

Deutscher Derivate Verband · Pariser Platz 3 · 10117 Berlin

Ingrid Arndt-Brauer, MdB
Vorsitzende des Finanzausschusses
des Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1
11011 Berlin

7. April 2016

**Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung
Klarstellung zu § 36 Abs. 2a E-EStG**

Sehr geehrte Frau Arndt-Brauer,

im Rahmen des Regierungsentwurfes 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 eine Mindesthaltedauer für Wertpapiere vor, die um den Dividendenstichtag herum erworben und wieder veräußert werden. Voraussetzung ist u.a., dass die Aktien oder Genussscheine während einer 91-tägigen Frist an mindestens 45 Tagen gehalten werden. Tage, an denen der Inhaber das Wertänderungsrisiko zu weniger als 30 % des gemeinen Werts bei Erwerb trägt, zählen für die 45-tägige Frist nicht mit.

Dies bedeutet, dass durchgängig keine Risikominimierung vorgenommen werden kann, die höher als 70 % des Änderungsrisikos ist. Werden die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, kann die bei Dividendenausschüttung einbehaltenene Kapitalertragsteuer nicht angerechnet werden. Da auch bei anderen Marktbeteiligten keine Anrechnung erfolgt, wird sie so zu einer Definitivsteuer.

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 mit Bezug auf die Daimler AG mit einem Nennwert von ca. 1 Mrd. Euro von Privatkunden gekauft sowie mit einem Nennwert von etwa 500 Mio. Euro bezüglich BMW und VW.

Ebenso wichtig ist der Markt für index-basierte Derivate. Derivate bieten Anlegern hier einen wesentlich effizienteren und flexibleren Zugang als ein Kauf

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

der entsprechenden Einzelwerte. Zudem können Investoren so ihre Anlagen hebeln und sich ihre Positionen preisgünstiger finanzieren. Gerade in Deutschland halten langfristig orientierte Investoren ihre Aktienpositionen häufig über Derivate mit Banken, die wiederum die Positionen mit physischen Aktien absichern. Der deutsche Markt für Indexderivate hat ein Volumen etwa 175 Mrd. Euro, 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 abzusichern. Die Spanne zwischen Geld- und Briefkurs würde sich ausweiten und die Kosten würden sich entsprechend erhöhen. Zusätzlich würde die Liquidität, welche die Banken bereitstellen, zurückgehen. Dies erhöht wiederum die Kosten. Damit ist das Market-Making als Grundvoraussetzung einer Börsentätigkeit insgesamt in Frage gestellt.

Die geplante Regelung zielt darauf ab, sog. Cum/Cum-Geschäfte steuerlich zu inhibieren. Der Deutsche Derivate Verband wendet sich nicht gegen dieses grundsätzliche Ziel, ist aber der Auffassung, dass der gewählte Weg aus den in der Anlage 1 genannten Gründen rechtlich unzulässig und wirtschaftlich nicht sinnvoll ist:

- unstimmige Rechtsvorbilder und ungeeigneter Gesetzgebungsansatz
- gescheiterte Rechtsvorbilder
- Verstoß gegen die Richtlinie 2008/7/EG vom 12.2.2008
- Widerspruch zu den Vorschriften über das Risikomanagement
- keine Umsetzbarkeit in der Praxis
- Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Terminbörsen
- unzulässige Rückwirkung

Für die Emittenten, die der DDV vertritt, sind folgende Punkte entscheidend:

Emissionen von Zertifikaten und Optionsscheinen sind durch die vorgeschlagene Regelung nach dem Wortlaut auch betroffen, wenn nämlich zur Sicherung der derivativen Position Aktien erworben und über den Dividendentstichtag gehalten werden.

Wie aus der Begründung zum Gesetz ersichtlich wird, wollte der Gesetzgeber diese Absicherungsgeschäfte sicherlich nicht erfassen. Folgt man allerdings dem Wortlaut des Entwurfs, werden diese Fälle mit großer Wahrscheinlichkeit einbezogen.

Um diese unbeabsichtigten Nebeneffekte zu vermeiden, schlagen der Deutsche Derivate Verband und seine Mitglieder eine gesetzliche Klarstellung vor (siehe Anlage 2).

Sollte eine solche explizite gesetzliche Ausnahmeregelung nicht gewollt sein, so muss zumindest in der Gesetzesbegründung deutlich gemacht werden, dass sich die Regelung auf keine Aktiengeschäfte bezieht, die der Sicherung anderweitiger Emissionen dienen.

Falls der Regierungsentwurf unverändert Gesetz werden sollte, hätte dies massive Wettbewerbsverzerrungen zur Folge. Sie gingen zu Lasten von deutschen Aktien und zu Lasten von Wertpapieren, die sich wie Index-Zertifikate und ETFs auf deutsche Aktien beziehen.

Damit wird die deutsche Wertpapierkultur nicht gefördert – im Gegenteil.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Hartmut Knüppel
Geschäftsführender Vorstand



Torsten Sandkühler
Vorsitzender des Steuerausschusses

Anlage 1

Rechtliche Unzulänglichkeiten von § 36 Abs. 2a E-EStG

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 Haltedauer 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 Anrechnungsverfahrens 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 greifen 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.

¹ B 371/85-10

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 Übertragungsvorgänge 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.

Dies fällt aber in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/7/EG vom 12.2.2008. Darin verbietet Art. 5 Abs. 2 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 Nonwoven 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.

² G 7/88 (u.a.)

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

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.

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.

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

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

5. Keine Umsetzbarkeit in der Praxis

Fraglich ist schließlich, wie die Höhe der Besicherung festgestellt werden soll. Im Normalfall werden einzelne Wertpapierbestände nicht individualisiert besichert (etwa durch Derivate), vielmehr erfolgt eine solche Besicherung nur bezogen auf bestimmte Portfolien. Innerhalb dieser Portfolien befinden sich aber Wertpapiere nicht nur unterschiedlicher Gattungen, 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-Methode?).

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 geschaffen. Der damalige Gesetzgeber erkannte zu Recht, dass ein funktionierendes Wertpapierleihsystem eine 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 Inkrafttreten des Gesetzes entsteht. Dies gilt jedoch nicht ausnahms-

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

los. Vielmehr ist gerade dann eine andere Sichtweise geboten, 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.

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

Anlage 2

Formulierungsvorschlag zu § 36 Abs. 2a E-EStG

(Ergänzungen in rot):

Nach § 36 wird folgender Absatz 2a eingefügt:

„2.a Die Anrechnung der durch Steuerabzug erhobenen Einkommensteuer auf Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a ist ausgeschlossen, wenn der Steuerpflichtige die Mindesthaltedauer unterschreitet. Der Steuerpflichtige unterschreitet die Mindesthaltedauer, wenn er innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach der Fälligkeit der Kapitalerträge weniger als 45 Tage wirtschaftlicher und zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien oder Genussscheine ist. Tage, in denen der Steuerpflichtige weniger als 30 Prozent Wertveränderungsrisiko gegenüber dem gemeinen Wert bei Anschaffung der Aktien oder Genussscheine trägt, sowie der Tag der Veräußerung sind für die Mindesthaltedauer nach Satz 1 nicht zu berücksichtigen. Steuerpflichtige, für deren Rechnung kein Steuerabzug vorgenommen wurde oder denen ein Steuerabzug erstattet wurde und die die Mindesthaltedauer unterschreiten, sind verpflichtet, dies gegenüber ihrem zuständigen Finanzamt anzuzeigen und eine Zahlung in Höhe des unterbliebenen Steuerabzugs auf Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a zu leisten. Die Sätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn

1. die Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a im Veranlagungszeitraum nicht mehr als 20 000 Euro betragen oder
2. der Steuerpflichtige bei Zufluss der Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a seit mindestens einem Jahr zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder Genussscheine ist oder
3.
 - a. der Erwerb des wirtschaftlichen und rechtlichen Eigentums der Aktien oder Genussscheine nachweislich der Absicherung von an einer Börse notierten verbrieften Kapitalforderungen dienen oder
 - b. es sich um Kapitalforderungen handelt, die ausschließlich natürlichen Personen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs eines Kreditinstituts, Finanzdienstleistungsinstituts oder Finanzunternehmens zugänglich sind.

Der Treuhänder und der Treugeber gelten für die Zwecke der vorstehenden Sätze als eine Person, wenn Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a einem Treuhandvermögen zuzurechnen sind, welches ausschließlich der Erfüllung von Altersvorsorgeverpflichtungen dient und dem Zugriff übriger Gläubiger entzogen ist.“

Begründung des Ergänzungsvorschlags

Notwendigkeit einer Ausnahmeregelung

Die Notwendigkeit, eine Ausnahmeregelung für den deutschen Markt für Zertifikate und Optionen auf Einzelaktien sowie für index-basierte Derivate zu schaffen, ergibt sich auch aus dem Schreiben des DDV an das BMF vom 15. Januar 2016.

Ausnahmeregelung im Lichte der Intention des Gesetzgebers

1. Der Erwerb von Aktien zur Absicherung der Emissionstätigkeit von verbrieften Aktienderivaten (Zertifikate, Aktienanleihen etc.) entspricht nicht der „Umgehung“ die der Gesetzgeber bei der Neuregelung (§ 36a (2a) EStG) im Blick hatte. Gesetzesbegründung: *„Wenn der Steuerpflichtige Einkunftsquellen für Kapitalerträge erworben hat, bei denen der Haupt- oder zumindest ein Nebenzweck des Erwerbs die Umgehung der Steuerpflicht der Kapitalerträge auf Seiten der Veräußerers oder eines Rechtsvorgängers des Veräußerers war“.*

2. Der Gesetzgeber geht von dem Fall eines Steuerpflichtigen aus, der mit dem Ziel die Besteuerung auf Seiten des Veräußerers zu vermeiden, Aktien erwirbt und sich mit einem Derivat absichert. Im Falle der Emissionstätigkeit liegt der Grund für den Aktienerwerb in der Absicherung des Aktienderivats und nicht umgekehrt. Der Aktienerwerb wird zudem von Angebot und Nachfrage im jeweiligen Aktienderivat bestimmt und der Erwerbszeitpunkt ist überdies völlig losgelöst vom Dividendenstichtag. Auch steht der Rückkaufzeitpunkt nicht fest, denn dieser ist abhängig von der Investmententscheidung des Kunden, sich von dem Aktienderivat zu trennen.

Umgehung des § 36a (2a) EStG durch Ausnahmeregelung

1. Durch die Verwendung der Begriffe *„...verbrieft Kapitalforderungen...“* / *„...an einer Börse notierten...“* ist sichergestellt, dass die Ausnahmeregelung für typische, in Cum/Cum-Gestaltungen verwendeten Aktienderivate, wie z.B. Futures / Swaps / OTC-Optionen, nicht gilt.

2. Die Ausnahmeregelung kann nicht für in der Wertpapierleihe entlehene Aktien Anwendung finden, da wegen des fehlenden Marktrisikos diese keine Absicherung sein können.

3. Der Steuerpflichtige muss den Nachweis führen, dass der konkrete Aktienbestand mit der Emissionstätigkeit im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftstätigkeit in Verbindung steht. Eine Vermischung mit im Rahmen von „schädlichen“ Cum/Cum-Transaktionen erworbenen Beständen ist somit nicht möglich.

4. Verbrieft Aktienderivate werden fast ausschließlich von Privatkunden gekauft. Es ist nicht davon ausgehen, dass die Ausnahmeregelung zu einem verstärkten Erwerb von verbrieften Aktienderivaten durch institutionelle Kunden führt. Geringe Volumina und Margengestaltung sind für institutionelle Kunden nicht attraktiv.