

Bundesverband deutscher Banken e. V. | PF 040307 | 10062 Berlin

Herrn
MD Dr. Rolf Möhlenbrock
Leiter der Steuerabteilung
Bundesministerium der Finanzen

per Mail:
IVA2@bmf.bund.de

Mario Labes
Abteilungsleiterin / Abteilungsleiter
Telefon: +49 30 1663-3220
Telefax: +49 30 1663-3299
mario.labes@bdb.de

AZ DK: InfA-StGestAZ
AZ BdB: ST.22.01.01
Bearbeiter: Ls/Nf

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestal- tungen

30. September 2019

Sehr geehrter Herr Dr. Möhlenbrock,

für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o. g. Entwurf
möchten wir uns bedanken – auch wenn wir gleich zu Beginn an-
merken müssen, dass die Frist von vier Wochentagen / zwei Ar-
beitstagen viel zu kurz bemessen ist, um eine qualifizierte
Stellungnahme abgeben zu können.

Es wird zwar im vorliegenden Fall der Regelung in § 6 der Gemein-
samen Geschäftsordnung der Bundesministerien formal Genüge
getan, betroffene Verbände zu beteiligen. § 6 Absatz 3 der Verord-
nung sieht jedoch vor, dass die Beteiligung „rechtzeitig“ zu erfol-
gen hat, was unzweifelhaft nicht erfolgt ist. Die extrem kurze Frist
verwundert auch deshalb, weil Ende Januar ein nicht offiziell frei-
gegebener Referentenentwurf öffentlich bekannt geworden ist,
dessen Inhalte – zumindest bezogen auf die Anzeigepflichten für
grenzüberschreitende Gestaltungen – auf den ersten Blick in wei-
ten Teilen mit dem nunmehr vorgelegten offiziellen Referentenent-
wurf übereinzustimmen scheinen.

Auch bei dem jüngst den Verbänden zugeleiteten Referentenent-
wurf eines Dritten Bürokratienteilungsgesetzes wurde nur eine
Frist von drei Arbeitstagen für eine Stellungnahme gewährt. Wir
bitten dringend, bei künftigen Gesetzgebungsverfahren die Vorga-
ben der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien
einzuhalten.

Federführer:
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Burgstraße 28 | 10178 Berlin
Telefon: +49 30 1663-0
Telefax: +49 30 1663-1399
www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

In Anbetracht dessen, dass eine ausführliche Prüfung der vorgesehenen Regelungen im vorgegebenen Zeitrahmen nicht möglich ist, möchten wir uns auf einige, für die Kreditwirtschaft besonders bedeutsame Aspekte konzentrieren.

1. Intermediärsbegriff: Der Wortlaut des § 138d Absatz 1 AO-E legt – wie bereits der vorangegangene Entwurf – ausschließlich einen eingeschränkten Intermediärsbegriff nahe. Jedoch enthält die Gesetzesbegründung auf Seite 28, dritter Absatz, letzter Satz eine neue Passage, deren Intention und Reichweite unklar sind. Hiernach ist kein Intermediär, „wer lediglich bei der Verwirklichung einzelner Teilschritte einer grenzüberschreitenden Steuergestaltung mitgewirkt hat, ohne dies zu wissen und auch ohne dies vernünftigerweise erkennen zu müssen.“

Wir verstehen diesen Passus als Eingrenzung, dass unwissentlich mitwirkende Dritte, so z. B. ein Kreditinstitut, das im Rahmen einer mit der Gestaltung verknüpften Nur-Finanzierung unwissentlich beteiligt ist, keiner Meldepflicht unterliegen kann. Wir verstehen die Erläuterung insofern nicht als Erweiterung des meldepflichtigen Intermediärsbegriffes „durch die Hintertür“. Wir bitten deshalb um Streichung des Satzteils: „ohne dies zu wissen und auch ohne dies vernünftigerweise erkennen zu müssen“.

2. Gesetzesbegründung zu § 138 d Abs. 2 AO – Kennzeichen nach § 138e AO-E

Eine „Steuergestaltung“ im Sinne der §§ 138d ff. AO ist ein Schaffensprozess, bei dem durch den Nutzer oder für den Nutzer eine bestimmte Struktur, ein bestimmter Prozess oder eine bestimmte Situation bewusst und aktiv so herbeigeführt oder verändert wird, dass diese Struktur, dieser Prozess oder diese Situation dadurch eine steuerrechtliche Bedeutung bekommt, die ansonsten nicht eintreten würde. Dies sollte in der Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck gebracht werden.

Auf Seite 30 des Referentenentwurfs wird in der Begründung ausgeführt, dass bei der meldepflichtigen Gestaltung die günstige Auswirkung des steuerlichen Vorteils im Vordergrund stehen muss. Der Mitteilungspflichtige soll das Gegenteil dadurch nachweisen können, dass er überwiegende außersteuerliche (insbesondere wirtschaftliche) Gründe für die konkrete Strukturierung einer Transaktion darlegt; steuerliche Vorteile sollen dadurch in den Hintergrund rücken. Nicht ausreichen soll allerdings - anders als in den Fällen des § 42 Absatz 2 Satz 2 AO - der Nachweis lediglich beachtlicher außersteuerlicher Vorteile. Es muss vielmehr nachgewiesen werden, dass der steuerliche Vorteil kein Hauptvorteil der Gestaltung ist.

Hierdurch wird der Nachweis faktisch unmöglich gemacht, denn es wird für eine tatsächlich durchgeführte Transaktion der Nachweis verlangt, dass die Transaktion auch ohne die steuerlichen Vorteile durchgeführt worden wäre. Das ist wie bei der parallelen Missbrauchsvorschrift des § 42 AO aber nur dadurch möglich, dass auf außersteuerliche wirtschaftliche Beweggründe abgestellt wird. Einen Vorteil danach zu klassifizieren, ob er einen Hauptvorteil darstellt, ist – wenn überhaupt – ausschließlich anhand objektiver wirtschaftlicher Kriterien möglich. Der

Maßstab darf hierbei nicht schärfer sein als der bei der Missbrauchsvorschrift in § 42 AO. Anderenfalls handelt es sich um eine inhaltlich unbestimmte Norm. Ein Verstoß im Sinne einer Ordnungswidrigkeit kann damit dann nicht rechtswirksam begründet werden.

3. Kennzeichen „Standardisierte Dokumentation“: Das Kennzeichen A3 des Anhangs IV der EU-Richtlinie wurde von der OECD in ihrem finalen Bericht zum BEPS-Aktionsplan 12 aus dem Jahr 2015 auf Englisch als „Standardised tax products“ bezeichnet und nicht als standardisierte Dokumentation. Der in der Gesetzesbegründung vorgetragene Umfang dieses Kennzeichens geht über den damals intendierten Umfang weit hinaus. So wird beispielsweise ausgeführt, dass Standardvorgänge der Rechts- oder Steuerberatung sowie die formularmäßige Vergabe von Darlehen das Kennzeichen zwar grundsätzlich nicht erfüllen, die Meldepflicht jedoch im Regelfall nur mangels Einschlägigkeit des § 138d Abs. 3 AO-E nicht eintreten soll. Im Ergebnis wird – wegen der notwendigen Dokumentation – ein unverhältnismäßiger bürokratischer Mehraufwand generiert, weil eine Nichtmeldung auf einen durchzuführenden – bei Standardgeschäften letztlich immer negativen – Main-Benefit-Test zu stützen ist.

Ein schlüssiges und zielführendes Verständnis des Kennzeichens kann nur ein gestaltungsbezogener Standard im Sinne einer Standardisierung der Dokumentation der Steuergestaltung selbst sein (mögliches Kriterium: Unterschriftsreife eines Vertrages oder entsprechend gestaltete Inhalte von Unterlagen zur Bewerbung eines Produktes). Dagegen können standardisierte Rahmenverträge, die für eine Vielzahl unterschiedlicher Finanztransaktionen existieren, und deren Standardisierung für den schnellen Abschluss von Transaktionen elementar ist, und die weltweit millionenfach genutzt werden, nicht gemeint sein. Schließlich sind diese Verträge gerade allgemein und damit auch der Finanzverwaltung bekannt. Die Finanzverwaltung dürfte kein Interesse haben, Transaktionen nur deshalb gemeldet zu bekommen, weil eine Transaktion mittels allgemein bekannter Rahmenverträge ausgeführt wird. Wir regen dringend eine entsprechende Klarstellung an. Hinweise auf steuerliche Folgen wie beispielsweise die Verantwortlichkeiten bzw. das Tragen der durch Steuern verursachten Mehrkosten oder Mindererlöse erläutern lediglich die steuerlichen Konsequenzen für die Anleger in einem Produkt (Behandlung für KEST-Zwecke, Deklarationspflicht des Anlegers, soweit kein Steuereinbehalt erfolgt, etc.). Sie enthalten dadurch regelmäßig noch kein Gestaltungselement und dürfen deshalb auch nicht eine Meldepflicht auslösen.

4. Kennzeichen „zirkuläre Transaktionen“: In der Gesetzesbegründung werden u. a. Repo-Transaktionen als Beispiel für das Kennzeichen „zirkuläre Transaktionen“ genannt. Zwar führt die Gesetzesbegründung aus, dass ein Repo in der Regel nicht den Relevanztest erfüllt, da dies der Allokation der zugrunde liegenden Markt- bzw. Ausfallrisiken diene. Dies ist jedoch nicht zutreffend, da Banken mittels Repo-Transaktionen insbesondere ihre Liquidität steuern nicht jedoch ihre Markt- und Ausfallrisiken. Die Dokumentation eines Main Benefit-Tests für jede einzelne Repo-Transaktion wäre aufgrund der Vielzahl der Geschäfte nicht sachgerecht.

Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 37) sollen sich aufhebende Transaktionen nicht unter § 138e Abs. 1 Nr. 3 c) AO-E fallen, wenn diese infolge rechtlicher Vorgaben abgeschlossen

werden. Dies ist sachgerecht, da die Transaktion in diesem Fall nicht zur Erzielung eines Steuervorteils, sondern aufgrund einer rechtlichen Vorgabe erfolgt. Kreditinstitute sind insbesondere nach dem Trennbankengesetz verpflichtet, ihre Positionen durch ein adäquates Hedging abzusichern (kein Eigenhandel). Insofern verwundert es, wenn der Gesetzgeber entsprechende vertragliche Transaktionen zum Ausgleich von Marktrisiken dennoch ganz offensichtlich unter diese Vorschrift subsumieren will. Dies bedeutet im Ergebnis, dass ein Kreditinstitut sämtliche Hedgingtransaktionen, zu denen es gesetzlich verpflichtet ist, im Hinblick auf (i) das Eintreten eines möglicherweise eintretenden Steuervorteils überprüfen müsste und/oder (ii) dokumentieren muss, dass ein außersteuerlicher Grund für die Transaktion vorliegt. Dies bürdet den Kreditinstituten einen außerordentlichen und nicht zu vertretenden Untersuchungs- und Dokumentationsaufwand auf, ohne für die Finanzverwaltung einen wirklichen Mehrwert zu schaffen. Demzufolge erbitten wir eine Klarstellung, dass Sicherungsgeschäfte bei Kreditinstituten nicht als zirkuläre Vermögensverschiebungen zu verstehen sind.

5. Gesetzlich vorgesehene Steuervorteile: § 138d Abs. 3 Satz 3 AO-E bestimmt, dass ein gesetzlich vorgesehener Steuervorteil keine Meldeverpflichtung auslöst, sofern sich der steuerliche Vorteil ausschließlich in Deutschland auswirkt. U. E. sollte – korrespondierend zu Absatz 3 Satz 2, wonach auch ein im Ausland eingetretener Steuervorteil von Relevanz ist – die Ausnahme auf im EU-Ausland gesetzlich vorgesehene Steuervorteile ausgedehnt werden. Dass der Gesetzgeber gewillt ist, auch im EU-Ausland gesetzlich vorgesehene Steuervorteile auszunehmen, zeigt auch die Gesetzesbegründung zu § 138e Abs. 1 S. 1 Nr. 3b AO-E, die aktuell jedoch dem Gesetzeswortlaut widerspricht. Hier heißt es wie folgt: „Dabei sind nicht nur die durch die deutsche Rechtsordnung gesetzlich eingeräumten steuerlichen Vorteile zu beachten, sondern auch solche, die von den nationalen Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedstaaten vorgesehen sind. Nicht von Bedeutung sind dagegen steuerliche Vorteile, die ein Drittstaat unilateral durch nationale Gesetze einräumt.“

6. Abziehbarkeit: Zudem möchten wir erneut anmerken, dass sich aus § 138e Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 Buchstabe d AO-E eine überschießende Regelungswirkung ergibt. Denn dieses Kennzeichen betreffend Zahlungen zwischen verbundenen Unternehmen soll Anwendung auf alle Zahlungen finden, unabhängig davon, ob diese beim Leistenden abziehbar sind. Sinn und Zweck dieser Kennzeichen war, sog. „weiße Einkünfte“ zu erfassen.

Aus diesem Grund verwendet die DAC6 den Begriff „abziehbare“ Zahlungen zwischen verbundenen Unternehmen. Fraglich ist, wie in Fällen zu verfahren ist, wenn die Empfängergesellschaft zwar einem Körperschaftsteuersatz von 0 oder unter 4% unterliegt, die Einkünfte dieser Gesellschaft aber im Rahmen einer Hinzurechnungsbesteuerung in einem anderen Staat (Steuersatz > 4%) besteuert werden. Dies sollte aus unserer Sicht zu einer Nichtanwendbarkeit dieses Merkmals führen. Problematisch ist auch, wie mit Zahlungen an steuerbefreite Körperschaften umzugehen ist (z. B. Pensionsfonds oder andere steuerbefreite Körperschaften). Diese Transaktionen sollten aus unseres Erachtens ebenfalls nicht erfasst werden. Solche Steuerbefreiungen sind im Gesetz verankert und dienen der Förderung unterschiedlicher Zwecke des Gemeinwohls, nicht aber der Generierung von steuerlichen Vorteilen.

Unklar ist ebenso, wie im Falle von Zahlungen an Personengesellschaften zu verfahren ist, die selbst kein Steuersubjekt sind und keiner Besteuerung unterliegen. Die Einkünfte werden bei den jeweiligen Gesellschaftern besteuert. Richtigerweise sollte hier auf die Besteuerung des jeweiligen Gesellschafters abgestellt werden. Dies entspricht auch den EU Meeting Minutes der Working Party IV vom 24. September 2018. Dort wird ausgeführt: *„regarding tax transparent entities (such as partnerships) being recipients of a cross-border payment, one will need to search for the tax regime applying to the partners“*.

7. Definition der verbundenen Unternehmen:

a) „erheblicher Einfluss“ (§ 138e Absatz 3 Nummer 1 AO-E): Der Begriff des „erheblichen Einflusses“ wird nicht definiert. Wir würden begrüßen, wenn der Begriff analog zum „beherrschenden oder bestimmenden Einfluss auf die gesellschaftsrechtlichen, finanziellen oder geschäftlichen Angelegenheiten“ im Sinne von § 138b Abs. 1 Nr. 1 AO definiert wird. Ein unnötiger weiterer Implementierungsaufwand könnte so für die Finanzwirtschaft vermieden werden.

b) Verständnis des § 138e Absatz 3 Nummer 2 AO-E: Hiernach gilt eine Person als verbundenes Unternehmen, sofern sie „über eine Beteiligungsgesellschaft mit mehr als 25% der Stimmrechte an der Kontrolle einer anderen Person beteiligt“ ist. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch § 138e Abs. 3 Nr. 3 AO-E die mittelbare Beteiligung erfasst, ist unklar, welcher (darüber hinausgehende) Fall hiermit gemeint ist.

Im Übrigen bitten wir um Verständnis, dass wir aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit keine weiteren inhaltlichen Aspekte ansprechen können und verweisen zu weiteren Einzelheiten auf unser Schreiben vom 1. April 2019.

Mit freundlichen Grüßen
für Die Deutsche Kreditwirtschaft
Bundesverband deutscher Banken

Joachim Dahm
Mitglied der Geschäftsführung

Mario Labes
Abteilungsleiterin / Abteilungsleiter