sicht der Staaten, die an einer Übernahme des Steuerabzugs interessiert sind – ist es weiterhin notwendig sicherzustellen, dass der Steuerabzug durch die auszahlenden Stellen abkommenskonform erfolgt.

Insofern muss ein Verfahren vereinbart werden, durch das Vorstehendes sichergestellt ist. In der Bundesrepublik Deutschland wird der Steuerabzug im Rahmen der „normalen“ steuerlichen Betriebsprüfung kontrolliert. Auch kann der Kapitalertragsteuerabzug Gegenstand einer speziellen Prüfung sein (§ 193 Abs. 1 i.V.m. § 194 Abs. 1 Sätze 1, 2 und 4 AO). So wurden nach Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009 bei diversen Kreditinstituten auf deren Antrag hin die Systeme geprüft, mit denen der Kapitalertragsteuerabzug abgewickelt wird, um insoweit Rechtssicherheit zu erlangen.¹³⁵

Das völkerrechtlich verankerte Territorialitätsprinzip besagt, dass Hoheitsrechte jeweils nur auf dem eigenen Staatsgebiet ausgeübt werden dürfen.

¹³⁴ Vgl. Abschn. III. 2.

¹³⁵ Vgl. zu der Thematik *Schmidt/Eck*, Die Kapitalertragsteuer-Sonderprüfung unter dem Regime der Abgeltungsteuer – rechtliche Aspekte und praktische Hinweise, BB 2011, 1751.

Wenngleich die Amtshilfe im Bereich der direkten Steuern und der MwSt bereits seit geraumer Zeit in einer EU-Richtlinie geregelt ist¹³⁶ und darüber hinaus diverse bilaterale Abkommen mit Staaten über wechselseitige Amtshilfe existieren, ist nicht vorgesehen, dass in einem Staat Steuerprüfungen durch Beamte eines anderen Staates vorgenommen werden.

Vor diesem Hintergrund sollte geregelt werden, dass die Prüfung des Steuerinhalts entweder durch Steuerprüfer des Staates erfolgt, in dem die zum Steuerabzug verpflichtete Stelle ansässig ist, oder aber durch von dieser Behörde beauftragte Personen, die die nötige Fachkunde besitzen.

Zudem sollten Berichtspflichten und Sanktionen für Verstöße vereinbart werden.

Das Deutsch-Schweizer Steuerabkommen vom 21.9.2011 sieht insoweit vor, dass die Kontrolle des Steuerabzugs durch die Schweizer Steuerbehörden erfolgt und diese über die Ergebnisse ihrer Prüfungen an die deutschen Steuerbehörden berichten müssen (Art. 36). Über Sanktionen enthält das Abkommen keine Regelungen; insoweit sind die einschlägigen Schweizer Rechtsnormen anwendbar.

2. Verhältnis zur Erhebung von Quellensteuer durch den Ansässigkeitsstaat der Zahlstelle

Sieht der Ansässigkeitsstaat des auszahlenden Finanzinstituts gleichfalls einen Quelleneinbehalt auf an Steuerausländer gezahlte Kapitaleinkünfte vor, so kann dieser grds. weiterhin erhoben werden, muss aber auf die deutsche Abgeltungsteuer angerechnet werden.

Dementsprechend sieht Art. 20 Abs. 2 des Steuerabkommens vom 21.9.2011 vor, dass die schweizerische Verrechnungsteuer von diesem Abkommen unberührt bleibt. Es obliegt der schweizerischen Zahlstelle, im eigenen Namen und auf Rechnung des Steuerpflichtigen eine Rückerstattung zu beantragen, soweit dies das DBA zwischen Deutschland und der Schweiz vorsieht. Die danach nicht rückforderbare Verrechnungsteuer (Residualsteuer) wird auf die in der Schweiz erhobene (deutsche) Abgeltungsteuer angerechnet, jedoch nicht erstattet, soweit sie die Abgeltungsteuer dann übersteigt.

¹³⁶ EG-Amtshilfe-Richtlinie 2010/24/EU v. 16.3.2010, Abl. EU L84 v. 31.3.2010.

3. Vereinbarkeit mit EU- und Völkerrecht

Voraussetzung von Vereinbarungen, die die Erhebung von Kapitalertragsteuer nach deutschem Recht im Kapitalanlagestaat vorsehen, ist, dass entsprechende Steuerabkommen mit anderen bilateralen Abkommen oder dem EU-Recht vereinbar sind.

a. Verhältnis zur EU-Zinsrichtlinie

Zwischen der EU-Zinsrichtlinie und etwaigen bilateralen Abkommen, wie demjenigen mit der Schweiz aus dem Jahr 2011, besteht u.E. keine zwingende Schnittmenge. Indem die EU-Zinsrichtlinie ein in sich geschlossenes, auf eigenständigem Europarecht aufgebautes System enthält, wird grundsätzlich etwas anderes erreicht, als es mit bilateralen Abkommen möglich wäre.

Es wurde ausgeführt, dass durch bilaterale Abkommen letztlich – wenn die abgeltende Wirkung erzeugt werden soll, und dies ist ja ihr ausschließlicher Existenzgrund – eine Übereinstimmung mit dem deutschen Einkommensteuergesetz erreicht werden muss. Die Anforderungen des deutschen Einkommensteuergesetzes sind sozusagen das Minimalfundament, auf dem ein bilaterales Abkommen aufgebaut sein sollte.

Es wird dann aber auch tatsächlich die deutsche Einkommensteuer erhoben, und nicht eine der Einkommensteuer ähnliche Quellensteuer wie im Falle der EU-Zinsrichtlinie. Da die übrigen Voraussetzungen und Tatbestände nach den Abkommen und nach der deutschen Einkommensteuer identisch sein müssen, wird es auch nicht so sein, dass inhaltliche Brüche auftreten, wie sie für das Verhältnis von EStG und EU-Zinsrichtlinie konstatiert werden mussten.

Bilaterale Abkommen und EU-Zinsrichtlinie stehen also nebeneinander. Zwar geht das Abkommen mit der Schweiz nach seinem Art. 14 DBA-Regelungen vor, aber das berührt nicht das sekundäre Unionsrecht, da dieses auf einem übernationalen Geltungsgrund beruht.

Nun wäre es auf der anderen Seite wenig sinnvoll, eine Abgeltungsteuer nach Maßgabe des deutschen Rechts zu erheben und daneben eine Quellensteuer nach Maßgabe der EU-Zinsrichtlinie, oder gar Kontrollmitteilungen vorzunehmen über ein Phänomen, dessen Steuerpflicht mit dem Einbehalt auf bilateraler Basis bereits geendet hat. Dieses Spannungsfeld ist allerdings lösbar:

Art. 20 Abs. 1 des Steuerabkommens vom 21.9.2011 sah insoweit ursprünglich vor, dass die EU-Quellensteuer bis zur Höhe der nach dem Abkommen erhobenen Abgeltungsteuer angerechnet wird; ein darüber hinausgehend einbehaltener Betrag nach dem EU-Abkommen vom 26.10.2004 sollte unverzüglich durch die auszahlende Stelle der betroffenen Person (dem Steuerpflichtigen) wieder erstattet werden. Im Ergebnis wäre damit die Erhebung der sog. EU-Quellensteuer nur noch virtuell gewesen. In dem Zusatzprotokoll vom 5.4.2012 zu dem Deutsch-Schweizerischen Steuerabkommen wurde der Text nunmehr dahingehend geändert, dass das Abkommen nicht für Erträge gilt, die unter das EU-Abkommen vom 26.10.2004 fallen.¹³⁷ Diese Änderung soll erfolgt sein, um Bedenken der EU, die diese zur Vereinbarkeit des parallel zwischen der Schweiz und Großbritannien abgeschlossenen Steuerabkommens mit EU-Recht geäußert haben soll, auszuräumen.¹³⁸

Weiter wurde in dem Zusatzprotokoll geregelt, dass bei Zinseinkünften deutscher Steuerpflichtiger, auf die die EU-Quellensteuer von 35 % erhoben wird, die Steuerpflicht in Deutschland erfüllt sein soll. Darüber hinaus soll geprüft werden, ob das derzeitige Anrechnungssystem durch ein einfacheres System ersetzt werden kann.¹³⁹ Wir halten die skizzierten Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Einbeziehung von Zinserträgen in ein bilaterales Steuerabkommen mit EU-Recht für nicht nachvollziehbar.

Ansatzpunkt für die Erstattung der EU-Quellensteuer – auch in einem vergleichbaren Abkommen mit einem anderen EU-Staat – bildet nach unserer Auffassung Art. 14 Abs. 4 der EU-Zinsrichtlinie. Dieser stellt die Grundlage für die Erstattung der EU-Quellensteuer dar, und diese Verpflichtung könnte dann auf die auszahlende Stelle in analoger Weise wie zuvor beschrieben übertragen werden. Damit würde sich nicht die Frage stellen, ob ein bilaterales Abkommen mit dem EU-Recht vereinbar ist. Es ist ein Aliud, und nicht ein Mehr oder Weniger gegenüber der EU-Zinsrichtlinie.

Am wichtigsten ist aber, dass sich die EU-Zinsrichtlinie selbst im Wege einer Verweisungskette bilateralen Abkommen öffnet. Die EU-Zinsrichtlinie ist letztlich eine spezielle EU-Rechtsnorm auf dem Gebiet der Amtshilfe

¹³⁷ Vgl. Art. II des Zusatzabkommens v. 5.4.2012.

¹³⁸ Vgl. Pressemitteilung Nr. 12/2012 des BMF v. 5.4.2012 „Schweiz und Deutschland ergänzen Steuerabkommen“.

¹³⁹ Vgl. „Memorandum zu verfahrensrechtlichen Aspekten im Hinblick auf die Anwendung des Zinsbesteuerungsabkommens Schweiz – EU“ des Zusatzabkommens v. 5.4.2012.

in Steuersachen. Dies ergibt sich zum Beispiel aus Erwägungsgrund Nr. 15 der Richtlinie, wonach die EU-Amtshilferichtlinie ergänzend herangezogen werden kann, soweit die EU-Zinsrichtlinie nicht *lex specialis* ist.

Amtshilfe ist aber auch Erhebung und Beitreibung, wie sich aus Art. 1 der Richtlinie 2010/24/EU ergibt. Diese EU-Beitreibungsrichtlinie selbst öffnet sich nach deren Erwägungsgrund Nr. 17 jedweden bilateralen oder multilateralen Übereinkünften. So gesehen existiert über eine Verweiskette eine direkte Öffnungsklausel für Vereinbarungen nach Art des Deutsch-Schweizerischen Steuerabkommens, soweit es um Abkommen dieser Art zwischen EU-Mitgliedstaaten ginge.

Letztlich muss vor allem der Sinn und Zweck der Zinsrichtlinie berücksichtigt werden. Bilaterale Abkommen zur grenzüberschreitenden Erhebung der Abgeltungsteuer tragen dem Vollzugssicherungsinteresse der Zinsrichtlinie in besonderem Maße Rechnung. Denn was nützen Kontrollmitteilungen nach der Richtlinie, die nur einen Ausschnitt der Kapitaleinkünfte betreffen, wenn die grenzüberschreitende Abgeltungsteuer deren vollständige Erfassung gewährleistet. Zwar können Kontrollmitteilungen auch zu Erkenntnissen über die Vergangenheit führen, doch ist solches auch möglich über die Auskunftsregelungen nach der EU-Amtshilferichtlinie und denjenigen nach dem Deutsch-Schweizerischen Steuerabkommen. Letztere sehen zwar keine „fishing expeditions“ vor, doch sind solche auch nicht Gegenstand des sog. OECD-Standards.

b. Verhältnis zur EU-Amtshilferichtlinie

Bilaterale Steuerabkommen zur Sicherung des Vollzugs von Kapitaleinkünften könnten zudem Gefahr laufen, mit der Amtshilferichtlinie der EU zu konfliktieren, die den Auskunftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten regelt.¹⁴⁰

Das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht geht nicht nur dem nationalen Recht vor, sondern auch bilateralen Verträgen. Dies folgt zum einen im Umkehrschluss aus Art. 351 AEUV und entspricht zum anderen der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.¹⁴¹ Art. 351 AEUV gilt zwar unmittelbar nur im Verhältnis zu Drittstaaten, jedoch dürfte der gleiche

¹⁴⁰ Ursprüngliche Richtlinie 77/799/EWG; nunmehr Richtlinie 2011/16/EU v. 15.2.2011, ABl EU L 64 v. 11.3.2011, S. 1.

¹⁴¹ EuGH v. 27.2.1962 – C-10/61, Kommission ./I. Italien; EuGH v. 16.3.1983, C-266/81, SIOT; EuGH v. 12.12.2002, C-385/00, de Groot.

Gedanke erst recht anwendbar sein, wenn es um Verträge zwischen Mitgliedstaaten selbst geht. Klassische Fälle sind Doppelbesteuerungsabkommen, die mit Mitgliedstaaten oder auch Drittstaaten geschlossen werden.

Allerdings heißt es schon im Erwägungsgrund 17 zur EU-Amtshilferichtlinie, dass diese nur Mindestnormen festlegt und dass im Übrigen das Recht der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit im Rahmen bilateraler Abkommen unberührt bleibt. Im Übrigen ist auch nicht erkennbar, wodurch das EU-Recht bei Abschluss eines bilateralen Steuerabkommens Schaden leiden könnte. Ein automatischer oder spontaner Informationsaustausch (Art. 8, 9 ff. der EU-Amtshilferichtlinie) seitens des Landes, das aufgrund eines Steuerabkommens Quellensteuern mit abgeltender Wirkung erhebt, dürfte völlig unberührt bleiben.

Andererseits könnte es unbeschadet des Erwägungsgrunds 21 zu einem Konflikt im Rahmen des Informationsaustausches auf Ersuchen (Art. 5 der EU-Amtshilferichtlinie) kommen. Auch dies wird jedoch nicht der Fall sein, denn die ersuchte Behörde (die im Quellensteuerland sitzt) wird die erbetenen Informationen normalerweise nicht bereits haben, sondern muss sie erst beschaffen. In diesem Zusammenhang bestimmt aber Art. 6 Abs. 3 der EU-Amtshilferichtlinie, dass die Beschaffung von Informationen sich nach dem Recht des angefragten Landes richtet. Dies schließt „fishing expeditions“ aus, soweit dies nach dem dortigen Recht untersagt ist. Dies ist beispielsweise in der Schweiz der Fall, und auch potentielle weitere Länder, die für den Abschluss eines Steuerabkommens in Betracht kämen (wie insbesondere Luxemburg und Liechtenstein), haben nach ihrem internen Recht zumindest einen hinreichenden Anlass für Ermittlungen zu beachten.

Sollte die ersuchte Behörde ausnahmsweise die Information bereits besitzen, scheint Art. 7 der EU-Amtshilferichtlinie eine unverzügliche Herausgabe anzuordnen. Auch Art. 7 steht jedoch unter dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit, und daher ist ein hinreichender Anlass Voraussetzung, wie er eben im Deutsch-Schweizerischen Steuerabkommen beschrieben wird. Außerdem ist auf Art. 17 Abs. 3 zu verweisen, wonach die Behörde des ersuchten Mitgliedstaates die Ermittlung von Informationen ablehnen kann, wenn sie der anfragende Mitgliedstaat selbst so nicht erheben könnte. Da in Deutschland die Voraussetzung des hinreichenden Anlasses für Ermittlungen besteht, dürfte eine Automatik in vorstehendem Sinne in Bezug auf Art. 7 nicht gegeben sein.

c. Verhältnis zu anderen bilateralen Abkommensregelungen

Abkommen zur Abgeltungsteuer werden im Regelfall neben bereits bestehende, umfassendere bilaterale Doppelbesteuerungsabkommen treten, die auch einen Auskunftsaustausch für steuerliche Zwecke regeln.

So haben die Schweiz und Deutschland mit Unterzeichnung eines Protokolls vom 27.10.2010 zur Änderung des Abkommens vom 11.8.1971 (DBA Schweiz) im Bereich des Auskunftsaustauschs vereinbart, dass der sog. OECD-Standard im Verhältnis der beiden Staaten zur Anwendung kommt.¹⁴² Dies bedeutet, dass dann Auskünfte auf Ersuchen zu erteilen sind, wenn sie zur Besteuerung im ersuchten Staat „voraussichtlich erheblich“ sind. Der Verdacht eines Steuerdelikts ist hierzu nicht erforderlich. Dies eröffnet allerdings keinen voraussetzungslosen Auskunftsverkehr. In der Begründung zu Art. 4 des Protokolls wird verdeutlicht, dass es eines Anlasses für ein Ersuchen bedarf und sog. „fishing expeditions“, d.h. anlasslose Anfragen „ins Blaue hinein“ unzulässig sind. Dies unterstreicht im Wortlaut auch nochmals Art. 5 des Protokolls, indem insbesondere als Voraussetzung eines Auskunftsaustauschs hinreichende Angaben zur Identifizierung des Steuerpflichtigen gefordert werden. Diese und weitere Voraussetzungen stellen sicher, dass es nicht zu einer Art Rasterfahndung kommen kann.

Sachlich den gleichen Inhalt hat Art. 31 des Deutsch-Schweizerischen Abkommens vom 21.9.2011. Nach Art. 31 Abs. 3 ist ein plausibler Anlass Voraussetzung. Dieser liegt vor, wenn es aufgrund des Gesamtbilds der Umstände als notwendig erachtet wird, die Angaben eines Steuerpflichtigen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Zur Erhärtung dieser Voraussetzungen sind die Erklärungen der Personen, ihre Einkunftsfrage, Erkenntnisse einer Außenprüfung, Kontrollmitteilungen etc. heranzuziehen. Ausdrücklich sind „Ersuchen ins Blaue hinein“ untersagt.

Der deutsche Steuerpflichtige ist vor Stellung des Auskunftersuchens zu unterrichten, um ihm Gelegenheit zum Rechtsmittel zu geben.

Im Unterschied zum Änderungsprotokoll zum DBA-Schweiz enthalten die Absätze 8 ff. von Art. 31 detaillierte Regelungen über die Anzahl der möglichen Ersuchen. Die Anzahl wird von einem gemeinsamen Ausschuss überprüft. Sie liegt innerhalb der ersten zwei Jahre „im obersten Viertel des dreistelligen Bereiches“ (also zwischen 750 und 999 Anfragen). Alsdann erfolgt

¹⁴² Vgl. Bundesrat-Drucks. 257/11 v. 6.5.2011.

eine Überprüfung und Festlegung der Anzahl für die Zukunft nach Maßgabe des steuerlichen Ergebnisses der Ersuchen in der Vergangenheit.

Insoweit, als das Abkommen auf dem Gebiet der Kapitaleinkünfte über die allgemeinen Regelungen nach dem Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen hinausgeht, dürfte schon der Grundsatz der Spezialität dafür sprechen, dass allein die im zuerst genannten Abkommen genannten Regelungen Anwendung finden. Treten die Änderungen zum Doppelbesteuerungsabkommen früher in Kraft als diejenigen nach den Abkommen über Kapitaleinkünfte, so wird zudem Art. 30 Abs. 3 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23.5.1969¹⁴³ Anwendung finden, wonach nur die Regeln des späteren Abkommens (für den Bereich der Kapitaleinkünfte) zu beachten sind. Das Wiener Übereinkommen ist sowohl von Deutschland als auch von der Schweiz ratifiziert worden.

Soweit das Steuerabkommen mit der Schweiz andere Regelungen zum materiellen Steuerrecht beinhaltet als das Deutsch-Schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen (in Sonderheit zu den dortigen Art. 10 und 11), gilt wiederum der oben bereits dargestellte Grundsatz der Spezialität, so dass das DBA hinter die Regelungen dieses Abkommens zurücktritt.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Die deutsche Abgeltungsteuer stellt eine wegweisende Lösung im Bereich der Besteuerung von Kapitaleinkünften und verwandten Vermögensmehrungen dar. Offenbar wird sie von vielen Anlegern als attraktiv empfunden, da sie Darlegungen gegenüber dem Finanzamt, von Sonderfällen abgesehen, erübrigt. Zudem ist der deutsche Abgeltungsteuersatz seit 2011 um fast 10 %-Punkte niedriger als der Quellensteuersatz nach der EU-Zinsrichtlinie bzw. nach bilateralen Abkommen zwischen der EU und einigen Drittstaaten. Die Attraktionswirkung ist offenbar so groß, dass eine nennenswerte Anzahl von Anlegern ihre Engagements im Ausland beenden und damit beginnen, ihr Vermögen zu „repatriieren“.

Für die von dieser Abwanderungsbewegung betroffenen Länder bedeutet dies eine Herausforderung, denn oft hängt das Prosperieren des Finanzmarktes dort von ausländischen Anlegern ab. Will man dort jetzt und in Zukunft keine Einbußen hinnehmen, muss man dem deutschen Anleger¹⁴⁴ ebenfalls

¹⁴³ BGBl. II 1985, 927.

¹⁴⁴ Vergleichbares gilt auch für Anleger anderer nationaler Provenienz.

einen „attraktiven Steuerservice“ bieten, mit anderen Worten, die deutsche Abgeltungsteuer einbehalten.

Für den deutschen Fiskus hätte dies die positive Wirkung, dass das Verifikationsprinzip im Bereich der Kapitaleinkünfte umfassender verwirklicht würde als dies derzeit der Fall ist. Zudem werden die Bürokratiekosten der derzeit notwendigen Veranlagung ausländischer Kapitaleinkünfte eingespart. Der deutsche Steuergläubiger kann sofort und ohne eigenen Aufwand über erhebliche zusätzliche Mittel verfügen.

Eine Erhebung der deutschen Abgeltungsteuer im Ausland setzt die Schaffung einer entsprechenden Rechtsgrundlage im dortigen Recht voraus, was in erster Linie durch den Abschluss bilateraler Abkommen geschehen kann. Vorbild hierfür kann das zwischen Deutschland und der Schweiz im September 2011 geschlossene Steuerabkommen sein.

Zwar sind die europäische Zinsrichtlinie und vergleichbare Abkommen zwischen der EU und Drittländern ebenfalls darauf gerichtet, die Ansprüche des Steuergläubigers zu befriedigen. Allerdings wurde die Besteuerung von Zins- oder gar weitergehend Kapitaleinkommen in der Europäischen Union selbst nicht harmonisiert. Daher fußt die EU-Zinsrichtlinie eher auf einem Minimalkonsens, ergänzt durch nationale Vorstellungen in den Belegenheitsländern der Zahlstellen.

Die aufgrund der EU-Zinsrichtlinie gefertigten Kontrollmitteilungen sind – so jedenfalls in Deutschland – offensichtlich nicht verwertbar, denn sie haben bisher nur in 0,009 % aller Fälle zu Steuerermehreinnahmen geführt. Dies steht völlig außer Verhältnis zu der durch die EU-Zinsrichtlinie erzeugten Bürokratie. Soweit auf der Grundlage der EU-Zinsrichtlinie Quellensteuern erhoben werden, sind deren Bemessungsgrundlagen und Definitionen schließlich nicht in jedem Fall deckungsgleich mit dem deutschen Recht, so dass es ggf. einer Veranlagung bedarf. Weitere Verwerfungen ergeben sich daraus, dass die Zurechnungsobjekte der EU-Zinsrichtlinie und des nationalen Rechts nicht übereinstimmen.

Im Gegensatz hierzu können Steuerabkommen der vorgenannten Art zielgenau ausgearbeitet und ausgehandelt werden und vermeiden eine Veranlagung.

Die deutsche Abgeltungsteuer „leidet“ allerdings noch an einer Reihe von technischen Fehlern und materiell-rechtlichen Inkonsequenzen, die behoben werden sollten, wenn ausländische Kreditinstitute die deutsche Abgeltung-

steuer erheben und abführen sollen und dies von ausländischen Finanzbehörden kontrolliert werden soll. Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird hier zu gesetzlichen Nachbesserungen zwingen. So wird das objektive Nettoprinzip insbesondere nach dem vollzogenen Systemwechsel hin zu einer umfassenden Mischeinkunftsart in § 20 EStG noch nicht lückenlos umgesetzt.

Nur wenn die Abgeltungsteuer technisch tatsächlich überwiegend abgeltend wirken kann, ohne dass veranlagt werden muss, kann ihr „Export“ erfolgreich sein. Dem enormen Implementierungsaufwand im Ausland stünde dann eine Verminderung bürokratischen Aufwands im Inland durch Vermeidung einer Veranlagung beim deutschen Outbound-Kapitalanleger gegenüber. Aus deutscher Perspektive wiederum kann schließlich auch nur so eine umfassende effektive Besteuerung von Kapitalerträgen im Ausland sichergestellt werden.

Folgende Punkte sind hierfür zu adressieren:

- § 23 EStG ist – auch nach der Rechtsprechung des BVerfG – eine Gewinneinkunftsart, bezogen auf bestimmte Wirtschaftsgüter. Durch die Inkorporierung weiter Teile dieser Vorschrift in § 20 EStG gilt diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts nunmehr auch für diese Vorschrift, so dass auch § 20 EStG partiell zu einer Gewinneinkunftsart geworden ist – nämlich im Bereich der Veräußerungstatbestände des Abs. 2.

Dies bedeutet unter anderem, dass entgegen der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung Vorgänge steuerbar sein müssen, die sich in der Ausübungsphase einer Option abspielen. Verluste aus der Ausübung einer Option, aus Eindeckungshandlungen, die aus einer solchen Ausübung resultieren, aber auch der Verfall einer Option sind damit steuerrechtlich relevant. Die frühere Rechtsprechung des BFH mit ihrer Unterscheidung zwischen steuerbarer Eingangsphase einer Option und einer nicht steuerbaren Ausübungsphase ist insoweit überholt.

- Die Thesaurierungsbesteuerung im Bereich der Erträge nach dem Investmentsteuergesetz ist dadurch überflüssig geworden, dass auch in Bezug auf die Veräußerung von Investmentanteilscheinen die Veräußerungsgewinnbesteuerung greift. Die komplexen Regeln von § 1 Abs. 3 InvStG sind für den Anwender praktisch nicht zu verstehen und dogmatisch nicht nachvollziehbar. Die Regelungen sind Ergebnis einer seinerzeit politisch geprägten Tagesdebatte. Eine Abschaffung der Thesaurierungsbesteuerung würde diesen Dschungel lichten.

- Zahlreiche Fragen werden durch die Erhebung der Kirchensteuer im Abzugsverfahren ausgelöst. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass das Staats-Kirchensteuerrecht eine besondere verfassungsrechtliche Dimension hat, sollte doch für diesen speziellen Sektor danach gestrebt werden, eine Pauschallösung zu finden. Vorbild könnte hier das Deutsch-Schweizerische Abkommen sein, das eine derartige Regelung vorsieht.
- Die besonderen Entgelte oder Vorteile i.S.v. § 20 Abs. 3 EStG stellen keinen eigenständigen Besteuerungstatbestand dar. Entgegenstehende Verwaltungsanweisungen sollten aufgehoben werden.
- § 20 Abs. 4a EStG enthält notwendige Regelungen im Zusammenhang mit Kapitalmaßnahmen, durch die ein Steuerabzugsverfahren auch in diesem Bereich erst ermöglicht wird. Der Katalog der Maßnahmen ist jedoch nicht vollständig und sollte entsprechend ergänzt werden.
- Das Verbot, Verluste aus Aktienverkäufen mit anderen Kapitalerträgen zu verrechnen (§ 20 Abs. 6 EStG) ist ausschließlich aufkommensorientiert und dogmatisch nicht vertretbar. Den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts entspricht hier allein eine Gleichbehandlung aller Verluste.
- Ist beim Zufluss versehentlich keine Kapitalertragsteuer einbehalten worden, so stellt sich die Frage, ob eine solche zu einem späteren Zeitpunkt nacherhoben werden kann. Hierzu bedarf es allerdings einer noch zu schaffenden klaren rechtlichen Grundlage.
- Aufgrund einer sich verfestigenden Rechtsprechung des BFH sollen die auszahlenden Stellen haften, wenn sie einen Steuereinbehalt nicht vornehmen, obwohl dies von Stimmen in der Literatur im entsprechenden Fall gefordert wird. Diese Rechtsprechung ist mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nicht vereinbar. Es dürfte kaum eine Rechtsfrage geben, zu der es nicht widerstreitende Stimmen in der Literatur gibt, und es muss das Recht der auszahlenden Stelle sein, sich ihre eigene rechtliche Meinung zu den entsprechenden Fällen zu bilden. Soweit die Finanzverwaltung der Auffassung ist, dass ein Einbehaltungsdefizit vorliegt, ist sie nicht gehindert, sich in einem Verwaltungserrlass zu äußern, der dann selbstverständlich durch die auszahlenden Stellen zu beachten ist, da diese ja insoweit einen staatlichen Steuererhebungsauftrag durchführen. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die Haftungsvorschrift von § 44 Abs. 5 EStG entsprechend zu konkretisieren.

Mit dem im Entwurf vorliegenden Deutsch-Schweizerischen Steuerabkommen wird ein erster Schritt hin zu einer zielgerichteten und, aus Sicht des Kunden wie des Fiskus, unbürokratischen Besteuerung bei der Geldanlage im Ausland unternommen. Das Abkommen ist im Ergebnis auf eine Übereinstimmung mit dem deutschen Steuerrecht ausgerichtet, verzichtet aber auf einige Elemente, die sich in Deutschland zugunsten des Steuerpflichtigen auswirken (z.B. Freistellungsauftrag). Der deutsche Besteuerungsanspruch ist sozusagen das Minimum dessen, das in dem Abkommen zugrunde gelegt wird. Nur dann tritt auch nach dessen Art. 18 die abgeltende Wirkung der Steuererhebung ein.

Mit dem nachträglich vereinbarten Verzicht auf die Einbeziehung der Zinserträge, die dem EU-Abkommen vom 26.10.2004 unterliegen, in den Geltungsbereich des Abkommens wird jedoch ein wesentlicher Komplex faktisch von der abschließenden Besteuerung durch den Kapitalertragsteuerabzug ausgeschlossen. Dabei haben die Steuerpflichtigen bereits heute die Möglichkeit, im Wege der Veranlagung eine Erstattung der den deutschen Abgeltungssteuersatz übersteigenden EU-Quellensteuer zu beantragen.

Das Abkommen tritt als bilateraler Vertrag neben das bestehende Deutsch-Schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen und stellt diesem gegenüber ein *lex specialis* dar. Gegenüber der EU-Zinsrichtlinie bzw. dem Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über gleichwertige Maßnahmen besteht im Ergebnis kein Konkurrenzverhältnis. Beide Abkommen stehen im Verhältnis der Gleichordnung zueinander. Die EU-Quellensteuer wird erhoben, jedoch von der auszahlenden Stelle im Auftrag des deutschen Steuergläubigers verrechnet bzw. erstattet.

Das Steuerabkommen enthält auch Vorschriften über den Informationsaustausch. Bestünden vergleichbare Abkommen mit anderen EU-Staaten, so wäre das Verhältnis zur EU-Amtshilferichtlinie zu prüfen. Auch hier erweist sich jedoch, dass kein Konfliktfeld vorliegt, da sich die Amtshilferichtlinie ausdrücklich für bilaterale Auskunftsabkommen öffnet. Im Bereich des Auskunftsaustauschs auf Ersuchen, der hier allein in Betracht kommen dürfte, bestehen ohnehin für Abkommensregelungen analog dem Deutsch-Schweizerischen Steuerabkommen gegenüber der Amtshilferichtlinie keine materiellen Unterschiede, da nach der Rechtsprechung des EuGH Auskunftsersuchen „ins Blaue hinein“ untersagt sind, was die bilateralen Abkommensregelungen lediglich konkretisieren.

Vor allem aber gilt es festzuhalten, dass Steuerabkommen nach Art des mit der Schweiz geschlossenen auch zwischen EU-Mitgliedstaaten bereits auf Basis des bestehenden Rechts möglich sind.

IFSt-Schriften 2010 / 2011 / 2012

2010

- Nr. 460 *Dornbusch*, Zur Struktur familienpolitischer Maßnahmen in Deutschland
- Nr. 461 *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung – Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung
- Nr. 462 *Albert*, Schiedsverfahren im Internationalen Steuerrecht
- Nr. 463 *Franke/Kügler*, Steuerliche Behandlung grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen
- Nr. 464 *Stapperfend*, Bilanzberichtigung und Bindung der Finanzverwaltung an die eingereichte Bilanz – Subjektiver Fehlerbegriff auf dem Prüfstand
- Nr. 465 *Beland*, Entwicklung der Realsteuerhebesätze der Gemeinden mit 50.000 und mehr Einwohnern im Jahr 2010 gegenüber 2009
- Nr. 466 *Dornbusch*, Entwicklung wesentlicher Daten der öffentlichen Finanzwirtschaft in Deutschland von 1999–2009

2011

- Nr. 467 *Dahlmanns*, Tagungsbericht, Kolloquium zur Beschleunigung der Betriebsprüfung
- Nr. 468 *Hemmelgarn*, Steuern und Abgaben im Finanzmarktsektor – Abgabenrechtliche Regulierung und neue Finanzmarktsteuern in der Europäischen Union
- Nr. 469 *Driën*, Modelle und Rechtsfragen zeitnaher Betriebsprüfung
- Nr. 470 *Ernst*, Neuordnung der Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel – Reformbedarf und haushaltspolitische Bedeutung des § 8c KStG

- Nr. 471 *IFSt-Arbeitsgruppe*, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag
- Nr. 472 *Rublack*, Berücksichtigung finaler Auslandsverluste – Ein Vorschlag zur Umsetzung der unionsrechtlichen Anforderungen im deutschen Steuerrecht
- Nr. 473 *Blumenberg/Kring*, Europäisches Beihilferecht und Besteuerung
- Nr. 474 *Scheffler*, Das Maßgeblichkeitsprinzip nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – Bestandsaufnahme nach Auffassung der Finanzverwaltung und Alternativen zum Maßgeblichkeitsprinzip
- Nr. 475 *Beland*, Realsteuern 2011
- Nr. 476 *Houben/Baumgarten*, Haushalts- und Verteilungswirkungen einer Tarifreform
- Nr. 477 *Englisch/Friedrich-Vache*, Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der Anteilsveräußerung

2012

- Nr. 478 *Dahm/Hamacher*, Export der Abgeltungsteuer – Zur Vereinfachung und grenzüberschreitenden Anwendung der Abgeltungsteuer

ISBN: 978-3-89737-021-0