

Bundesministerium der Finanzen  
MD Michael Sell  
Leiter der Steuerabteilung  
Wilhelmstraße 97  
10117 Berlin

27. August 2015

### **Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung**

Sehr geehrter Herr Sell,

mit Blick auf den Vorentwurf des Investmentsteuergesetzes vom 21. Juli 2015 möchten wir einen Sachverhalt ansprechen, der sich aus den Verweisungszusammenhängen des Gesetzentwurfes ergibt und der für die deutsche Zertifikatebranche von großer Bedeutung ist.

Nach § 1 Abs. 2 des Entwurfes sind Investmentfonds alle Investmentvermögen im Sinne von § 1 Abs. 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB). Nach § 2 Abs. 1 des Entwurfes gelten die in diesem Gesetzbuch enthaltenen Begriffsbestimmungen, soweit sich keine abweichenden aus dem Investmentsteuergesetz ergeben.

Die BaFin hat mit Schreiben vom 16. Juni 2013 unter Tz. I. 6 ausgeführt, dass auch Zertifikate – also Schuldverschreibungen –, deren Wertentwicklung an verschiedene Wertpapiere anknüpft, ein Investmentvermögen im Sinne des KAGB darstellen können. Wir halten diese Einordnung für nicht sachgerecht. Schlicht irreführend wäre diese Sichtweise aber für das Steuerrecht, wie es jetzt durch das Investmentsteuergesetz geregelt werden soll (siehe Anlage).

Auch der jetzige Neuentwurf knüpft an die Figur des Sondervermögens an (so weit keine Investmentvermögen der Gesellschaftsform vorliegen) und behandelt diese weiterhin als Zweckvermögen im Sinne des Körperschaftssteuergesetzes. Allein schon mit dieser Grundvorstellung weicht das Steuerrecht vom Aufsichtsrecht ab. Im Sinne der Öffnungsklausel von § 2 Abs. 1 Investmentsteuergesetz verbietet es sich, diese aufsichtsrechtliche Sichtweise zu übernehmen. In dem als Anlage beigefügten Dokument haben wir dies ausführlich begründet.

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

Vor diesem Hintergrund bitten wir um eine Klarstellung - etwa in der Gesetzesbegründung -, dass Zertifikate nicht als Investmentvermögen in Sinne des Entwurfs eines Investmentsteuergesetzes angesehen werden.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Hartmut Knüppel  
Geschäftsführender Vorstand



Torsten Sandkühler  
Vorsitzender des Steuerausschusses

## ANLAGE

### **Anwendbarkeit des InvStG auf Zertifikate?**

Im Auslegungsschreiben der BaFin zum Anwendungsbereich des *KAGB* und zum Begriff des „Investmentvermögens“ vom 14.6.2013 wird unter Tz. I.6 ausgeführt, dass auch Zertifikate, deren Wertentwicklung an verschiedene Wertpapiere als Underlying oder an einen selbst erstellten Index gekoppelt ist, ein Investmentvermögen i.S.d. *KAGB* darstellen könnten, wenn die mit dem Zertifikat eingesammelten Mittel zum Nutzen der Anleger investiert werden. Hiervon sei insbesondere dann auszugehen, wenn die Bank nicht in der Verwendung der Anlegergelder frei ist und den Anlegern verspricht, die Anlegergelder etwa in Vermögenswerte zu investieren, die dem selbsterstellten Index oder dem Referenzportfolio zu Grunde liegen, und wenn die Anlage nicht „ausschließlich zu dem Zweck erfolgt, die eigenen Verlustrisiken gegenüber dem Inhaber des Zertifikates abzusichern (Hedging).“

Diese Auffassung der BaFin kann für das Steuerrecht nicht bindend sein. Nach § 2 Abs. 1 E-InvStG gelten die Begriffsbestimmungen des *KAGB* nur insoweit entsprechend, als sich aus dem InvStG keine abweichende Begriffsbestimmung ergibt.

Eine Begriffsbestimmung in diesem Sinne muss auch eine solche sein können, die sich aus der Systematik des Gesetzes und seiner Einbindung in das übrige steuerrechtliche Normengefüge ergibt. Daher stellt sich zunächst die Frage, welche Art von Investmentvermögen denn dann entstehen würde.

Zunächst ist festzuhalten, dass nicht etwa die Regeln über Investmentaktiengesellschaften Anwendung finden können, denn der Emittent der so bezeichneten Zertifikate vermittelt keine wirtschaftlichen Berechtigungen via der von ihm ausgegebenen Aktien sondern über entsprechende Schuldverschreibungen.

In Betracht käme daher nur die Vorstellungsweise, dass die „Investitionen zum Nutzen der Anleger“ in WG erfolgen, die in der Art eines Sondervermögens vom Emittenten gehalten werden. Ein solches Sondervermögen wäre dann nach § 99 Abs. 5 *KAGB* aber eine Gemeinschaft, deren Vermögen entweder direkt (oder als Treuhandvermögen indirekt) im Eigentum der Inhaber der Schuldverschreibungen stünde. Dies wäre zivilrechtlich nur möglich, wenn zuvor der Emittent den betreffenden Vermögensstand auf die „Anleger“ übertragen hätte.

Rein steuerrechtlich gesehen führt die Auffassung der BaFin dazu, dass Fremdkapital (in Gestalt der ausgegebenen Zertifikate) zu einem Anteil innerhalb des Organismus „Zweckvermögen“ mutieren würde. Eine solche Umqualifizierung von Fremdkapital ist jedoch nach den Grundsätzen des Körperschaftsteuerrechts, wie es ansatzweise in § 8 Abs. 3 Satz 1 *KStG* seinen Niederschlag

gefunden hat, nur unter den dort normierten Voraussetzungen möglich. Die Vorschrift beruht auf dem sog. Belastungsvergleich des RFH.<sup>1</sup> Dahinter steht die Vorstellung einer Kapitalkreistheorie, wonach Ansprüche entweder nur zum Eigenkapitalkreis einer Kapitalgesellschaft oder zum Fremdkapital gehören können. Im ersten Fall sind Ausschüttungen nicht abzugsfähig, im zweiten Fall wohl. Überträgt man diese Theorie auf die hier interessierende Fragestellung, so wird deutlich, dass die Schuldverschreibungen nicht die Merkmale von Eigenkapital tragen, denn im Falle etwa der Insolvenz des Emittenten würden diese Ansprüche nicht durch Verlustteilnahme und/oder auf der Stellung als Gesellschafter beruhende Nachrangigkeit geschmälert werden. Sie bleiben daher Fremdkapital und können nicht „Anteil an etwas“ i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 1 KAGB sein.

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Rechtsfolgen einer Übertragung der Auffassung der BaFin ins Steuerrecht zu sinnwidrigen Ergebnissen führen würden. Die Erträge aus dem Sondervermögen wäre nach Maßgabe von § 6 Abs. 2 E-InvStG teils steuerfrei, teils steuerpflichtig. Wer käme dann als Steuerpflichtiger in Betracht? Auf wen hätten die auszahlenden Stellen eine Steuerbescheinigung auszustellen? Die Ausschüttungen des Emittenten auf die Schuldverschreibungen wären nicht mehr abzugsfähig, sondern Gegenstand eines Verteilungsmechanismus nach Maßgabe des InvStG; das Rechnungswesen des Emittenten würde sozusagen von diesem „Sondervermögen“ gar nicht mehr selbst berührt. Für den Anteilseigner griffe etwa auch die Thesaurierungsbesteuerung (Vorabpauschale) nach § 15 E-InvStG. Diese Reihe steuerrechtlicher Vorschriften, auf die eine derartige Umqualifizierung nicht „passen“ würde, ließe sich beliebig fortsetzen. Im Ergebnis muss daher festgehalten werden, dass die Auffassung der BaFin über die Umqualifizierung von Zertifikaten im Steuerrecht keine Anwendung finden kann.

Insgesamt ist die Verweisungstechnik aber auch deswegen problematisch, weil das Aufsichtsrecht durch Europarecht geprägt ist, das Steuerrecht an dieser Stelle jedoch nicht.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Entwurf das Phänomen der sog. überschießenden Harmonisierung berücksichtigt. Danach können europarechtliche Normen auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein nationaler Gesetzgeber ohne Zwang Rechtsgebiete inkorporiert, die europarechtlich geprägt sind. Hieraus ergibt sich dann auch eine Zuständigkeit des EuGH.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> RFH v. 17.4.1934, I A 316/32, RStBl 1934, 195; v. 28.4.1936, I A 19/36, RStBl 1936, 770; BFH v. 28.6.1960, I 85/60, HFR 1961, 13.

<sup>2</sup> Vgl. etwa EuGH v. 15.1.2002, Anderson, C-43/00, EuGHE 2002, I-379, Rz. 18; v. 17.7.1997, Leur Bloem, C-28/95, EuGHE 1997, I-4161, Rz. 32 ff.; v. 20.3.2014, Caixa D'Estalvis, C-139/12, HFR 2014, 465, Rz. 44.