

Deutscher Derivate Verband · Pariser Platz 3 · 10117 Berlin

Bundesministerium der Finanzen

Wilhelmstraße 97
10117 Berlin

15. Januar 2016

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung
hier: § 36 Abs. 2a E-EStG**

im Rahmen des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung ist in Art. 3 (Änderung des Einkommensteuergesetzes) vorgesehen, § 36 EStG zu ändern und u.a. einen neuen Absatz 2 a einzufügen. Dieser Absatz sieht bestimmte Behaltensdauern für Wertpapiere vor, die um den Dividendenstichtag herum erworben und wieder veräußert werden. Voraussetzung ist u.a., dass während einer 91-tägigen Behaltensfrist an mindestens 45 Tagen die Aktien oder Genussscheine gehalten werden. Tage, an denen der Inhaber das Wertänderungsrisiko zu weniger als 30 % des gemeinen Werts bei Erwerb trägt, zählen innerhalb der 45-tägigen Frist nicht mit.

Dies bedeutet, dass durchgängig keine Risikominimierung unterhalten werden darf, die höher als 70 % des besagten Änderungsrisikos ist.

Werden diese Voraussetzungen nicht eingehalten, so kann die bei Dividendenausschüttung einbehaltene Kapitalertragsteuer nicht angerechnet werden. Sie wird auch nicht bei einem anderen Marktbeteiligten angerechnet und wird infolgedessen zu einer Definitivsteuer.

Die vorgenannte Regelung ist von dem Bestreben getragen, sog. Cum/Cum-Geschäfte steuerlich zu inhibieren. Der Deutsche Derivate Verband wendet sich nicht gegen diese grundsätzliche gesetzgeberische Ausrichtung, ist aber der Auffassung, dass der hier gewählte Weg aus den nachstehend dargelegten Gründen rechtlich unzulässig und wirtschaftlich nicht sinnvoll ist.

Deutscher Derivate Verband e.V.

Geschäftsstelle Berlin

Pariser Platz 3
10117 Berlin

Telefon +49 (30) 4000 475 - 0
Telefax +49 (30) 4000 475 - 66

Geschäftsstelle Frankfurt

Feldbergstraße 38
60323 Frankfurt a.M.

Telefon +49 (69) 244 33 03 - 60
Telefax +49 (69) 244 33 03 - 99

politik@derivateverband.de
www.derivateverband.de

Vorstand

Stefan Armbruster
Dr. Hartmut Knüppel
Jan Krüger
Klaus Oppermann
Grégoire Toublanc

Geschäftsführung

Dr. Hartmut Knüppel
Lars Brandau
Christian Vollmuth

Bankverbindung

HypoVereinsbank
IBAN: DE42 5032 0191 0605 8466 70
BIC: HYVEDEMM430

Dabei sei zunächst auf die ökonomische Ausgangssituation verwiesen:

Der deutsche Markt für Zertifikate und Optionen auf Einzelaktien ist der größte und liquideste in Europa. Er wird geprägt durch strukturierte Produkte für Privatkunden sowie für institutionelle Kunden, die durch Optionen Aktienpositionen absichern oder zusätzliche Anlagen tätigen. Im Jahr 2015 wurden solche Papiere allein in Bezug auf die Daimler AG mit einem Nennwert von ca. € 1 Mrd. von Privatkunden gekauft sowie mit einem Nennwert von ca. € 500 Millionen bezüglich BMW und VW.

Ebenso wichtig ist der Markt für index-basierte Derivate. Derivate bieten Anlegern hier einen wesentlich effizienteren, liquideren und flexibleren Zugang als ein Kauf der entsprechenden Einzelwerte. Auch können Investoren so ihre Anlagen hebeln und sich eine preisgünstigere Finanzierung ihrer Positionen sichern. Gerade in Deutschland halten langfristige Investoren ihre Aktienpositionen häufig über Derivate mit Banken, die wiederum die Positionen mit physischen Aktien absichern. Die Größe des Marktes an Indexderivaten in Deutschland wird auf ca. € 175 Mrd. geschätzt, was ca. 20% der Marktkapitalisierung der entsprechenden Aktien entspricht.

Die vorgeschlagenen steuerlichen Vorschriften erzeugen Verwerfungen in diesem Markt und hätten direkte Auswirkungen auf die Möglichkeit von Banken, den Preis für solche Derivate-Geschäfte zu ermitteln und diese abzuschließen. Die Spanne zwischen Geld- und Briefkurs würde sich ausweiten und die Preisgestaltung würde insgesamt für Investoren unattraktiver werden. Die durch Banken bereitgestellte Liquidität würde infolgedessen zurückgehen und die Kosten für die Endkunden steigen. Damit ist das Market-Making als Grundvoraussetzung einer Börsentätigkeit insgesamt in Frage gestellt.

1. Unstimmige Rechtsvorbilder und ungeeigneter Gesetzgebungsansatz

Der Begründung zufolge stützt sich die Entwurfsregelung auf Vorschriften aus Australien bzw. den USA. Nach den uns vorliegenden Informationen sind jedoch die dortigen Regelungen nicht vergleichbar. Zwar wird auch in diesen Ländern an eine 45-tägige Behaltensdauer angeknüpft, aber der Regelungshintergrund ist ein anderer als hier. In Australien geht es offensichtlich um die Bekämpfung von Vermeidungsstrategien hinsichtlich der Körperschaftsteuer, die man am ehesten wohl mit dem „Dividendenstripping“ vergleichen kann, das zu Zeiten des deutschen körperschaftssteuerlichen Anrechnungsver-

fahren praktiziert worden sein soll. In den USA dürfte es sich um Regelungen handeln, die der Bekämpfung einer Umgehung von Steuerbefreiungsvorschriften dienen, die am ehesten dem deutschen § 8b KStG entsprechen.

Dem gegenüber geht es hier darum, dass eine einbehaltene Kapitalertragsteuer nicht anrechenbar sein soll – und zwar weder beim Dividendenbezieher noch bei einer anderen Partei –, sodass eine Definitivsteuer entsteht (dazu auch 2.) und zudem eine Doppelbesteuerung, da die Dividende als solche natürlich voll einkommensteuerpflichtig bleibt (soweit nicht ausnahmsweise § 8 b KStG eingreifen sollte).

2. Gescheiterte Rechtsvorbilder

Mit der Nichtanrechenbarkeit von Kapitalertragssteuern haben in der Vergangenheit auch andere Länder „experimentiert“. Signifikant ist hierfür das Beispiel Österreichs, das in den 80er Jahren eine solche Regelung in Gestalt von § 46 Abs. 1 Ziffer 2 Ö-EStG 1972 unterhielt. Diese Gesetzesvorschrift war mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs.

Im Entscheid vom 14.3.1986¹ wurde die besagte Regelung (bzw. ihre Auslegung durch die Finanzverwaltung) wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz für verfassungswidrig erklärt. Entscheidend war hierbei der Gesichtspunkt einer Über- bzw. Doppelbesteuerung der Erträge. So wäre es auch hier – wie zuvor dargelegt wurde.

Dies hat der Verfassungsgerichtshof im Entscheid vom 17.3.1988² nochmals bekräftigt, wodurch Österreich gezwungen war, die Regelung aufzuheben.

3. Verstoß gegen die Richtlinie 2008/7/EG vom 12.2.2008

Eine Steuer auf Bruttobeträge, die zusätzlich zur Steuer auf das Einkommen (nach EStG bzw. KStG) erhoben wird, ist europarechtlich gesehen keine Einkommensteuer mehr, sondern eine Verkehrssteuer. Diese Steuer wird letztlich dadurch ausgelöst, dass Übertragungsvor-

¹ B 371/85-10

² G 7/88 (u.a.)

gänge an Aktien bzw. Genussscheinen stattgefunden haben, denn § 36 Abs. 2a E-EStG greift nicht bei Bestandspapieren ein, sondern nur bei solchen, die durch An- und Verkauf innerhalb der 91-tägigen Frist gekennzeichnet sind. Auslösendes Merkmal ist also nicht die Dividendenzahlung, sondern der An- und Verkauf um den Dividendenstichtag; die Dividendenzahlung ist lediglich die Bemessungsgrundlage der Steuer.

Damit ist der Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/7/EG vom 12.2.2008 eröffnet. Deren Art. 5 Abs. 2 verbietet es den Mitgliedsstaaten, u.a. indirekte Steuern auf den Handel mit Aktien zu erheben. Die hier fragliche Steuer ist eine indirekte, da die Erhebungstechnik der Kapitalertragsteuer eine Unterscheidung zwischen Abführungspflichtigen und Steuerträger macht.

Für die Klassifizierung als Steuer im Sinne von Art. 5 der Richtlinie ist nicht die Bezeichnung maßgeblich und auch nicht das Gesetz, in dem sie sich befindet, sondern allein der objektive Charakter³. Dabei verweist das zuvor zitierte Urteil in der Rechtsache Nowoven hinsichtlich der Definition auf die Ausführungen des Generalanwaltes vom 18.6.1998. Dort heißt es in Rn. 16 des Schlussantrags, dass unabhängig von der gewählten Begrifflichkeit, eine Steuer mit gleicher Wirkung wie eine Kapitalverkehrsteuer gegeben sei, wenn bestimmte Merkmale vorliegen. Entscheidendes Merkmal ist dabei, dass die Steuer nicht auf einen bloßen Vermögensbestand erhoben wird, sondern durch eine Übertragung von Kapital gekennzeichnet ist (ebenso der EuGH in seinem späteren Urteil). Auch die formale Normierung innerhalb der Einkommensteuer steht dann einer Qualifizierung als Kapitalverkehrsteuer nicht entgegen, wie der EuGH im Urteil Henkel Hellas bestätigt.

Art. 6 der Richtlinie erlaubt die Erhebung der besagten Steuer nicht, denn diese Vorschrift findet nur im Primärmarkt Anwendung, nicht aber wie hier im Sekundärmarkt⁴.

³ Vgl. EuGH v. 20.4.1993, C-71/91, Ponente Carni, Rn. 29; v. 11.11.1999, C-350/98, Henkel Hellas, Rn. 20; v. 27.10.1998, C-4/97, Nonwoven, Rn. 20

⁴ Vgl. EuGH v. 9.10.2014, C-199/13, Gielen, Rn. 28 ff.

4. Widerspruch zu den Vorschriften über das Risikomanagement bei Kreditinstituten und Versicherungen

Nach § 25 a KWG haben Kreditinstitute organisatorische Pflichten zu erfüllen, die dazu dienen, bestimmte Marktänderungsrisiken auszuschließen. Die BaFin hat hierzu sehr ausführliche Regelungen in Gestalt der sog. MA Risk⁵ erlassen. Danach haben Kreditinstitute u.a. für Handelsgeschäfte eine Risikostrategie zu entwickeln⁶. Das zu schaffende Risikodeckungspotential⁷ hat sich u.a. auf die Risiken des Handelsbuchs zu erstrecken. Die dortigen Risiken sind zusammenzufassen und im Rahmen des Risikomanagements zu behandeln⁸.

Weder die gesetzliche Vorschrift noch MA Risk geben bestimmte Strategien vor, wie die im Rahmen des Managements zu erkennenden Risiken zu behandeln sind. Mittels der Risikosteuerung ist neben der Eigenkapitalausstattung eben auch – und hierauf kommt es im vorliegenden Zusammenhang an – der Risikoausschluss durch derivative Instrumente zu betreiben. Ordnet eine steuerliche Vorschrift an, diese Risikominierungsmechanismen deutlich abzusenken, so entstehen indirekt, aber dennoch wirksam, Beschränkungen der aufsichtsrechtlichen Anforderungen.

Die nationalen Vorschriften beruhen auf EU-Recht. Einschlägig ist hier die Richtlinie 2006/48/EG vom 14.6.2006. Diese Richtlinie ordnet in ihrem Art. 22, an, dass die Mitgliedsstaaten, wirksame Verfahren zur Steuerung der Bankrisiken zu entwickeln haben. § 36 Abs. 2b E-EStG läuft diesem Richtliniengebot zuwider.

Für Versicherungsunternehmen gilt im Ergebnis das Gleiche. Versicherungen haben ein entsprechendes Risikomanagement u.a. in Bezug auf Kapitalanlagen nach § 26 VAG zu unterhalten.

5. Keine Umsetzbarkeit in der Praxis

Fraglich ist schließlich, wie die Höhe der Besicherung festgestellt werden soll. Im Normalfall werden einzelne Wertpapierbestände nicht in-

⁵ Mindestanforderungen an das Risikomanagement, Rundschreiben 10/2012 v. 14.12.2012

⁶ Allgemeiner Teil 2, 4.2, jeweils Rn. 2

⁷ Allgemeiner Teil 4.1

⁸ Besonderer Teil 2.2, Rn. 2,3

dividualisiert besichert (etwa durch Derivate), vielmehr erfolgt eine solche Besicherung nur bezogen auf bestimmte Portfolien. Innerhalb dieser Portfolien befinden sich aber Wertpapiere nicht nur unterschiedlicher Gattung, sondern insbesondere auch mit unterschiedlichen Anschaffungszeitpunkten. Insbesondere unter dem zuletzt genannten Gesichtspunkt ist offen, wie hier eine Bemessung und Zuordnung der 30%-Grenze erfolgen sollte. Zumindest müsste an dieser Stelle eine Verwendungsreihenfolge normiert werden (Fifo?).

Zu Verwerfungen und ungewollten Rechtsfolgen kommt es auch dann, wenn nicht die Aktien besichert werden, sondern diese umgekehrt als Sicherungsinstrument zum Einsatz kommen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Steuerpflichtige Zertifikate erworben hat und entsprechende Aktienbestände als Sicherheit hinzu erwirbt. Ist die Kapitalertragsteuer nicht anrechenbar, so büßt das Sicherungselement seine Funktion ein, obwohl keine Konstellation vorliegt, wie sie in der Begründung zum Gesetz als „missbräuchlich“ geschildert wird.

6. Ausnahme nach § 36 Abs. 2 a Nr. 2 E-EStG nicht praxistauglich

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass in der Praxis die Anforderungen der neuen Vorschrift nicht eingehalten werden können. Umso wichtiger wäre daher eine generelle Ausnahme, wie sie Nr. 2 des neuen Absatzes vorzusehen scheint. Auch diese führt jedoch nicht zu praktikablen Ergebnissen.

Die großen Aktienemittenten pflegen ihre Hauptversammlungen im Wesentlichen an bestimmten gleichen Tagen im Jahr durchzuführen. Erfolgt ein Aktienerwerb zu irgendeinem Zeitpunkt nach der HV (und sei es auch nur einen Tag später), so kann von der Ausnahmenvorschrift der Nr. 2 kein Gebrauch gemacht werden, obwohl hier auf der Hand liegt, dass ein Umgehungsszenario, wie in der Begründung geschildert, nicht vorliegt. Die Ausnahmenvorschrift könnte dann erst auf die übernächste Dividende wirken. Es bedarf daher einer Verkürzung der 1 - Jahresfrist in § 36 Abs. 2 a Nr. 2 E-EStG.

7. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Terminbörsen

Mit Gründung der Deutschen Terminbörse wurde durch das 1. Finanzmarktförderungsgesetz zu Beginn der 90-er Jahre ein verbesserter

rechtlicher Rahmen für Wertpapierleihgeschäfte gesetzt. Der damalige Gesetzgeber erkannte zu Recht, dass ein funktionierendes Wertpapierleihsystem notwendige Voraussetzung für das Betreiben von Terminbörsen ist⁹.

Die jetzt vorgesehene Regelung (und hierauf verweist selbst die Begründung) führt aber dazu, dass Wertpapierleihgeschäfte innerhalb des 45-tägigen Zeitraums nicht mehr durchgeführt werden können. Da der Entleiher notwendigerweise bei der Wertpapierleihe kein eigenes Kursrisiko trägt – er aber zur Weiterleitung der Bruttodividende verpflichtet ist – würde er einen Verlust erleiden, der das Gesamtgeschäft unattraktiv macht. Ohne korrespondierendes Wertpapierleihgeschäft wird aber die Funktionsfähigkeit der Terminbörsen bedeutenden Schaden erleiden und damit auch unter diesem Gesichtspunkt die Eignung Deutschlands als Finanzplatz signifikant herabsetzen.

8. Unzulässige Rückwirkung

§ 52 Abs. 35a E-EStG sieht vor, dass die Neuregelung von § 36 Abs. 2a E-EStG bereits auf Dividendenzuflüsse Anwendung findet, die nach dem 1.1.2016 stattfinden.

Schon aus praktischen Gründen kann eine in der Vergangenheit liegende Anwendung des Gesetzes nicht vollzogen werden, da hierfür umfangreiche Systemumstellungen und Programmierarbeiten erforderlich würden. Diese können noch nicht einmal jetzt in Angriff genommen werden, da niemand weiß, ob eine Gesetzesregelung zu der Thematik erfolgt und wie sie dann ausgestaltet sein wird.

Laut Begründung soll die Rückwirkung zulässig sein, da die Einkommensteuer erst mit Ablauf des Veranlagungsjahres entsteht und somit eine unechte Rückwirkung vorliege..

Damit wären alle Sicherungsgeschäfte von der Gesetzesänderung betroffen, auch langlaufende Optionsgeschäfte, die weit vor dem Referentenentwurf eingegangen wurden.

In der Tat hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung oft betont, dass rückwirkende Änderungen im Bereich des Einkommensteuergesetzes zulässig sein können, weil die Steuer erst nach In-

⁹ Zu den ökonomischen Szenarien vgl. Kümpel, WM 90, 909

krafttreten des Gesetzes entsteht. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr ist gerade dann eine andere Sichtweise anzulegen, wenn es um Dispositionen geht, die während des Steuerjahres gemacht werden und die einen gewissen endgültigen Charakter haben¹⁰. Führt eine bestimmte gesetzliche Situation zu einem bestimmten Verhalten, so ist eine rückwirkende „Enttäuschung“ der Erwartungshaltung entgegen dem eingangs Gesagten eine echte Rückwirkung, die in aller Regel unzulässig ist. Im vorliegenden Fall gebietet das Aufsichtsrecht, – vgl. oben 4. – während des Jahres Maßnahmen zum Risikomanagement zu treffen. Diese sind nicht mehr rückgängig zu machen und die vorgesehenen Maßnahmen zu steuerlicher Sanktion greifen daher in eine gesicherte und abgeschlossene Rechtsituation ein. Diese Grundsätze führen vor allem dann zu einer echten unzulässigen Rückwirkung, wenn Aktienkäufe bereits im Jahr 2015 stattgefunden haben und es um die Kapitalertragsteuer der 2016 zu zahlenden Dividende geht. Die Anordnung der Nichtverrechenbarkeit würde dann in den abgeschlossenen Besteuerungszeitraum 2015 hineinwirken und eine „unschädliche“ Transaktion nachträglich sanktionieren¹¹.

Es dürfte zudem auf der Hand liegen, dass ein Referentenentwurf allein nicht in der Lage ist, schutzwürdiges Vertrauen zu zerstören. Vielmehr gilt nach wie vor die ständige Rechtsprechung, wonach ein schutzwürdiges Vertrauen erst durch einen Beschluss des Bundestages entfällt. Vorstehendes gilt selbstredend erst recht für den in der Begründung zu findenden Hinweis auf ausländische Regelungen. Wollte man Gesetzesbestimmungen – mit dazu noch anderem Hintergrund – einer fremden Rechtsordnung einen Ankündigungseffekt beimessen, so gäbe es ein schutzwürdiges Vertrauen überhaupt nicht mehr.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Hartmut Knüppel
Geschäftsführender Vorstand



Torsten Sandkühler
Vorsitzender des Steuerausschusses

¹⁰ BVerfG v. 3.12.1997, 2 BvR 882/97, Ziffer I 2 der Urteilsgründe; zur Schutzwürdigkeit faktisch abgeschlossener Situationen insbesondere BVerfG v. 10.7.2010, 2 BvL 14/02; zusammenfassend Spindler, Rückwirkung von Steuergesetzen, DStJG 2003

¹¹ Dazu BVerfG v. 10.7.2010, FN 10