

Recht der Finanzinstrumente

3. 2020

Betriebs-Berater Kapitalmarkt

10.Jg. | 14.9.2020 | Seiten 161–240 | www.rdf-online.de

EDITORIAL

Prof. Dr. Jan Pieter Krahn: Wie Europa die Kapitalmarktunion realisieren kann 161

AUFSÄTZE

AUFSICHTSRECHT

Prof. Dr. Christoph Schalast und Emre Türkmen: Anleihekäufe der EZB nach dem PSPP-Urteil des BVerfG 164

Lennart Lorenz und Adrian Heuzeroth: Convertible Loans (Wandeldarlehen) mit qualifiziertem Rangrücktritt – Gelddarlehen nach § 285 Abs. 2 KAGB? 170

ZIVILRECHT

Tarek Mardini und Dr. Christian Hillebrand: Sekundärtransaktionen bei geschlossenen Fondsbeteiligungen – Liquiditätsoptionen (nicht nur) in Corona-Zeiten 178

STEUERRECHT

Marco Brinkmann: Mitteilungspflicht grenzüberschreitender Steuergestaltungen mit Finanzinstrumenten – Klärung durch Umsetzungsgesetz und Entwurf eines BMF-Schreibens? 186

Florian Lechner und Oliver Staatz: Finanzinstrumente zur Absicherung und § 8b KStG 192

Dr. Philip Jensch, Gabriele Petzold und Christian Ebner: Kapitalbeteiligungs- und Immobilienquote bei Investmentfonds: Praktische Probleme der Quotenermittlung 200

Marc Roth-Lebeau und René Mohr: Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Privatdarlehen in der EU 208

BILANZRECHT

Dr. Martin Bünning: Abweichungen des aufsichtsrechtlichen Kapitalbegriffs von der handels- und steuerbilanziellen Behandlung 212

LÄNDERREPORT

Dr. Harald S. Glander und Thomas Scharfenberg: RdF-EU-Report: Aktuelle Entwicklungen im Aufsichtsrecht für den Kapitalmarkt 220

Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Privatdarlehen in der EU

Darlehen werden in der EU zunehmend grenzüberschreitend ausgereicht. Banken verzichten schon lange auf die Errichtung eigener „Landes“-Gesellschaften und sind stattdessen über Betriebsstätten tätig. Aber auch das ist immer weniger nötig. Das aufsichtsrechtliche „EU-Passporting“ einerseits und die zunehmende Digitalisierung andererseits lassen die direkte grenzüberschreitende Kreditvergabe innerhalb Europas immer häufiger werden. Die Vorteile liegen auf der Hand – Minimierung der Kosten und Optimierung der Bank- und Risikosteuerung. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den steuerlichen Konsequenzen, insbesondere Fragen des Kapitalertragsteuerabzugs auf erzielte Zinserträge aus der Vergabe von Privatkrediten als Direktgeschäft, ohne dass eine Betriebsstätte im Ansässigkeitsstaat des Kunden unterhalten wird, der die Kredite zuzurechnen wären und beleuchtet die Auswirkungen der Gesetzesänderungen zum Crowdfunding in diesem internationalen Kontext.

Marc Roth-Lebeau, StB, und René Mohr, StB

I. Bankkredite

1. Darlehensvergabe an deutsche Kreditnehmer

Im Fall einer Kreditvergabe durch ein *ausländisches* Kreditinstitut¹ an eine inländische Privatperson unterliegen die daraus erzielten Zinserträge, sofern keine Besicherung durch Grundbesitz gegeben ist, nicht der beschränkten Steuerpflicht des ausländischen Kreditinstituts in Deutschland (§ 2 Nr. 1 KStG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c) Doppelbuchst. aa) EStG). Auch ein Kapitalertragsteuerabzug ist in diesen Fällen nicht vorgesehen (§ 43 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b) i.V.m. § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 EStG).

Diese Grundsätze der Besteuerung sind konsistent mit den üblichen Regeln der Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), die eine Besteuerung der Zinserträge grundsätzlich im Ansässigkeitsstaat vorsehen und dem Quellenstaat nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Besteuerungsrecht zuweisen. Die Regelung ist im Übrigen auch europarechtlich insoweit konsistent, als dadurch kreditgebende Banken aus dem Ausland nicht schlechter gestellt werden als inländische (deutsche) Banken, deren Zinszahlungen von inländischen deutschen Kreditnehmern ebenfalls nicht dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen.

2. Unterschiedliche Regelungen in verschiedenen Ländern der EU

Die rechtlich unkomplizierte Situation in Deutschland mag zunächst nahelegen, dass auch andere europäische Länder analog verfahren und Zinsinkünfte nur im Sitzstaat des Empfängers der Zinszahlungen der Besteuerung unterwerfen.² Es ist insoweit sinnvoll, keinen Kapitalertragsteuerabzug anzuordnen, der in

der Folge wieder zu erstatten wäre. Es würde sich – insbesondere im Falle privater Kreditnehmer – auch die Frage stellen, wer zu einem solchen Einbehalt sinnvollerweise überhaupt zu verpflichten wäre.

Innerhalb der EU wenden im Fall grenzüberschreitender Darlehen an Privatpersonen wie im oben beschriebenen Fall bspw. *Spanien, Frankreich, Großbritannien, Niederlande, Österreich* und *Polen* vergleichbare Regelungen an und gewährleisten dadurch einen reibungslosen Kapitaltransfer.

Demgegenüber verzichten einige Länder (im Übrigen analog zur Quellenbesteuerung von Dividendeneinkünften) *nicht* auf ihr Besteuerungsrecht und erfassen Zinsen im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht des im Ausland ansässigen Empfängers der Zinszahlung. Dabei enthalten die jeweiligen Bestimmungen vielfältige Ausnahmeregelungen und Sonderregelungen für Banken, die zudem durch die Ausgestaltungen der jeweiligen DBA weiter eingeschränkt werden.

¹ Die Darlehensvergabe erfolgt dabei durch ein Kreditinstitut in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft. Wäre die Bank als Personengesellschaft organisiert, könnten sich insbesondere bei Beteiligung von natürlichen Personen Besonderheiten ergeben, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden soll.

² Vgl. auch BMF, 22.8.2013 – IV B 2 – S 1301/13/10009, Deutsche Verhandlungsgrundlage DBA, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2013-08-22-Verhandlungsgrundlage-DBA-deutsch.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Abruf: 30.7. 2020), zu Art. 11.

In *Portugal* bspw. unterliegen (auch nicht grundpfandrechlich besicherte) Zinserträge der beschränkten Steuerpflicht. Diese wird jedoch entsprechend Art. 11 Abs. 2 DBA Portugal auf einen Quellensteuersatz von 15% gem. Art. 11 Abs. 2 S. 1 Buchst. b) DBA Portugal reduziert und in Ausnahmefällen von Bankdarlehen, die zudem aus Sicht der portugiesischen Regierung von besonderem wirtschaftlichem oder sozialem Interesse für das Land sind, weiter auf 10% begrenzt. Der Einbehalt erfolgt aber nicht durch den privaten Kunden (d.h. den Kreditnehmer). Vielmehr müsste sich das ausländische Kreditinstitut im Ansässigkeitsstaat des Schuldners (d.h. des Kreditnehmers) registrieren.

Folgt man allein dem nationalen Steuerrecht, würden auch in *Rumänien* Zinseinkünfte grundsätzlich der beschränkten Steuerpflicht unterliegen, wobei der Quellensteuereinbehalt hier sogar durch den rumänischen *Privatkunden* vorgesehen ist. Diese Regelungen laufen aufgrund der Reziprozitätsklausel in Art. 11 Abs. 4 DBA Rumänien im Verhältnis zu Deutschland jedoch leer. Denn Rumänien verzichtet auf das Quellensteuerrecht, soweit Deutschland entsprechende Zinserträge nicht der Besteuerung unterwirft.

Anders die Regelung in *Italien*. Dort unterliegen Zinserträge, die ein Empfänger außerhalb Italiens bezieht, nicht der beschränkten Steuerpflicht, wenn Italien mit dem Empfängerstaat, wie bspw. mit Deutschland, ein Informationsaustauschabkommen geschlossen hat. Das gilt wiederum u.a. nicht für Darlehen von ausländischen (nicht italienischen) Banken an in Italien ansässige Privatpersonen. Diese sollen als sog. „Geldverleihgeschäft“ im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht einer Besteuerung an der Quelle unterworfen werden.³ Der Steuereinbehalt wird der Privatperson als Darlehensschuldner jedoch nicht auferlegt. Die Besteuerung der ausländischen Bank erfolgt im Wege einer Steuererklärung in Italien. Dabei stellt das Ruling sicher, dass die Besteuerung nur in Höhe des reduzierten DBA-Steuersatzes erfolgt.⁴

Die in Folge der beschränkten Steuerpflicht in Italien gezahlte Steuer ist gem. § 34c Abs. 6 S. 1, 2 EStG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 und Art. 24 Abs. 3 Buchst. b) des DBA IT in Deutschland anzurechnen.

3. Europarechtskonformität

Bereits die Tatsache, dass die überwiegende Mehrheit der Länder auf eine Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Zinszahlungen verzichtet, vermindert das Streitpotenzial aus europarechtlicher Sicht bspw. im Vergleich zu Gewinnausschüttungen.

Dennoch könnte sich zumindest in einigen Fallkonstellationen ein Konflikt mit den europäischen Grundfreiheiten, hier insbe-

sondere der Dienstleistungs-, Niederlassungs- oder der Kapitalverkehrsfreiheit ergeben, wenn die Darlehensgewährung durch ausländische Banken gegenüber Konstellationen mit inländischen Banken durch eine Quellensteuerbelastungen benachteiligt wird, ohne dass dafür steuersystematische Rechtfertigungsgründe erkennbar sind, da insoweit bereits geringfügige Beeinträchtigungen gegen die Grundfreiheiten verstoßen würden.⁵

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) gerade zu Fällen der unterschiedlichen Quellensteuerbelastung von Ausländern und Gebietsangehörigen in der Sache „*état belge – SPF Finances/Truck Center SA*“ entschieden, dass diese aufgrund der Systematik des Steuerrechts zulässig sein können.⁶ Wörtlich wird dort in Rn. 46 ff. ausgeführt:

„Diese unterschiedlichen Steuererhebungsmodalitäten sind somit die logische Folge der unterschiedlichen Besteuerung von gebietsansässigen und gebietsfremden Empfängergesellschaften. (...) Während nämlich die gebietsansässigen Empfängergesellschaften unmittelbar der Kontrolle der belgischen Steuerverwaltung mit der Möglichkeit einer Zwangsbeitreibung der Steuer unterliegen, verhält es sich bei den gebietsfremden Empfängergesellschaften anders, weil bei ihnen für die Steuereinzahlung die Unterstützung der Steuerverwaltung ihres Sitzstaats erforderlich ist.“

Insbesondere wenn, wie im Fall Italiens, kein zusätzlicher Aufwand bzw. Liquiditätsnachteil durch einen Einbehalt von Quellensteuer entsteht, erscheint die Regelung u.E. europarechtlich unbedenklich.

II. Crowdfunding

1. Deutschland

Durch das Gesetz zur „weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften“ vom 29.11.2019 (sog. Jahressteuergesetz 2019) trug der Gesetzgeber der Entwicklung des „Online Alternative Finance“-Markts und insbesondere der Entwicklung des sog. „Peer to Peer Consumer Lending“ (P2P-Lending) Rechnung und erweiterte den Tatbestand des § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 EStG um den Buchstaben c.⁷ Künftig soll der Abzug vom Kapitalertrag auch auf Zinsen erhoben werden, die aus einer Forderung stammen, die über eine Internet-Dienstleistungsplattform erworben wurde.

3 S. dazu (Art. 26-bis (1) D.P.R. 600/1973) und Agenzia entrate Risposta n.41 vom 23.10.2018.

4 Vgl. Agenzia entrate Risposta n.41 vom 23.10.2018.

5 EuGH, 6.6.2013 – C-383/10, Europäische Kommission, IStR 2013, 503, Rn. 41 ff.; EuGH, 18.10.2012 – C-498/10, X NV, RIW 2013, 409, Rn. 30 m.w.N.

6 EuGH, 22.12.2008 – C-282/07, *état belge – SPF Finances*, IStR 2009, 135.

7 Vgl. BT-Drs. 19/13436, 117; s.a. University of Cambridge, *The 4th European Alternative Finance Benchmarking Report*, S. 16, 17.

Dabei ist zu beachten, dass sich die Gesetzesänderung u.E. explizit auf das fremdkapitalbasierte Crowdfunding bezieht. Der Gesetzgeber bedient sich in den diesbezüglichen Gesetzesmaterialien einheitlich des Begriffs „Crowdlending“. Diesen definiert das Bundesministerium für Finanzen bereits innerhalb seines Schreibens vom 15.12.2017 nach unserem Verständnis eindeutig als fremdkapitalinduzierte Variante des Crowdfunding.⁸

Daneben steht die eigenkapitalangelehnte Variante des Crowdfunding, das sog. Crowdinvesting, innerhalb dessen die Investitionen auch aus Sicht des BMF im weitesten Sinne eigenkapitalähnlichen Charakter haben,⁹ was u.E. auch im Einklang mit dem allgemeinen Verständnis des Crowdinvesting steht, demzufolge Investitionen als Eigenkapital bzw. hybride Finanzierungsinstrumente im Fokus stehen.¹⁰ Da für diese Variante tendenziell bereits vor dem Jahressteuergesetz 2019 wirksame Kapitalertragsteuerabzugstatbestände existierten (z.B. im Falle partiarischer Darlehen § 43 Abs.1 Nr. 3 EStG i.V.m. § 44 Abs. 1 S. 3 EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG) kann u.E. auch daraus sinnhaft abgeleitet werden, dass die Schaffung dieses nun neuen Kapitalertragsteuerabzugstatbestands (§ 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 EStG Buchst. c)) alleine auf das fremdkapitalbasierte Crowdlending abzielt.¹¹

Flankierend wurde § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 2a Buchst. a) EStG eingeführt, der die Definition einer „die Kapitalerträge auszahlende Stelle“ erweitert. Insoweit gelten als auszahlende Stelle der inländische Plattform-Betreiber oder die inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Betreibers. Den Empfehlungen des Bundesrats folgend hat der Gesetzgeber für den Fall, dass weder ein inländischer Plattform-Betreiber noch eine inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Betreibers existiert (z.B. infolge Ausweichreaktionen der Plattform-Betreiber) zudem einen Auffangtatbestand aufgenommen (§ 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 2a Buchst. b) EStG).¹² Demzufolge ist in diesen Fällen alternativ das in die Abwicklung der Zins- und Tilgungszahlungen eingebundene inländische Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitut zum Steuerabzug verpflichtet.

Folgt man den Hinweisen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), scheint je nach konkreter Ausgestaltung allerdings in Betracht zu kommen, dass Crowdlending-Strukturen möglicherweise mit einer Erlaubnis gem. Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetz (ZAG) „auskommen“ könnten.¹³ In diesem Fall stellt sich die Frage, ob der nunmehr gesetzlich normierte Auffangtatbestand weitgehend genug ist. Denn „ZAG-Institute“ sollten gerade keine Institute i. S. d. Vorschrift sein (§ 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 2a Buchst. b) EStG).¹⁴

Im Rahmen des Crowdlending können sowohl auf der Kreditgeber- als auch auf der Kreditnehmerseite und eben durchaus auch auf beiden Seiten Privatpersonen auftreten. Offensichtlich hat der Gesetzgeber richtigerweise allein den Fall inländischer Gläubiger (d.h. Kreditgeber) im Blick und lässt ausländische Kapitalgeber außen vor. Denn während die neuen Bestimmungen den Inlandsfall (d.h. inländischer Kreditgeber) abdecken, sollte dies im Kontext ausländischer (privater) Kreditgeber in aller Regel nicht der Fall sein. Schließlich ist es im Rahmen der Prüfung der beschränkten Steuerpflicht für Zinseinkünfte weiterhin erforderlich, dass diese entweder (i) durch Grundbesitz besichert sind (§ 49 Abs. Nr. 5 Buchst. c) Doppelbuchst. aa) EStG) oder (ii) ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut involviert ist (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d) EStG). Da im Kontext (ii) der Verweis auf § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 Buchst. c EStG weiterhin fehlt, werden Zinserträge ausländischer „Crowdlender“ in aller Regel keine inländischen Einkünfte darstellen und demzufolge nicht dem neuen Kapitalertragsteuerabzugstatbestand unterliegen.

Unter Berücksichtigung der generellen deutschen Vorgehensweise bei DBA-Verhandlungen im Hinblick auf den Zinsartikel erscheint dieses Ergebnis aber konsequent (vgl. bereits Abschn. I Tz. 1). Die deutsche Verhandlungsgrundlage vom 22.8.2013¹⁵ sieht für den Zinsartikel ein ausschließliches Besteuerungsrecht für den Sitzstaat des Empfängers der Zinszahlungen vor.¹⁶ Eine Quellenbesteuerung bestimmter Kapitalerträge ist darin bewusst nicht vorgesehen. Insoweit würde eine Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht auf Zinseinkünfte aus Crowdlending-Strukturen innerhalb des § 49 EStG ins Leere laufen – Deutschland hätte ohnehin kein Besteuerungsrecht.

2. Europa – ein Überblick

Innerhalb der EU sind P2P-Crowdlending-Plattformen als Finanzierungsform stark wachsend, aber unterschiedlich ausgeprägt. Die größten Märkte sind insbesondere Großbritannien, gefolgt von Frankreich, Deutschland und den Niederlanden. Darüber hinaus sind Plattformen wie Bondora oder Mintos in den baltischen

8 BMF, 15.12.2017 – IV C 4 – S 2223/17/10001, BStBl. I 2018, 246, Abschn. IV.

9 BMF (Fn. 8).

10 Exemplarisch *Herr/Bantleon*, DStR 2015, 532 ff., m. w. N.

11 So auch *Jansen*, NWB 10/2020, 692 ff.

12 Vgl. BR-Drs. 356/19, 39, 40.

13 BaFin, Crowdlending, 4.1.2018, abrufbar unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Crowdfunding/Crowdlending/crowdlending_no_de.html (Abruf: 15.7.2020).

14 So wohl auch *Jansen* (Fn. 11).

15 Deutsche Verhandlungsgrundlage DBA (Fn. 2).

16 Das Protokoll Nr.1 zur Deutschen Verhandlungsgrundlage (Fn. 2) enthält hingegen ein unbeschränktes Quellenbesteuerungsrecht für den Fall, dass Zinsen auf Rechten oder Forderungen mit Gewinnbeteiligung beruhen und bei der Ermittlung der Gewinne des Schuldners der Zinsen abzugsfähig sind.

Staaten populär. In den meisten Staaten steckt die Branche allerdings noch in den Kinderschuhen. Steuerlich nimmt Deutschland innerhalb der EU eine Vorreiterrolle ein. Es dürfte bisher das einzige Land sein, das explizite Regelungen zur Besteuerung von Erträgen aus über derartige Plattformen vermittelten Kredite eingeführt hat.

In Italien werden die durch Crowdlending-Plattformen vermittelten Erträge bereits aufgrund von Sonderregelungen für Geldverleihgeschäfte seit jeher besteuert (Art. 26-bis (1) D.P.R. 600/1973), und zwar auch im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht (s. Abschn. I). Änderungsbedarf ergibt sich folglich nicht, da insoweit auch die Sonderregelungen für kreditfinanzierten Warenverkehr des Art. 11 Abs. 3 DBA-IT keine Anwendung finden. Interessant in diesem Kontext ist, dass in Italien für reine Inlandssachverhalte durch die genannte Vorschrift kein Steuereinbehalt an der Quelle vorgesehen ist, sondern eine Besteuerung erst im Rahmen der Veranlagung erfolgt. Das von Deutschland verfolgte Ziel, durch den Kapitalertragsteuerabzug die Besteuerung der Kapitalerträge insoweit nicht von einer Erklärung des Steuerpflichtigen abhängig zu machen, sollte daher auch in Italien in der Diskussion stehen.¹⁷ In den übrigen EU-Ländern werden die nationalen Vorschriften zur Besteuerung von Zinsen herangezogen und teilweise die Anwendung bestehender gesetzlicher Regelungen in Großbritannien und Kroatien diskutiert. Das britische Finanzministerium HMRC hat sich jedoch bisher lediglich zur Behandlung von Crowdfunding-Plattformen auf nationaler Ebene geäußert. Eine Stellungnahme zu entsprechenden grenzüberschreitenden Vorgängen steht noch aus.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Kreditzinsen auf grenzüberschreitende Darlehen an Privatpersonen unterliegen in Europa zumeist nicht der beschränkten Steuerpflicht und auch nicht dem Kapitalertragsteuereinbehalt.
2. In einzelnen Ländern kann das jedoch anders sein und führt mitunter zu zusätzlichem Verwaltungsaufwand (z. B. Portugal, Italien). Diese Ausnahmen sollten aber im Einklang sowohl mit geltendem DBA-Recht als auch mit Europarecht stehen.
3. Im Rahmen des Crowdlending nimmt Deutschland eine Vorreiterrolle im Hinblick auf den Kapitalertragsteuerabzug ein und hat eventuellen Ausweichreaktionen der Branche durch einen nachvollziehbaren Auffangtatbestand vorgebeugt. Ob bzw. in wie weit dieser mit Blick auf aufsichtsrechtliche Wechselwirkungen „wasserdicht“ ist, muss die Zukunft noch zeigen. Aber auch insoweit ist den neuen geltenden nationalen Regelungen kein Treaty-Override zu entnehmen.
4. Wo andernorts im Kontext von Crowdlending noch keine Quellensteuertatbestände existieren, dürfte mit entsprechenden gesetzlichen Regelungen in nicht allzu ferner Zeit zu rechnen sein.

AUTOREN



Marc Roth-Lebeau ist Partner bei Baker Tilly in Frankfurt a. M. und leitet die Financial Services Tax Practice in Deutschland gemeinsam mit Dr. Götz Weitbrecht. Er ist spezialisiert auf bilanz-, kapitalertrag- und umsatzsteuerrechtliche Fragestellungen.



René Mohr ist Manager im Bereich Financial Services bei Baker Tilly in Frankfurt a. M. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der ganzheitlichen Beratung von Banken und Finanzdienstleistern mit Fokus auf dem internationalen Steuerrecht.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 19/13436, 117.