



Newsletter, 07. April 2018

Sehr geehrte Damen und Herren,

das **negative Zinsumfeld** stellt Banken nicht nur vor betriebswirtschaftliche, sondern auch vor rechtliche Probleme. Sofern betriebswirtschaftlich sinnvoll, gilt es hier, möglichst schonend eine Anpassung der bestehenden Geschäftsbeziehungen an die neue Realität vorzunehmen (**Punkt 1**).

Im Aufsichtsrecht hat die BaFin – sehnlichst erwartet – am 15. März 2018 ihren Entwurf zu den „**Auslegungs- und Anwendungshinweisen**“ zum **Geldwäschegesetz** zur Konsultation gestellt (**Punkt 2**).

Im Steuerrecht haben es sich EU und OECD zum Ziel gesetzt, sog. „**Gestaltungsmodelle**“ **meldepflichtig** zu stellen. Der nationale Gesetzgeber folgt diesem Trend (**Punkt 3**). Verwaltungsseitig ist ein Schwerpunkt der Bemühungen die praktische Umsetzung der großen **Investmentsteuerreform**; das angekündigte „große BMF-Schreiben“ lässt allerdings auf sich warten (**Punkt 4**). Unmittelbar bankrelevante Änderungen im **US-Steuerrecht** finden Sie unter **Punkt 5**.

1. Negative Zinsen im Zivil- und Steuerrecht

Seit gut zwei Jahren beträgt der Einlagen-Zinssatz der Europäischen Zentralbank für bei ihr hinterlegte Gelder -0,4%. Immer akuter wird die Frage, ob und ggf. wie Banken Negativzinsen an ihre (institutionellen?) Kunden weitergeben dürfen.

Zivilrecht: Das **Neukundengeschäft** sollte dabei in den Griff zu bekommen sein, wenn beim Einlagengeschäft im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen der Verwahrcharakter in den Vordergrund gestellt wird. Der Negativ-Zins ist dann „Gebühr“. Gebühren für die Einlage-„Verwahrung“ sollten dann u.E. auch als solche bezeichnet werden. Entsprechende Vereinbarungen in AGB, bei denen zumindest auch Gebühren für die Geldüberlassung durch den Kunden vorgesehen sind, dürften u.E. grundsätzlich zulässig sein, wenn sie den strengen Anforderungen der §§ 305 ff BGB, insb. mit Blick auf die wesentlichen Grundgedanken der dem jeweiligen Einlagengeschäft zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen (siehe im Folgenden), standhalten.

Problematisch ist die Anpassung der **bestehenden Einlageverträge** verschiedenster Art. Jedenfalls bei klassischen **Termineinlagen** („Festgelder“ oder „Kündigungsgelder“) und (langfristigen) Sparverträgen, denen (ggf. über § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB) die Vorschriften der §§ 488 ff BGB über Darlehensverträge zugrunde liegen, steht die Kapitalüberlassung auf Zeit im Vordergrund, vgl. § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB; die Bank als Darlehensnehmer ist im Grundsatz verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen, § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Einführung eines Negativzinses in einen solchen Vertrag würde dazu führen, dass entgegen des gesetzlichen Leitbilds der Darlehensgeber den Darlehenszins zu leisten hätte, was u.E. eine unangemessene Benachteiligung des Darlehensgebers i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellen könnte. Bei **Sichteinlagen** (typischerweise Giro-Konto) wird üblicherweise von einer unregelmäßigen Verwahrung i.S.d. § 700 BGB ausgegangen. Zwar wird auch hier auf die §§ 488 ff BGB verwiesen, jedoch hat der Gesichtspunkt der „Verwahrung“ (kurzfristiges, sicheres und bequemes Parken von überschüssiger Liquidität) ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Gewicht. U.E. sollte auch die nachträgliche Anpassung etwa eines Giro-Vertrags möglich sein.

Der **BGH** hat in einer Entscheidung zu einem *Sparvertrag* in 2010 die Möglichkeit, dass ein variabler

Zins ins Negative rutschen kann, für einen solchen Vertrag als nicht interessengerecht angesehen (BFH, Urteil v. 13.4.2010 – XI ZR 197/09, Rn. 27). Ob dies in langanhaltenden Niedrigzins-Phasen weiterhin Gültigkeit hat, wird sich zeigen.

Steuerrecht: Bei der steuerrechtlichen Würdigung von Negativzinsen will sich die Finanzverwaltung ebenfalls auf den wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts stützen und geht davon aus, dass „Zinsen“, die der Darlehensgeber an den Darlehensnehmer zahlt, **nicht als Entgelt für die Überlassung von Kapital** gezahlt werden, sondern dass sie eine Art „Verwahr- und Einlagegebühr“ darstellen. Nach Maßgabe des „steuerlichen Zinsbegriffs“ stellen sie also keine Zinsen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, **sondern Betriebsausgaben oder Werbungskosten i.d.R. im Zusammenhang mit Einkünften aus Kapitalvermögen dar**. Dies hat für Privatanleger die unangenehme Folge, dass sie in dem begrenzten Sparer-Pauschbetrag gem. § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG aufgehen (vgl. BMF v. 18. Januar 2016 [Einzelfragen zur Abgeltungsteuer], Rn. 129a); betriebliche Anleger können die Aufwendungen aus „negativen Zinsen“ im Rahmen der ESt/KSt allerdings voll geltend machen. Gleiches gilt für die GewSt: da die Zinsen gerade nicht für zur Verfügung gestelltes Fremdkapital aufgebracht wurden, ist eine Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 Buchst. a) GewStG nicht erforderlich (vgl. Gleichl. LänderErl v. 17.11.2015).

Umsatzsteuerlich kehrt sich ebenfalls das Leistungsverhältnis um, die Bank erbringt bei negativen Zinsen eine Verwahrleistung gegenüber dem „Darlehensgeber“ und somit eine grundsätzlich steuerbare sonstige Leistung, §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 3 UStG. Hier kommt aber eine USt-Befreiung gem. § 4 Nr. 8 Bst. d) UStG in Betracht. Unklar ist noch die Behandlung der „Haltegebühr“ für Zwecke der Zinsschranke (ob diese dort als „Zins“ zu behandeln ist).

2. Auslegungs- und Anwendungshinweise zu dem neuen GWG

Die BaFin hat, *soweit* sie zuständige Aufsichtsbehörde für das GwG ist (Kredite, Finanzdienstleistungsinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften, etc., vgl. § 50 Nr. 1 GwG), einen Entwurf zu „Auslegungs- und Anwendungshinweisen“ zum GwG zur Konsultation gestellt, vgl. § 51 Abs. 8 GwG. Stellungnahmen zu dem Entwurf sollen bis zum 11. Mai 2018 eingegeben werden, so dass damit gerechnet werden kann, dass die Finalisierung im letzten Jahresviertel 2018 erfolgen soll. Der Entwurf ist umfassend geraten (88 Seiten) und soll alle früheren Hinweise der BaFin (sowie auch die DK-Hinweise) gegenstandslos machen. Die Beschäftigung mit dem Entwurf lohnt sich, denn viele Zweifelsfragen (etwa zum Risikomanagement und zu Kundensorgfaltspflichten) werden umfassend aufbereitet.

3. Anzeigepflicht für (grenzüberschreitende) Steuermodelle

Bereits im Juni 2017 – auch als unmittelbare Folge auf die jüngsten Enthüllungen aus den Panama- und den Paradise Papers sowie in Umsetzung des BEPS Aktionsplans 12 („Disclosure of aggressive tax planning“) – hat die EU einen „**Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustauschs im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Modelle**“ vorgestellt, der eine Meldepflicht für „aggressive grenzüberschreitende Steuerplanungsmodelle“ und einen entsprechenden Informationsaustausch über diese zwischen den Mitgliedstaaten zum Inhalt haben soll. Nahezu zeitgleich hat die OECD mit den „**Mandatory Disclosure Rules for Addressing CRS Avoidance Arrangements and Offshore Structures**“ (kurz:„MDR“) eine Gesetzesinitiative angestoßen, die Strukturen zur Umgehung der neuen Meldepflichten nach CRS („CRS avoidance arrangements“) und zur Verschleierung von wirtschaftlich Berechtigten durch Offshore-Vehikel („Opaque Offshore Structures“) verhindern soll.

Mit Datum vom 13. März 2018 (vgl. Pressemitteilung) hat sich der Rat der EU darauf verständigt, den Richtlinientext in der Fassung des ECOFIN vom 9. März 2018 anzunehmen. Die Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedsstaaten soll spätestens bis zum 31. Dezember 2019, die Anwendung der Vorschriften ab dem 1. Juli 2020 erfolgen (vgl. Art. 2 Nr. 1 des Änderungsrichtlinien-Vorschlags). Die MDR, die von der OECFD inzwischen ebenfalls finalisiert wurden (vgl. Pressemitteilung), wurden dabei in den neuen Richtlinientext integriert. Bei der Umsetzung der Richtlinie sollen die Mitgliedsstaaten,

soweit es um Modelle nach Maßgabe der MDR geht, die diesbezüglichen Vorarbeiten der OECD ausdrücklich berücksichtigen, um eine einheitliche Anwendung dieser Vorschriften in allen Mitgliedsstaaten zu gewährleisten (vgl. Erwägungsgrund (13) des Richtlinien-Entwurfs v. 13.3.2018).

Der Richtlinienvorschlag beinhaltet Transparenzvorschriften für Intermediäre wie Steuerberater, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, aber auch Banken, Finanzdienstleister und Finanzberater, die potentiell aggressive Steuerplanungsmodelle und Modelle, die z.B. zu einer Umgehung der Meldepflichten nach CRS führen sollen (sog. „meldepflichtige grenzüberschreitende Modelle“), konzipieren, vermarkten, organisieren oder zur Nutzung bereitstellen oder die Umsetzung eines solchen Modells verwirklichen. Diese Intermediäre – oder subsidiär auch diejenigen, die von den Modellen profitieren, wenn der Intermediär selbst (etwa wegen berufsrechtlicher Verschwiegenheitspflichten) nicht in die Pflicht genommen werden kann – sind verpflichtet, den für sie zuständigen Steuerbehörden die Modelle grundsätzlich innerhalb von 30 Tagen ab Bereitstellung vorzulegen und detaillierte Ausführungen zu dem Modell zu machen. Die Steuerbehörden des jeweiligen Mitgliedsstaats wiederum übermitteln die Informationen den zuständigen Behörden aller anderen Mitgliedsstaaten im Wege des automatischen Informationsaustauschs. Eine Reaktion der Behörden gegenüber dem meldenden Intermediär erfolgt i.d.R. nicht. **Das Ausbleiben einer Reaktion soll dabei aber ausdrücklich nicht als Billigung des Modells gelten** (vgl. Erwägungsgrund (2) des Richtlinien-Änderungsvorschlags).

Der deutsche Gesetzgeber will – wie so oft – über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehen und die **Meldepflicht** auch auf rein „nationale Modelle“ ausweiten. Auf der Landesministerkonferenz am 8. März 2018 wurde ein „Eckpunktepapier“ diskutiert, das die Etablierung eines Frühwarnsystems vorsieht mit dem Ziel, den Zeitraum zwischen Steuergestaltung, Aufdeckung der Gestaltung und gesetzgeberischer Reaktion zu verkürzen. Unter der Federführung der Länder Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz soll nicht auf alten Entwürfen aufgesetzt, sondern angelehnt an die umzusetzende EU-Richtlinie eine Anzeigepflicht für Intermediäre eingeführt werden, nach der auch rein nationale Modelle meldepflichtig werden sollen. Zwar sollen die Meldungen anonymisiert erfolgen, d.h. ohne Nennung desjenigen Steuerpflichtigen, der dieses Modell umsetzt bzw. umsetzen will; gleichwohl soll jede Anzeige mit einer Registernummer versehen werden. Ein Vertrauensschutz (i.S.e. „Zertifizierung von Steuermodellen“) soll sich aus den Anzeigen ebenfalls nicht ergeben. Ggf. soll eine de-minimis-Schwelle dazu führen, dass „normale“ Steuerberater von der Anzeigepflicht nicht betroffen sein werden.

Insbesondere die berufsrechtlichen Verbände laufen Sturm gegen die geplanten Regelungen. Kritisiert wird u.a. ein **Verstoß** gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 GG). Darüber hinaus sei es ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung, soweit in die zulässige steuerrechtliche Gestaltung durch steuerberatende Berufe und in das geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Berater eingegriffen wird.

4. Investmentsteuerreform

Seit das Investmentsteuerreformgesetz zum 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist, kämpfen Kapitalverwaltungsgesellschaften, Verwahrstellen und depotführende Stellen der Anleger mit der Umsetzung der umfassenden neuen Anforderungen (die leider im Hinblick auf formale Anforderungen und die konkrete Umsetzung teils recht ungenau geraten sind). Die Finanzverwaltung ihrerseits scheint selbst noch im Zweifel über viele Teilbereiche des neuen Rechts: Stellungnahmen in Form von BMF-Schreiben werden nur als Stückwerk veröffentlicht (Überblick über die bisher veröffentlichten BMF-Schreiben):

- „Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der am 1. Januar 2018 geltenden Fassung (InvStG 2018); Dringliche Fragen der Deutschen Kreditwirtschaft (DK) und des Bundesverbandes Investment und Asset Management e.V. (BVI)“ v. 11. November 2017;
- „Umsatzsteuer; Änderung des § 4 Nr. 8 Buchstabe h UstG durch Artikel 5 des Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG); Änderung der Abschnitte 4.8.9 und 4.8.13 Umsatzsteuer-Anwendungserlass“ v. 13. Dezember 2017;

- „Kapitalertragsteuer; Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge nach § 45a Absatz 2 und 3 EStG; Neuveröffentlichung des BMF-Schreibens“ v. 15. Dezember 2017;
- „Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der am 1. Januar 2018 geltenden Fassung (InvStG 2018); Dringliche Fragen der Deutschen Kreditwirtschaft (DK) und des Bundesverbandes Investment und Asset Management e.V. (BVI)“ v. 21. Dezember 2017;
- „Basiszins zur Berechnung der Vorabpauschale gemäß § 18 Abs. 4 InvStG 2018“ v. 4. Januar 2018;

Schreiben betreffend Dividendenersatzzahlungen und zum Ausgabenabzug im Zusammenhang mit Investmenterträgen (§ 21 InvStG) sowie zu Auslegungsfragen zu §§ 35 und 48 InvStG liegen bisher nur im Entwurf vor (vgl. Entwürfe v. 25. Januar und vom 6. März 2018). Der Entwurf eines vollständigen umfassenden BMF-Schreibens sowie dessen Finalisierung stehen noch aus. Bis dahin bleibt die aktuelle Rechtsanwendung mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet.

5. US-Steuerrecht: FATCA/QI

Das Jahr 2018 steht für die Qualified Intermediaries (QI) ganz im Zeichen der erstmaligen Zertifizierung ihrer QI Compliance gemäß [Revenue Procedure 2017-15](#). In den letzten Verlautbarungen hat der Internal Revenue Service (IRS) den Zugang zum „QI-System“, (offizielle Bezeichnung: QI/WP/WT application and account management system), über das die Zertifizierung elektronisch erfolgen soll, für Anfang April [angekündigt und angemahnt](#), dass die QIs sich rechtzeitig versichern, dass die Zugangsdaten vollständig vorliegen und die Eckdaten (insbesondere zum Responsible Officer und ggf. Point of Contact) aktuell sind.

Ausgehend von den Erfahrungen aus der letzten Registrierungs- und Vertragsverlängerungswelle hat der IRS die bestehenden Fristen bereits verlängert: alle QIs, deren Zertifizierungszeitraum 2015-2017 ist, und die für die QI Prüfung („periodic review“) als Prüfungsjahr 2015/2016 ausgewählt haben oder eine Befreiung vom periodic review („waiver“) beantragen wollen, haben nun Zeit bis zum 1. September 2018 (vorher 1. Juli 2018). Die Fristverlängerung erfolgt automatisch, ein Antrag ist nicht notwendig. Die QIs, deren Prüfungsjahr 2017 ist, haben Zeit bis zum 31. März 2019 (vorher 31. Dezember 2018). Auch hier ist die Fristverlängerung (wohl) automatisch gewährt.

Die [FAQs](#) wurden ebenfalls in Vorbereitung auf die anstehende Zertifizierung aktualisiert.

Inwieweit zur Nutzung des QI-Portals Benutzungshinweise zur Verfügung gestellt werden, bleibt abzuwarten. Inhaltlich sind keine Änderungen zu Appendix I zum QI-Vertrag zu erwarten.

Wir freuen uns auf die fachliche Diskussion und stehen für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung!

Mit vielen Grüßen

Dr. Oliver v. Schweinitz

Partner

Rechtsanwalt / Fachanwalt für Steuerrecht / Steuerberater / Att.-at-Law (NY), LL.M. (Duke NC)

✉ schweinitz@gg-v.de

☎ +49 40 369633-56

GGV Grützmaker Gravert Viegner Partnerschaft mbB

Rechtsanwälte | Wirtschaftsprüfer | Steuerberater