Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

07.20

60. Jahrgang
Juli 2020
Seiten 193–228

www.StBpdigital.de

StBp
Die steuerliche Betriebsprüfung

Fachorgan für die Wirtschafts- und Prüfungspraxis

Herausgeber

Dr. Horst-Dieter Höppner
Vizepräsident des Bundesamtes für Finanzen a. D.
Bonn

AUFSÄTZE

Dipl.-Finanzwirt Ralf Sikorski, Dorsten
Auswirkung der Steuersatzänderungen bei der Umsatzsteuer aufgrund der Corona-Krise auf die Behandlung von Gutscheinen – Eine kritische Betrachtung

Steuerberater Dipl.-Finanzwirt Roland Köhler, Brakel
Pfandgelder richtig buchen und bilanzieren – Bilanzrechtliche Grundlagen der Pfandproblematik

Dipl.-Finanzwirt (FH) Heinz Wermke, Kaiserslautern
Ablauf einer Außenprüfung – Gegenseitige Rechte und Pflichten – Faires Verhalten

Dipl.-Kfm. Detlef Pieske-Kontny, Berlin
Die Schlussbesprechung gem. § 201 AO

Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Günter Dreßler, München
Banken- und steuerrechtliche Sonderbehandlungen von „Bankgeschäften", nach neuerem nationalem und internationalem Banken- und Steuerrecht, Erträge daraus aus DBA-Ländern oder dem sonstigen Ausland – Ein informativer Durchblick

RECHTSPRECHUNG

Vorsitzender Richter am BFH Prof. Dr. Bernd Heuermann, München
Rechtsprechung im besonderen Blickpunkt der Außenprüfung

ESV ERICH SCHMIDT VERLAG

21019

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Banken- und steuerrechtliche Sonderbehandlungen von „Bankgeschäften“, nach neuerem nationalem und internationalem Banken- und Steuerrecht, Erträge daraus aus DBA-Ländern oder dem sonstigen Ausland

Ein informativer Durchblick

*Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Günter Dreßler, München**

I. Einleitung und Überblick

Im Rahmen von Veranlagungen oder von Außenprüfungen[1] bei Banken, Sparkassen, Kredit- oder sonstige Finanzinstitute sollte auf bankenrechtliche und steuerrechtliche Sonderbehandlungen geachtet werden. Solche Geldverwalter erbringen sogenannte „Bankgeschäfte“ und auch „Finanzdienstleistungen“, in Deutschland derartige „Banken-Geschäftstätigkeiten“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG, aber auch „Dienstleistungen“ im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG. Im Bankenwesen in Deutschland sind nahezu alle insoweit möglichen Arten von Bankgeschäften grundsätzlich in § 1 Abs. 1 des Kreditwesengesetzes (KWG)[2] erschöpfend aufgezählt, und zwar unterschieden nach möglichen finanziellen Geschäftsarten, zu denen insbesondere Kreditgeschäfte, Zahlungsverkehrsgeschäfte, Wertpapiergeschäfte, und Einlagengeschäfte gehören. Unter dem Begriff der öffentlich- oder privat-rechtlichen Kreditinstituten sind alle Kreditbanken, Realkreditinstitute, Sparkassen, genossenschaftliche Zentralkassen, Kreditgenossenschaften, Teilzahlungskreditinstitute, Bausparkassen sowie die Postbanken zu verstehen.[3] Die Gesamtheit aller Aktivitäten von Banken und Kreditinstituten im In- und Ausland sowie die gesetzlichen Regelungen dazu bezeichnet man zusammengefasst als das „Bankenwesen“. Bankgeschäfte sind stets auch Risikogeschäfte.[4]

Grenzübergreifend tätige Banken betreiben ihre Auslandsgeschäfte und Auslandskreditgeschäfte auch gerne – vice versa – mittels rechtlich unselbständiger Filialen. Auf der steuerrechtlichen Ebene und derjenigen der DBA-Einzelregelungen sind die Erfolgserträge der einzelnen Unternehmensteile von denen im Inland und im Ausland jeweils voneinander getrennt auszuweisen und zwischen den betroffenen Finanzverwaltungen analytisch abzugrenzen. Art. 7 Abs. 2 OECD-MA 2010 behandelt als Empfehlungsbasis für den Abschluss von DBA zu diesen Zwecken Bankbetriebsstätten auch gerne als selbständige und unabhängige Unternehmensteile und anerkennt die durch Bankbetriebsstätte im In- oder Ausland selbständig übernommenen Risiken als Abgrenzungskriterium.

Diese Handhabung hat bei eigenständig operierenden Bankbetriebsstätten weitreichende Folgen für die jeweilig zu überprüfenden Gewinnabgrenzungen. Kapitalmarktorientierte Instrumente des Wagnistransfers interpretieren solche Risiken auch gerne als „Handelswaren“ multinational tätiger Banken. Von den Bankgeschäften im engeren Sinn[5] sind die Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a und § 2 KWG abzugrenzen, zu denen u. a. Anlageberatungen und Anlagevermittlungen gehören.

---

* Bis zu seiner, auf eigenem Wunsch etwas vorgezogenen Pensionierung war der Autor Bundesbeamter in leitenden Funktionen in der Bundesfinanzverwaltung, u. a. Gruppenleiter für „Internationales Steuerrecht“ in der Bundesbetriebsprüfung im ehemaligen „Bundesamt für Finanzen“, dem heutigen „Bundeszentralamt für Steuern“ (BZSt), beide mit Sitz in Bonn, sowie mehr als 25 Jahre lang nebenberuflich Vortragender für „Internationales Steuerrecht“ an der Bundesfinanzakademie des BMF. Der Autor hat im „Internationalen Recht“ (Völkerrecht) promoviert, daher seine Anmerkungen im Text auch hierzu. – Zur prüfungsfreien Zulassung von ehemaligen Finanzbeamten in herausgehobenen Funktionen als „Steuerberater“, vgl. § 38 Abs. 1 StBerG sowie die ausführliche Begründung hierzu im BFH-Beschluss v. 25. 10. 2007 VII B 55/07, BFH/NV 2008, 411. – Seither ist der Verfasser in München als RA/StB tätig gewesen (s. u. a. *www.langenmayr.de* oder Kanzlei Dr. LangenmayrPartner m. b. B, München), hier über viele Jahre hin bis vor kurzem nur noch freiberuflich.

1 In Anlehnung an die Vorschriften in den §§ 193 bis 203 AO (auf Grund von vorherigen Prüfungsanordnungen), auch bei Banken, sowie für Sonderprüfungen für USt-Zwecke gem. § 27b UStG (ohne vorherige Ankündigung).

2 Vgl. das Kreditwesengesetz (KWG), grundsätzlich in der Fassung v. 9. 9. 1998 (BGBl. I 1998, 2776, dessen § 29 Abs. 2 zuletzt durch Art. 10 des Gesetzes zur Umsetzung der 2. EU-Aktionärsrechterichtlinie v. 12. 12. 2019 (ARUG II – BGBl. I 2019, 2637) geringfügig abgeändert worden ist (u. a. durch VO-Ermächtigung zu Anforderungen an die Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen und gemischten Finanzholding-Gruppen (z. B. bei Einlagen-, Kredit-, Diskont-, Depotgeschäften sowie bei Anlagenberatungen und Anlagenvermittlungen).

3 Vgl. *Wassermeyer* in Wassermeyer, DBA-Komm., Bd I (OECD-MA), Art. 11, Rn. 84; auf die Art der Einlagen dort, ob Sparbuch-, Girokonten-, Festgeld- oder Bausparguthaben komme es ihm zufolge letztlich nicht an (mit Hinweis auf das rk. Urt. des FG Hamburg v. 30. 5. 2000 VII 244/98 in EFG 2000, 1048).

4 Vgl. u. a. Gesamtüberblick in der Buchveröffentlichung von *Buchholz* aus 2014 (352 S.) zu „Grenzüberschreitendes Kreditgeschäft durch Bankbetriebsstätten – Risikoorientierte Gewinnabgrenzung nach Art. 7 OECD-MA 2010“.

5 Nach BVerwG v. 22. 4. 2009 B-C-2/09, BVerGE 133, 358 oder DVBl. 2009, 1191 oder DATEV-Dok.-Nr. 1556149 (16 Seiten), umfasst das Betreiben von Bankgeschäften nach § 32 KWG nicht nur rechtsgeschäftliches Handeln, sondern auch alle wesentlichen Schritte, die zu Vertragsabschlüssen führen; im Inland gehören hierzu auch grenzübergreifende Anbahnungen durch Kreditinstituten ohne eigene Präsenz im Ausland vor Ort.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

In- oder ausländische Unternehmen oder deren Zweigniederlassungen, die im Inland derartige Bankgeschäfte betreiben wollen, bedürfen nach § 32 KWG hierzu einer förmlichen „Erlaubnis" durch die staatliche Bankenaufsichtsbehörde, die „Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht" (die BaFin. in 53117 Bonn, Graurheindorfer Str. 108, mit deren gleichwertigem Zweitsitz in 60439 Frankfurt am Main, Marie-Curie-Str. 24-28).[6] Erwähnt sei auch, dass ein Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleitungen jeder Art „ohne eine Erlaubnis durch die BaFin" im Rahmen von § 54 KWG strafbar wäre. Die Bezeichnung „Bank" dürfen in Deutschland nach § 39 KWG nur einschlägig tätige Unternehmen führen, die eine Banklizenz seitens der BaFin besitzen.[7]

Unvermeidbar ist schließlich, dass die weltweite Digitalisierung des Banking und des Online-Banking sich mit ungeahnter Dynamik zugleich als ein wesentlicher Antreiber für die rasante Weiterentwicklung der grenzübergreifenden Kreditwirtschaft erweist.

II. Funktionen von in- oder ausländischen Banken und Kreditinstitutionen

Funktionen von Banken und Kreditinstituten und ihrer Zweigniederlassungen oder Betriebsstäten im eigenen Sitzland oder im Ausland lassen sich zusammenfassend einteilen in (kurz gefasst)

- Dienstleistungen bankentypischer Art, wie z. B. alle Bargeldgeschäfte
- monetären Zahlungsverkehr jeder Art
- Vertragsgestaltungen mit Sparern und Kreditnehmern
- Kreditvergaben aus angespartem Kapital ihrer Einlagekunden, mit eigenen Einnahmenerzielungsabsichten, z. B. in Form von Verzinsungen
- Überwachung der ausgegebenen Kredite
- Portfoliobildungen (Planungen und Bestand an Investitionen nach Anlagekriterien, durch Käufe und Verkäufe, mit Blick auf die erwarteten Kapitalmarkt- und allgemeinen Markt-Entwicklungen mit Anleger-, Finanz- und Vermögensverwaltungsanalysen, Performance-Managements)
- Haftungen mit gehaltenem oder bei der EZB in Frankfurt am Main hinterlegtem Eigenkapital
- Investitionsobliegenheiten, z. B. in Wertpapiere für sich oder im Auftrag ihrer Kunden[8]
- Entwicklung wirtschaftlicher Zielvorgaben für sich intern sowie für ihre Kunden aus der Privatwirtschaft, der allgemeinen Wirtschaft und der Industrie (z. B. zu Ertragsaussichten, Liquiditätswagnissen oder Zins-Änderungsrisiken)
- Interbankenhandel als weltweiter Tauschhandel mit Finanzinstrumenten zwischen Kreditinstituten auf dem nationalen und internationalen Geld- und Kapitalmarkt (so mit Geld, Wertpapieren, Devisen, Sorten, Edelmetallen und Derivaten)
- Ermittlung von Referenzzinssätzen, wie gemäß EURIBOR (European Interbank Offered Rate – allgemeiner Euro-Geldmarktzinssatz), LIBOR (London Interbank Offered Rate – Referenzzins für sog. unbesicherte Geldmarktkredite) oder EONIA (Euro Overnight Index Average – der EZB in Frankfurt am Main), für diverse Zinsberechnungen.

III. Typische Handelsarten von in- oder ausländischen Banken und Kreditinstituten

Der Geldhandel durch Banken und Kreditinstituten kann jeweils einer der folgenden drei Kategorien zugeordnet werden:

- Vermittlungen im fremden Namen für fremde Rechnung
- Besorgungen im fremden Namen für eigene Rechnung
- Handeln im eigenen Namen für eigene Rechnung.

IV. Besondere Arten von steuerrechtlich und prüfungsrelevanten Bankgeschäften

Für steuerlich relevante Zwecke sind neben den üblichen Bankgeschäften insbesondere hervorzuheben

- Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer rückzuzahlender geldwerter Vorteile
- Beschaffung von Mitteln für die Herausgabe der Kredite
- Depot-Einlagen
- Ankauf von Wechseln und Schecks (sog. Diskontgeschäfte)
- Gelddarlehen- und Kreditgeschäften einer Bank mit ihren Kunden speziell (§ 1 Abs. 1 KWG) z. B. sog.[9]
  - Ausgabe von Banknoten (ist den Notenbanken vorbehalten)
  - Finanzkommissionsgeschäfte[10]
  - Emissionsgeschäfte[11]
  - Effektengeschäfte
  - Diskontgeschäfte (z. B. der Ankauf von noch nicht fälligen Wechseln und von Schecks)
  - Investmentgeschäfte[12] (keine Investitionen)
  - Handel mit Finanzinstrumenten im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung
  - Termingeschäfte bzw. Zeitgeschäfte
  - Kassageschäfte (Kauf und Zahlung oder Lieferung und Verkauf innerhalb von zwei Banktagen)
  - Aufnahme von Geldern am freien oder gebundenen Geldmarkt
  - Kauf von Wertpapieren oder Beteiligungen

6 Einzelheiten und Voraussetzungen für Erlaubnisse hierzu ergeben sich u. a. aus dem von der „Deutschen Bundesbank" im Einvernehmen mit der „Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht" (BaFin) in 53117 Bonn erstellten „Merkblatt über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gem. § 32 Abs. 1 KWG" v. 31. 12. 2007 (*www.BaFinde*), gilt auch für im Inland registerlich eingetragene Zweigstellen von Unternehmen mit Sitz im Ausland, insbesondere in anderen EU-Ländern.

7 Ausführliches zum nationalen und internationalen Bankenrecht ergibt sich aus dem umfangreichen „Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht" von *Prof. Derleder, Prof. Knops u. Justizminister Bamberger* sowie vielen anderen Mitarbeitern, 2. Auflage 2009 (2885 Seiten), sowie die gleichen Autoren in 2 Buch-Bänden aus 2017 zum Thema „Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht".

8 Zu „Wertpapiergeschäften und sonstigen Finanzdienstleitungen", erschienen im Juli 2019 von der *Quirin Privatbank AG* (in 10711 Berlin, Kurfürstendamm 119), umfangreiche „Allgemeine Informationen und Geschäftsbedingungen" (88 Seiten, s. deren Website), deren Firmengegenstand – mit Genehmigung der BaFin in Bonn – der Betrieb von Bank- und Finanzgeschäften sowie von allen Bank- und Finanzgeschäften ist, die damit zusammenhängen; bei einer Vermögensverwaltung durch sie wird das in Wertpapieren angelegte Kunden-Vermögen nach eigenen Angaben im Rahmen des ihr von ihren Kunden eingeräumten Ermessensspielraum besorgt.

9 Vgl. *Canaris/Habersack/Schäfter*: „Bankvertragsrecht 1: Organisation des Kreditwesens und Bank-Kunden-Beziehung" (2016).

10 Unter Finanzkommissionsgeschäften versteht man die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten (z. B. von Aktien oder Anleihen) im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung (meist im engeren Kundenauftrag).

11 Hierunter sind die Übernahme von sog. Finanzinstrumenten auf eigenes Risiko zur späteren Platzierung (Emissionen) oder von gleichwertigen Garantien, wie z. B. von Konsortialgeschäften, zu verstehen.

12 Investmentgeschäfte umfassen die kollektive Vermögensverwaltung sowie die hiermit zusammenhängenden Geschäfte durch Banken oder Kapitalverwaltungsgesellschaften, und zwar nach den Prinzipien einer Risiko-Diversifizierung oder von kollektiven Kapitalanlagen.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

- Ausgabe von Bankaktien, Schuldverschreibungen, Genussscheinen sowie Pfandbriefen
- (last but not least) Fremdwährungsgeschäfte aller Art.

Hiervon ausgenommen sind hingegen rein gruppeninterne Bankgeschäfte jeder Art, wie z. B.
- zwischen Mutterunternehmen und deren Tochter- oder Schwestergesellschaften sowie
- von Kapitalanlageunternehmen
- durch Betriebe des Pfandleihgewerbes
- seitens privater oder öffentlich-rechtlicher Versicherungsunternehmen.

V. Ausstattungspflichten der Banken und Kreditinstitute mit ausreichender eigener Liquidität

Gemäß § 11 Abs. 1 KWG haben die Finanzinstitute von Gesetzes wegen ihre eigenen Kapitalmittel jeweils so anzulegen, dass sie gegenüber ihren Kunden jederzeit über eine ausreichende Zahlungsbereitschaft (Liquidität) verfügen. Der Bundesminister der Finanzen wurde hiernach ermächtigt, durch Rechtsverordnungen in Abstimmung mit der Deutschen Bundesbank nähere Vorgaben für eine solche ausreichende Banken-Liquidität festzulegen, und dies insbesondere über die
- Art der für ihre Bankgeschäfte zu berücksichtigenden Zahlungsmittel und Zahlungsverpflichtungen
- von ihnen hierbei auszuwählenden Bemessungsgrundlagen
- Methoden zur jeweiligen Eigen- und Fremdbeurteilung ihrer ausreichenden Liquidität
- modernen globalisierten technischen Voraussetzungen hierfür
- Pflicht solcher Institute zur regelmäßigen Dokumentation, Darstellung und Übermittlung von prüfungsrelevanten Nachweisen ihrer vorhandenen ausreichenden Liquidität an die BaFin in Bonn als ihre Bankenaufsichtsbehörde sowie die Deutsche Bundesbank, und zwar zu(m/r)
  - Art, Umfang, Inhalt und Form der regemäßig zu tätigen Angaben
  - Häufigkeit der Unterrichtungen an beide vorgenannten Bankenüberwachungsinstitutionen
  - hierfür zu verwendende Datenformaten, Datenträger und (elektronischen) Übermittlungswege (Folge der allgemeinen Digitalisierung).

In § 11 Abs. 2 bis 4 KWG sind der BaFin als Bankenaufsichtsbehörde in Deutschland weitere diverse „Sonderbefugnisse" für die Ausgestaltung und Überwachung der allgemeinen Bankenliquidität eingeräumt worden.[13]

VI. Prüfungsrelevante Grundprinzipien der (Bank-) Kontenwahrheit und von tauglichen Bürgschaften

Gemäß § 154 AO ist es verständlicherweise unzulässig, ein Bankkonto für sich oder einen Dritten unter einem falschen oder erdichteten Namen zu errichten, darauf Ab- oder Zubuchungen vorzunehmen, Wertsachen, wie Geldscheine, Wertpapiere oder sonstige Kostbarkeiten, bei Banken oder Dritten in Verwahrung zu geben oder auch sich ein Schließfach einrichten zu lassen.

Banken haben sich nach § 154 Abs. 2 AO bei derartigen zweifelhaften Ansinnen von Kunden Gewissheit über deren Person oder deren Verfügungsberechtigten sowie deren Wohnanschriften durch Vorlage entsprechender persönlicher Ausweise zu verschaffen und diese in geeigneter Weise festzuhalten. In solchen Zweifelsfällen dürfen die Banken nach § 154 Abs. 3 AO hierüber keinerlei Verfügungen ohne die Zustimmung seitens des für sie zuständigen Ertragsteuer-Finanzamtes treffen.

Vergleichbare kritische Vorgaben des Gesetzgebers gelten nach § 93b AO für einen Datenabruf sowie nach § 244 AO für das Verhalten auch von Banken oder gegenüber solchen Geldinstituten bei Vorlage von Bürgschaften, Schuldverschreibungen oder Wechselverpflichtungen nach den Artikeln 28 und 78 des deutschen Wechselgesetzes.

VII. Sonderfall: Bedarf das Führen von „Gesellschafterdarlehenskonten" ebenso der staatlichen Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG?

Während die BaFin in einem ihrer Merkblätter v. 4. 8. 2011 zunächst das Führen von Gesellschafter-Privatkonten (z. B. mit üblichen Gewinn-Zubuchungen) sowie von sonstigen Verrechnungs- oder Darlehenskonten als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft bezeichnet hat, weswegen eine erhebliche Anzahl an Personengesellschaften dem Erlaubnisvorbehalt von § 32 KWG unterliegen würde, hat sie in ihrem Merkblatt v. 11. 3. 2014 nach bankenrechtlichen Einwänden seitens des IDW und der Wirtschaftsprüferkammer[14] dann klargestellt, dass solche Privatgesellschaften „kein Bankeneinlagengeschäft" betreiben und somit keiner Erlaubnis nach § 1 KWG bedürfen, wenn sie für ihre Gesellschafter derartige Guthaben- oder Darlehenskonten führen[15] (dies ist weiterhin umstritten hinsichtlich der Konto-Gelder von persönlich nicht haftenden, aber an einem möglichen Gesellschaftsverlust beteiligten Gesellschaftern als für die fremden, rückzuzahlenden Einlagen eines dennoch vermeindlichen gesellschaftsinternen „Publikums"[16]).[17]

13 Vgl. hierzu den neuen „Ermittentenleitfaden – Modul C – zur Verwaltungspraxis bzgl. der EU-Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation – Mar) – Kaptitalmarktkommunikation und Transaktionen" (FAZ 06. 05. 2020, S. 16.)

14 Vgl. das Merkblatt der BaFin v. 11. 3. 2014, im Internet oder DATEV-Dok.-Nr. 0403693, sowie die Schreiben an die BaFin sowohl des IDW v. 19. 2. 2014, FN-IDW 2/2014, 199, sowie der WPK in der WP-Fachzeitschrift WPg 7/2014, 339, jeweils unter Bezugnahme auf BGH v. 19. 3. 2013 VI ZR 56/12, openJur 2013, 21949 oder im Internet (zu sog. „Winzergeldern" – mit gegensätzlicher Argumentation; die Schuldnerin hierbei nahm laufend Gelder von einer Vielzahl von zugehörigen „Winzern" mit einer Rückzahlungsverpflichtung und ohne bankübliche Besicherung entgegen, um damit ihr Aktivgeschäft zu finanzieren.).

15 Begründung: Auch persönlich haftende Gesellschafter seien wegen ihrer gesellschaftsinternen Treuepflicht nicht als ein „Publikum" i. S. von erlaubnispflichtigen Einlagengeschäften anzusehen.

16 Dieser noch offene Rechtsstreit mit der BaFin wird sich wohl nur durch eine baldige Rechtsprechung hierzu klären lassen.

17 Vgl. hierzu auch die kritischen Anmerkungen von *Schüppen/Stürner* zum Merkblatt der BaFin v. 4. 8. 2011 unter dem Titel „Das Unterhalten von Gesellschafterdarlehenskonten in der Personengesellschaft: ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft? – Kritische Anmerkungen zum Merkblatt der BaFin v. 4. 8. 2011", Wpg. 2014, 281 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 4062115 sowie *Rubner/Leuering,* „Gesellschafterdarlehenskonten als erlaubnispflichtige Bankgeschäfte" (!), NJW-Spezial 2014, 207 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 4062374 (mit Bezugnahmen auf Regelungen in § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG sowie § 130a Abs. 1 HGB), aber auch Aufs. von *Bosse*, NWB 2014, 929oder DATEV-Dok.-Nr. 4062154, zu „Gesellschafterfinanzierung und unerlaubte Bankgeschäfte" (nur bei gewerblichem Handeln mit Gewinnerzielungsabsicht) sowie von *Korth,* Stbg. 2014, 193 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 4062775, zu „Illegale Bankgeschäfte in Deutschland".

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

VIII. Irritationen bei privaten Wertpapier-Veräußerungsgeschäften im Rahmen von steuerpflichtigen Bank- und Börsengeschäften

Zwar hat das BMF mit Schreiben v. 5. 4. 2005[18] die seinerzeit aktuellen Änderungen im Bereich der Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften durch das EU-Richtlinien-Umsetzungsgesetz v. 28. 10. 2004, das auch in Deutschland bei Veräußerungsgeschäften die Anwendung des sog. FIFO-Verfahrens (First-In-First-Out) ermöglicht, nicht jedoch bei Termingeschäften und sog. Leerverkäufen von Aktien[19], was zur ergänzten Fassung von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG führte, erläutert. Offen geblieben sind dabei aber klärende Details zu privaten Veräußerungsgeschäften.[20] Neuere Erläuterungen hierzu seitens des BMF gibt es nach eigenen Recherchen nicht.

IX. Mögliche Schadensersatzansprüche bei Betreiben von Bankgeschäften ohne eine Erlaubnis durch die BaFin in Bonn

Nach einer BGH-Entscheidung v. 7. 7. 2015[21] unterliegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung bei Bankgeschäften nach Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. Art. 31f Rom-II-VO grundsätzlich dem Recht des Wohnsitz-Staates des unerlaubt Handelnden. Danach sind Schadensersatzansprüche im Inland i. S. von § 823 BGB i. V. m. den §§ 32 Abs. 1 und 44c KWG zu bejahen, wenn Gläubiger von hierbei unerlaubt handelnden Betreibern solcher Bankgeschäfte Vermögensverluste erleiden, die nachweisbar durch mangelnde Beachtung von bankenaufsichtsrechtlichen Vorgaben ausgelöst wurden. Das bloße Zahlenmüssen der Konten-Verwaltungsgebühren, wie hier im Streitfall gefordert, reicht dabei für Schadensersatzansprüche aus unerlaubtem Handeln kausal nicht aus, es tangiert nicht die gesetzlich geforderte oder service-vertragliche vereinbarte bankenrechtliche Sicherheit.[22]

Der Schutzzweck durch eine hoheitliche Überwachung von Bankgeschäften und Finanzdienstleitungen sowie der Zahlungsfähigkeit (Liquidität) von Anbietern ist dem gesetzlichen Erlaubniszwang durch die BaFin in Bonn immanent. Das Gleiche gilt danach ebenso für alle Depotgeschäfte i. S. von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 5 KWG hinsichtlich der Verwaltung und Verwahrung von Wertpapieren jeder Art.

X. Mögliche Schadensersatzansprüche nach einer fehlgeschlagenen Kapitalanlage

Nach dem BGH-Urteil v. 10. 7. 2018[23] stellen Vermittlungen sowie Auf- und Verkäufe von Kapitallebensversicherungen (im Streitfall aus der Schweiz) „keine Bankgeschäfte" i. S. von § 1 Abs. 1 KWG dar, weil hierbei neben anderen Gesichtspunkten keine inhaltsbezogenen Gelder fließen. So können Abtretungen von Rechten und Ansprüchen hieraus an Kapitalanleger bei Handlungen gegen Verbotsnormen Schadensersatzansprüche seitens des nicht aufgeklärten Abnehmers nach § 823 Abs. 2 i. V. m. §§ 1, 32, 54 KWG sowie § 14 Abs. 1 StGB auslösen. Näheres hierzu an Begründungen entnehme man bei Bedarf bitte dieser Entscheidung und der Bewertung durch die darin erwähnte Vorinstanz.[24]

XI. Verschwiegenheitspflichten von allen öffentlich-rechtlich und privat tätigen Stellen, nicht jedoch gegenüber den inländischen Finanz- und Prüfungsbehörden

Während die Behörden, Gerichte und sonstigen öffentlichen Stellen einschließlich der Deutschen Bundesbank, der Landes- und Staatsbanken sowie der Schuldenverwaltungen, ihre Leitungs- und Verwaltungsorgane sowie alle ihre Bediensteten zur umfassenden Verschwiegenheit verpflichtet sind, gilt diese Geheimhaltungspflicht nach § 105 Abs. 1 AO[25] hinsichtlich ihrer Auskunfts- und Vorlagepflichten gegenüber den deutschen Finanz- und Prüfungsbehörden nicht. Letztere Pflichten gelten nach § 105 Abs. 2 AO für diese Institutionen wiederum nicht für die allgemeine Wahrung des gesetzlich verankerten Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses.

Das sog. „Bankgeheimnis" (eigentlich ein Bankkunden-Geheimnis) geht gemäß der Rechtsprechung[26] auf ein vorkonstitutnelles Gewohnheitsrecht von 1619 zurück und beinhaltet als Schutz der Privatsphären ihrer Geschäftspartner die Pflicht der Banken und Kreditinstitute zur absoluten Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen, die ihnen aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen ihrer Geschäftsverbindungen zum Bankkunden hin bekannt sind und welche die Kunden aus Tradition und mutmaßlich geheim zu halten wünschen.[27]

---

18 BMF v. 5. 4. 2005 IV A 3 – S 2259 – 7/05, BStBl. I 2005, 617 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 0855663.

19 Unter „Leerverkäufen" (auch als Blanko- oder Deckungsverkäufe bezeichnet) versteht man im Bank- und Finanzwesen Verkäufe von vorübergehend ausgeliehenen, (noch) nicht im Eigentum des Verkäufers befindlichen Basiswerten (z. B. Wertpapiere, Aktien, Devisen oder Commodities), meist als sog. Kassenverkäufe, aber auch als Termingeschäfte möglich.

20 Vgl. hierzu auch die beiden Aufsätze von *Hosemann/Peters* „Bank- und Börsengeschäfte: Praxisprobleme durch die aktuellen Neuregelungen für private Veräußerungsgeschäfte", Stbg. 2005, 215, und von Intemann „Besteuerung privater Wertpapierveräußerungsgeschäfte ab 1999 verfassungsgemäß!", NWB 2008, 1017, die Klarstellungen hierzu durch die Finanzverwaltung oder auf dem Gesetzeswege anmahnt, vgl. hierzu u. a. „Handelsblatt" vom 27. 10. 2017 zu Artikel „Neue Investment-Besteuerung: 2018 wird's einfacher – und weniger anfällig für Tricksereien".

21 Vgl. BGH v, 7. 7. 2015 VI ZR 372/14, BB 2015, 2001 u. 2257 oder NJW RR 2015, 1144 oder DATEV-Dok.-Nr. 1597516, zu „Schadensersatz aufgrund des Betreibens inländischer Bankgeschäfte ohne Erlaubnis zur Führung von Einlagengeschäften", mit Hinweisen auf unterschiedliche gerichtliche Vorentscheidungen und einschlägige Fachliteratur.

22 Vgl. hierzu auch die Anmerkungen von *Brand,* NJW 2018, 3467 oder DATEV-Dok.-Nr. 4079158 zu „Verbotsirrtum bei unerlaubtem Betreiben von Bankgeschäften – Bankhaus Sal. Oppenheim – Urteil des BGH vom 18. 07. 2018".

23 Vgl. BGH v. 10. 7. 2018 VI ZR 263/17, BB 2018, 2049 oder NJW-RR 2018, 1250, Vorinstanz Urt. des Kammergerichts Berlin v. 24. 5. 2017 26 U 39/15 (unalex DE-3519).

24 Vgl. zur Anlegerentschädigung auch das Urt. des EUGH v. 22. 3. 2018 C-688/15, C-109/16, ZIP 2018, 920 oder DATEV-Dok.-Nr. 5215763 (25 Seiten).

25 Vgl. § 105 Abs. 1 AO i. d. F. v. 21. 12. 2019, BGBl. I 2019, 2875 oder DATEV-Dok.-Nr. 9126413, frühere Fassung v. 1. 10. 2002, BGBl. I 2002, 3866.

26 Vgl. BGH v. 24. 1. 2006 XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 oder NJW 2006, 830 oder BB 2006, 681 oder WM (Wertpapiermitteilungen als Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht) 2006, 380, 384 (bzgl. der allseits bekannten Schadensfeststellungsklage der Kirch-Medien-Gruppe gegen die Deutsche Bank und ihren ehemaligen Vorstanzvorsitzenden Dr. Breuer – Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gem. den §§ 280 u. 823 BGB u. Art. 5 Abs. 2 GG), gemäß höchstrichterlicher Rechtsprechung und des Fach-Schrifttums gilt ein langjährig praktiziertes „Gewohnheitsrecht" zur Verkehrssitte und zu Handelsbräuchen als gleichberechtigt mit nationalen Gesetzen sowie mit bilateralen bzw. internationalen Abkommen (wie auch im Völkerrecht).

27 Hinweis: Am 14. Oktober 2014 vereinbarten die Finanzminister der EU-Staaten, das Bankgeheimnis ab 2017 in Bezug auf Steuerdaten von nachgewiesenen Steuerhinterziehern abzuschaffen; seither erfolgt zwischen den EU-Staaten absprachegemäß ein reger automatischer Datenausgleich auf speziellen Datenträgern; Näheres hierzu siehe unter Abschnitt XVII.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Die Wahrung des „Steuergeheimnis" gilt nach § 30 AO als ein gesetzlich geregeltes Grundprinzip des deutschen Steuerrechts und ist Ausfluss des allgemeinen Amtsverschwiegenheitsgrundsatzes, es lässt sich aus dem Schutz des Persönlichkeitsrechtes heraus erklären. Verfahrensrechtlich dient es als Ausgleich zu den umfangreichen Offenlegungs-, Offenbarungs-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten von Steuerpflichtigen und anderen Beteiligten gegenüber den Finanz- und Prüfungsbehörden.

Nach § 30a Abs. 1 AO (besonderer Schutz von Bankkunden) sollten die prüfenden Finanzbehörden andererseits bei ihren Ermittlungen der Besteuerungsgrundlagen auf das besondere Vertrauensverhältnis von Bankkunden zu ihren Banken und Kreditinstituten Rücksicht nehmen. Auf dennoch für erforderlich gehaltene Auskunftsersuchen von Finanzbehörden an derartige Finanzinstitutionen haben nach § 30a Abs. 5 AO im Inland die Bestimmungen gem. § 93 AO gegolten (Auskunftspflicht von Beteiligten und anderen Personen).[28]

Auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts[29] ist der Zweck der Wahrung des Steuergeheimnisses, der besondere Schutz des Vertrauens in die allgemeine Amtsverschwiegenheit, die Bereitschaft von Steuerpflichtigen zur Offenlegung ihrer steuerlich relevanten Sachverhalte zu fördern, um so die Steuer- und Prüfungsverfahren zu erleichtern, die Steuerquellen vollständig zu erfassen und damit eine gesetzmäßige, d. h. insbesondere eine gleichmäßige Besteuerung sicherzustellen.

XII. Sog. „Fernabsatz" von Finanzdienstleistungen an Bankkunden gemäß einer EU-Richtlinie

Gemäß der EU-Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den sog. „Fernabsatz von Finanzdienstleistungen" an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG wurden gemeinsame Regeln für den Fern-Abschluss von Verträgen zur Erbringung von Finanzdienstleistungen,[30] durch den jeweiligen Anbieter[31] an den Endverbraucher innerhalb der EU, geschaffen, wodurch auch der Verbraucherschutz EU-weit verbessert werden soll.

Danach gilt dies u. a. für einen Verkauf von Kreditkarten, von Investmentfonds, von Versicherungen und von Altersversorgungsprogrammen für Einzelpersonen, die über den Fernabsatz per Telefon, per Fax, per E-Mail-Angebote oder online, neuerdings sogar mittels Ipads oder Smartphonen, oder auch sonst über das Internet vertrieben werden. Denn für Finanzdienstleistungen an Privatkunden gab es bisher noch keinen EU-Binnenmarkt. Sie wurden bisher nur auf breiterer nationaler Basis betrieben.

Derartige, über herkömmliche oder digitale Medien angebotene Finanzdienstleistungen, auch Privatkunden-Finanzdienstleistungen genannt, sind Dienstleistungen, die eine breite Palette von Produkten im Vertriebs- und Bankdienstleistungssystem des Anbieters abdecken, wie z. B. längerfristige Spar- und Girokonten, Geldanlagen, Zahlungsdienste jeder Art, sonstige Anlageoptionen (wie z. B. in Goldbarren), Altersversorgungen, Versicherungen oder Hypotheken-Bestellungen etc.

Als besonderes Thema wird neuerdings der modernen Technologie als Revolutionärin auf dem Finanzsektor vermehrt Aufmerksamkeit gewidmet (z. B. der Ausbau der technischen künstlichen Intelligenz), weil die innovativen Online-Dienste für eine zunehmende Integration des Marktes für Finanzdienstleistungen sowie für andere Arten von neuen Geschäftsmodellen sorgen werden, was sicherlich auch regulatorische und finanzpolitische Fragen für die künftige Finanzdienstleistungspolitik aufwerfen wird. Innovative Online-Dienste verändern erfahrungsgemäß die Art und Weise, wie auch Verbraucher künftig mit Finanzdienstleistungen umgehen werden.

Die EU-Kommission hat den sich anbahnenden Wandel hierbei erkannt und Ende 2015 ein sog. „Grünbuch" über den aktuellen Stand des Europäischen technologie-gestützten Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen für Privatkunden präsentiert, um das Potenzial eines stärker integrierten Marktes für diese Dienste auszuloten und zu ermitteln, sowie mit welchen Maßnahmen dieses Ziel erreicht werden wird.[32] Längerfristig wird daher die bisherige Unterscheidung zwischen inländischen und grenzüberschreitenden Finanzdienstleistern keine Rolle mehr spielen.[33] Denn viele innovative Unternehmen denken schon seit längerem „europäisch" und „weltumspannend" und können Ihre Kunden dank solcher digitaler Technologien grenzübergreifend in allen Ländern problemlos erreichen. Erforderliche Analysen solcher Bankgeschäfte bereiten schon vorab den Prüfungsdiensten derFinanzverwaltung häufig erhebliche Aufklärungs- und Nachprüfungsprobleme.

XIII. Aktionsplan der EU-Kommission zur Verbesserung des EU-Finanzmarktes (sog. FinTech)

Am 23. 3. 2017 veröffentlichte die Europäische Kommission einen „Aktionsplan"[34] mit einer Strategie zur Verbesserung und Stärkung des EU-Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen für Privatkunden per Fernangeboten und -abfragen. Dieser Aktionsplan zielt insbesondere darauf ab, das Potenzial der Digitalisierung und der technologischen Entwicklungen (FinTech[35]) zu nutzen, um eben in der gesamten EU den Zugang der Abnehmer zu Finanzdienstleistungen fördern zu können. Je mehr die

28 § 30a AO aufgehoben mit Wirkung vom 25. 6. 2017 durch das „Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz" vom 23. 6. 2017, BGBl. I 2017, 1682.

29 Vgl. BVerfG v. 27. 6. 1991 2 BvR 1493/89, BStBl. II 1991, 654, 668 oder NJW 1991, 2129–2133.

30 Fernabsatzverträge sind Finanzvereinbarungen i. S. von § 312b BGB als durch Fernkommunikationsmedien nach § 312c BGB „außerhalb von Geschäftsräumen" abgeschlossenen Finanzierungverträge.

31 Anbieter können dabei natürliche oder juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts sein.

32 Zum Grünbuch s. *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM:2015:630:FIN*, zuletzt abgerufen 29. 04. 2020.

33 Vgl. den "Aktionsplan Finanzdienstleistungen für Verbraucher: Bessere Produkte, mehr Auswahl" der EU-Kommission v. 23. 3. 2017 unter COM (2017) 139 final bzw. EU- Dokument-Nr. 52017DC0139; als Schwerpunkte sind darin hervorzuheben: die Stärkung des Vertrauens und der Rechte der Kunden (Verbraucher) beim Erwerb und der Verwaltung von Dienstleistungen zu Hause oder in anderen Mitgliedstaaten sowie der Abbau rechtlicher und regulatorischer Hindernisse für Unternehmen bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen im Ausland.

34 Der deutsche Text dieses EU-Aktionsplanes v. 23. 3. 2017 (17 Seiten – Motto: „Finanzdienstleistungen für Verbraucher: Bessere Produkte und eine größere Auswahl für europäische Verbraucher") ist aufrufbar unter, wie vorgenannt in Fn. 25, COM (2017) 139 final bzw. EU- Dokument-Nr. 52017DC0139.

35 FinTech bedeutet hierbei: „EU regulation fit for new financial technologies"; im Aufsatz von *Paul* v. 15. 1. 2016, Wpg 2016, 57 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 4068936, zum Thema: „FinTechs: Geschäftsmodelle traditioneller Banken unter Druck" spricht der Autor eine Palette von elektronischen Zugriffsmöglichkeiten auf Wertschöpfungen von Banken an, *Spielmann* ergänzt diese Feststellungen zu den heutigen Bankenmedien und innovativen Softwarelösungen in seiner Abhandlung für das IWW (Institut für Wissen und Wirtschaft GmbH) v. 1. 12. 2018 zu „Mit FinTechs ins digitale Zeitalter durchstarten! Die Zukunft des Bankgeschäfts", BBP 2018, 323 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 5259578 (von *www.capveriant.com/* als unabhängige online-Finanzplattform in Europa am 21. 3. 2020 als aufrufbare PDF erstellt, wohl auch unter *www.iww.de/sl1795*), um „absehbare Umbrüche in der Bankenlandschaft", hin zu mehr Effizienz sowie Datensicherheit und bezeichnet „FinTechs als sog. Banking-Denkschmieden" (Motto: „ FinTechs bringen wieder Schwung in die angestaubte Finanzbranche").

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Marktdynamik in der EU in Zukunft stärker integrierte, wettbewerbsorientierte Märkte für Finanzdienstleistungen erkennen lässt, um so mehr wird die EU-Kommission von weiteren regulatorischen Maßnahmen Abstand nehmen. Dieser Aktionsplan dient somit zugleich auch als Aufforderung an die Marktteilnehmer, ihren Beitrag zur Schaffung eines vertieften Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen jeder Art für solche Privatkunden zu leisten, und zwar sowohl für Anbieter wie auch für Anwender.

Diese Richtlinien soll den Anbieter verpflichten, dem Abnehmer zur besseren Transparenz, aber auch als erhöhter Verbraucherschutz verständliche Informationen zur Verfügung zu stellen, bevor er einen solchen Vertrag abschließt, und ihm das Recht zu sichern, den Vertrag innerhalb von 14 Tagen widerrufen zu können.[36] Verbraucher sollen hierdurch besser in die Lage versetzt werden, fundierte Entscheidungen über die angebotenen Finanzprodukte treffen zu können, und sich dabei sicher fühlen, dass sie hierdurch angemessen geschützt sind, auch bei späteren Nachprüfungen durch die Finanzverwaltungen.

Die EU-Länder sollten diesen in eine EU-Richtlinie gefassten Plan bis spätestens zum 9. 10. 2004 in nationales Recht umsetzen. Diese EU-Richtlinie hat den EU-Mitgliedsländern überdies auferlegt, bei der gesetzlichen Umsetzung in nationales Bankenrecht für Anbieter, die gegen diese Vorschriften verstoßen, angemessene Sanktionen vorzusehen, so in Deutschland u. a. als Maßnahmen wegen Vertragsverletzungen entsprechend § 312e BGB.

XIV. Neue gerichtliche Sonderzuständigkeiten für mögliche Rechtsstreitigkeiten im Rahmen von Bank- und Finanzgeschäften

Mit Wirkung v. 1. 1. 2018 sind in Deutschland für mögliche gerichtliche Streitigkeiten im Rahmen von „Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften" bei den

- *Landgerichten* in erster Instanz nach § 72a GVG gesondert zuständige Zivilkammern für
- *Oberlandesgerichten* in der Berufungs- bzw. Beschwerdeinstanz nach § 119a GVG gesondert zuständige Zivilsenate eingerichtet worden[37]; nach § 119a GVG kommt es für die gesetzliche und materielle Zuständigkeit der Spezialsenate von Oberlandesgerichten überdies nicht darauf an, ob in der Vorinstanz gem. § 72a GVG bereits eine Spezialkammer des betroffenen Landgerichts entschieden hat oder nur eine allgemein zuständige Zivilkammer.[38]

XV. Steuerliche Auswirkungen bei Erträgen oder Verlusten aus Bankgeschäften im „Inland"

1. Allgemeingültiges

Je nach rechtlicher Ausgestaltung der Anbieter von Bankgeschäften (Privatpersonen als Kreditgeber mit zu versteuernden Einkommen nach § 2 Abs. 5 oder 5a EStG, Körperschaften – wie Kapitalgesellschaften als AGs, GmbHs oder SE nach § 7 Abs. 1 und 2 KStG sowie bei gewerbetreibenden Banken und Kreditinstituten, soweit bei ihnen nicht Steuerbefreiungen nach § 3 Nr. 2 GewStG in Frage kommen, zusätzlich nach §§ 6 und 7 GewStG) kommen in der Bundesrepublik Deutschland drei unterschiedliche Ertragssteuerarten sowie Steuerobjekte und Bemessungsgrundlagen zum Zuge, wie beispielsweise gemäß dem inländischen Einkommen-, dem Körperschaft- und ggf. zusätzlich dem Gewerbesteuergesetz.

Einkünfte aus Kapitalvermögen gehören in Deutschland zu den in § 2 Abs. 1 Nr. 5 EStG aufgeführten sieben ertragssteuerpflichtigen Einkunftsarten und zählen gleichermaßen zu den Überschusseinkünften. Gesetzliche Grundlagen für Einkünfte aus Kapitalvermögen von privaten Banken oder Kreditunternehmen sind diesbezüglich die §§ 20 und 23 EStG, soweit die Empfänger nicht nach § 3 EStG bzw. §§ 5 Abs. 1 Nr. 2 oder 16 KStG von den Ertragssteuern befreit sind. Zu den steuerpflichtigen Einkünften aus Kapitalvermögen gehören für sie in Anwendung von § 20 EStG auch Gewinnanteile aller möglichen Arten sowie gem. § 23 EStG ebenso Gewinne oder Verluste aus Veräußerungen von Kapitalvermögen. Mögliche Verluste hieraus können nach § 23 Abs. 3 EStG einerseits zwar nur mit gleichgelagerten Einnahmen verrechnet werden, sie würden hiernach andererseits nach Maßgabe des § 10d EStG gewinnmindernd abziehbar sein.

Bei bloßen Bankbetriebsstätten im Inland von ausländischen Banken oder Bankkonsortien gelten bei Bestehen von unternehmerischen Risikoübernahme- und Personalfunktionen für Banken und Kreditinstituten (das sind die mit deren Vermögenswerten verbundenen Chancen und Risiken, durchaus auch bezüglich der Bestimmung des gemäß den §§ 20 und 21 BsGaV jeweils im In- oder Ausland des Sitzes von Bankbetriebsstätten erforderlichen Dotationskapitals) besondere Zuordnungen gem. § 19 Abs. 1 BsGaBV[39]. Zu Besonderheiten für Unternehmen des Banken- und Finanzsektors hat unter anderem die einschlägige Fachliteratur Stellung bezogen, so auch zum globalen Handel mit Finanzinstrumenten nach § 22 Abs. 2 BaGaV.[40]

2. Mögliche gewerbesteuerliche Ansätze bei Bankgeschäften durch Banken und Kredit-institute

Nach § 3 Nr. 2 GewStG, in der Neufassung[41], sind nur öffentlich-rechtlich tätige Banken, wie die Deutsche Bundesbank und an-

36 Siehe die deutsche Regelung zum diesbezüglichen Widerrufsrecht in § 312g BGB; zum Recht auf Widerruf hat der EUGH (Europäischer Gerichtshof) in seinem Urteil v. 11. 9. 2019 C-143/18, BB 2019, 2253 oder DATEV-Dok.-Nr. 5216697, auf Vorlage des LG Bonn v. 17. 4. 2018 17 O 146/17 (RS. Antonio und Lidia Romano gegen DSL-Bank, eine Niederlassung der DB Privat- und Firmenkundenbank AG, ehemals DSL Bank – ein Geschäftsbereich der „Deutsche Postbank AG, Bonn" (letztere seit 2015 eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der „Deutschen Bank", Frankfurt am Main), – entgegen Art. 6 Abs. 2 der EU-RiLin. (nur 14 Tage nach Vertragsabschluss) – entschieden, dass ein Widerspruch gegen den abgeschlossenen Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Vertrag auch dann noch zulässig ist, wenn dieser bereits beidseitig „erfüllt" worden ist; *Wendehorst*, „Widerruf von Darlehensverträgen nach Erfüllung und Verbraucherrecht", NJW 2019, 3423.

37 Vgl. (auszugsweise) diese Neuregelungen in §§ 72a Nr. 1 GVG (für LG'e) und 119a Nr. 1 GVG (für OLG's) durch das „Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz" sowie § 40a EGGVG (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz) zur Anwendbarkeit dieser gerichtlichen Neuregelungen für anhängig gewordene bzw. werdende Verfahren erst v. 1. 1. 2018 an (zu diesen Neubestimmungen im GVG und im EGGVG s. u. a. *www.gesetze-im-internet.de* , aber auch hervorhebend begründend hierzu den Beschluss des OLG Hamburg v. 6. 8. 2018 6 AR-10/18, MDR 2018, 1327 oder DATEV-Dok.-Nr. 1670161).

38 Vgl. Beschluss des OLG Braunschweig v. 8. 2. 2019 1 W 1/19, Website dieses OLG oder DATEV-Dok.-Nr. 1674313 (Voraussetzungen einer Gerichtsstandsbestimmung durch das ortszuständige OLG gem. § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO), mit Hinweisen auf vergleichbare Entscheidungen anderer OLG's in Deutschland in jüngster Zeit.

39 BsGaBV bedeutet die Abkürzung für „Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung" v. 13. 10. 2014, BGBl. I 2014, 1603.

40 Vgl. hierzu die beiden Aufsätze von *Engelen/Tchervenlachki*, Teil I „Die Besteuerung von Bankbetriebsstätten nach den VWG BsGa", IWB 2018, 89 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 4076447, und Teil II (gleicher Titel), IWB 2018, 129 oder ebenso verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 4076608.

41 Vgl. Text zu § 3 Nr. 2 GewStG (Gewerbesteuergesetz), gültig ab dem 18. 12. 2019, BGBl. I 2019, 2451 oder BStBl. I 2019, 4167 oder DATEV-Dok.-Nr. 9126369, bzgl. die GewSt-Befreiung für die Deutsche Bundesbank sowie für viele andere, darin namentlich aufgeführte Kreditanstalten, Förderbanken oder Girozentralen.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

dere darin einzeln namentlich aufgezählte, mit ihr vergleichbare Kredit- oder Förderanstalten grundsätzlich von der inländischen Gewerbesteuer befreit.

Gemäß dem Urteil des FG Hamburg v. 28. 8. 2015[42] gilt das allgemeine „gewerbesteuerliche Bankenprivileg" bezüglich der Hinzurechnung der Entgelte bei Dauerschulden für Banken und Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG, wie bei normalen Bankinstituten und öffentlich-rechtlichen Banken allgemein üblich, auch dann für Finanzierungsunternehmen von Konzernen, wenn sie die Voraussetzungen für das sog. Bankenprivileg des § 19 Abs. 1 GewStDV erfüllen. Ob eine solche gruppeninterne Finanzierungsgesellschaft über eine Erlaubnis zum Betrieb von Bankgeschäften verfügt oder nicht, erachten die Hamburger Finanzrichter im Hinblick auf die in § 19 Abs. 1 GewStDV (Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung) geregelte „Sondervorschrift" für Banken und Kreditinstitute (sog. Bankenprivileg) als nicht unbedingt rechtserheblich.

§ 19 GewStDV begrenzt die Hinzurechnung von Schuldentgelten bei Kreditinstituten im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG auf solche Schuldentgelte, die dem Betrag der eingegangenen Verbindlichkeiten entsprechen, um den der Ansatz der nicht zum eigentlichen Bankgeschäft gehörenden Aktiva das Eigenkapital der betroffenen Privatbank übersteigt. Im Urteil v. 6. 12. 2016[43] hat der BFH entschieden, dass eine inländische Finanzierungsgesellschaft auch dann vom gewerbesteuerlichen Bankenprivileg des § 19 GewStDV begünstigt sein kann, wenn diese Gesellschaft nicht der staatlichen Bankenaufsicht nach dem KWG durch die BaFin unterliegt, weil es nach dem gesetzlich gewollten Zweck in § 19 GewStDV nicht auf die Erteilung einer Bankenlizenz ankomme. Ausreichend für eine solche steuerliche Sonderbehandlung sei, dass entsprechend den Anforderungen in § 1 Abs. 1 KWG derartige Bankgeschäfte gewerbsmäßig betrieben werden. Selbst wenn eine Ausnahme von der aufsichtsrechtlichen Erlaubnispflicht i. S. von § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG aufgrund der ausschließlichen Erbringung von Bankgeschäften innerhalb einer Unternehmensgruppe (Konzernprivileg) zum Tragen komme, stünde dies der Einordnung als vergleichbare Kreditinstitute nicht entgegen.

Zwar gelten nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG Unternehmen, die Bankgeschäfte ausschließlich mit ihrem Mutterunternehmen oder ihren Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben, ex pressis verbis nicht als typische Kreditinstitute, sie unterliegen nach § 2 KWG daher auch nicht der Aufsicht durch die BaFin und sind somit von der Erlaubnispflicht nach § 32 KWG ausgenommen. Jedoch nehme § 19 Abs. 1 GewStDV nach Meinung der Finanzrichter ausdrücklich auf § 1 Abs. 1 KWG und nicht auf § 2 dieses Gesetzes Bezug. Ansonsten würde dies für derartigen Unternehmen bei der Gewerbesteuer quasi eine Verschärfung in Form einer wiederum Ausnahme von diesem gesetzlichen Ausnahmetatbestand bedeuten, die vom Gesetzgeber so hätte ausdrücklich geregelt werden müssen.

3. In aller Regel keine Umsatzsteuern auf Geschäfte von Banken und Kreditinstituten

In Kernbereichen ihrer Geschäfte unterliegen Banken und Kreditunternehmen nach § 4 Nr. 8 UStG i. V. m. § 4b UStG grundsätzlich nicht der inländischen Umsatzsteuer. Auch sind danach die meisten Dienstleistungen der Banken weitgehend von einer Umsatzsteuer befreit. Nur einige ihrer Geschäfte lösen eine inländische Umsatzsteuerpflicht aus. Dies sind hauptsächlich ihre sog. Umsätze, die im Zusammenhang mit der Gewährung bzw. Vermittlung von Krediten oder von gesetzlichen Zahlungsmitteln stehen. Gleichermaßen sind Erträge, die aus ihren Geschäften mit Schecks, Forderungen und Handelspapieren herrühren sowie deren Einnahmen aus dem Handel mit Einlagengeschäften als auch dem Kontokorrentverkehr sowie ihre Einkünfte aus der Vermittlung von Bausparverträgen und von allgemeinen Versicherungen umsatzsteuerbefreit.[44]

Grund hierfür ist, dass Banken mit Kredit- und Einlagengeschäften umsatzsteuerrechtlich gesehen keine echten Umsätze tätigen, sondern nur sog. „Margen" erwirtschaften, die dem Unterschied zwischen Soll- und Haben-Zinsen entsprechen.[45] Solche Bruttomargen sind folglich weder steuerbare Umsätze, noch stellen sie steuerpflichtige Gewinne dar. Sie dienen lediglich der Deckung von Risikokosten (z. B. bei Kreditausfällen) sowie ihrer anfallenden Verwaltungskosten (Personal- und Sachkosten) und sind die Quellen ihrer Einnahmen. Im Gegenzug sind die für sie geschäftebezogen Vorsteuerabzüge grundsätzlich nicht erlaubt.

Für bestimmte Teile ihrer Außentätigkeiten könnten inländische Banken und Kreditinstitute allerdings nach eigener Abwägung zur Umsatzsteuer optieren.[46] Hierbei ist aber nur ein geringer Teil an Bankgeschäften umsatzsteuerpflichtig, so beispielsweise Einnahmen aus Depotgeschäften oder aus „sonstigen Leistungen" einer Bank, wie zum Beispiel das entgeltliche Zurverfügungstellen von Bankschließfächern, als Entgelte aus von ihnen nachweisbar erbrachten Dienstleistungen.[47] Als steuerliche Folge sind von ihnen hierbei dann die darauf möglicherweise angefallenen Vorsteuern unter Beachtung der Strukturen solcher begünstigten Bankgeschäfte voll abzugsfähig. Hierfür sind zuvor jedoch nachprüfbare funktionale Zuordnungen von Vorsteuern zu den Ausgangsumsätzen erforderlich. Mit dem sog „Bankenschlüssel" kann in Deutschland gem. § 15 Abs. 4 UStG dennoch ein Aufteilungs- bzw. Verteilungsschlüssel für den Abzug von Vorsteuern durch Banken oder Kreditinstituten in Anspruch genommen werden. Dieser bestimmt eben die Aufteilung der

42 Vgl. das inzwischen rechtskräftige Urteil des Finanzgerichts Hamburg v. 28. 8. 2015 6 K 285/13, EFG 2016, 133 (Rev. hiergegen vom BFH v. 6. 12. 2016 I R 79/15, BFH/NV 2017, 851 oder BStBl. II 2019, 173, als unbegründet zurückgewiesen).

43 Vgl. das BFH-Urteil v. 6. 12. 2016 I R 79/15, BFH/NV 2017, 851 oder BStBl. II 2019, 173, zur Anwendbarkeit der gewerberechtlichen Voraussetzungen von § 19 GewStDV (Entfallen von Hinzurechnungen von bei einer Gewinnermittlung abzuziehenden Schulden nach § 8 Nr. 1 Buchst. A GewStG), auch bei reinen Konzernfinanzierungsinstituten.

44 Vgl. UStAE v. 6. 2. 2020 III C 3 – S 7156/19/10002:001, BStBl. I 2020, 846, und etwas frühere, zu steuerfreien und nicht steuerfreien Bank-, Finanz- und Versicherungsumsätzen (§ 4 Nr. 8 Buchst. a bis H u. 10 Buchst. a u. b. UStG).

45 Den aus gewährten Krediten erhaltenen Zinseinnahmen stehen Refinanzierungskosten für die Mittelbeschaffung gegenüber; der Überschuss aus den Zinseinnahmen und den Refinanzierungskosten bildet eben diese „Marge".

46 Vgl. zu den Optionsmöglichkeiten und deren Einschränkungen die ausführlichere, neuerliche Diplomarbeit von *Frau Lisa-Marie Uhlig*, für die Fachhochschule Meißen (FH) und das Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen – Fachbereiche Steuerverwaltung (speziell zu Bankgeschäften von Sparkassen – 40 Seiten, mit 26 Blatt an Anhängen, darin u. a. mit einer graphischen Darstellung und tabellarischen Übersicht sowie mit Hinweisen auf Rechtsvorschriften, Rechtsprechung, Verwaltungsanweisungen und Fachliteratur, abrufbar im Internet), und zwar zum Thema „Die Vorsteueraufteilung nach der Option zur Umsatzsteuer bei Sparkassen".

47 Neben den typischen umsatzsteuerbefreiten Finanzdienstleistungen erbringen die Kreditinstitute auch eine Reihe von sonstigen Leistungen, die „nicht" der Begünstigung des § 4 UStG unterliegen, wie mögliche Umsätze aus Depotgeschäften, aus Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren (nicht dem Wertpapierhandel und der Anlageberatung), von Edelmetallen, Münzen und Medaillen, ausgenommen Goldbarren und Goldmünzen, die zu den gesetzlichen Zahlungsmitteln gehören, Provisionen aus Vermittlungsgeschäften wie z. B. Maklercourtagen aus Immobiliengeschäften, dem Verkauf von Sicherungsgütern im eigenen Namen der Bank oder auch der Vermietung von Banken-Schließfächern.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

nicht direkt zuordenbaren Aufwendungen zwischen möglichen Geschäften, die eingeschränkt umsatzsteuerpflichtig sind, mit denen, die es wiederum nicht sind.[48]

Nach BFH-Beschluss v. 4. 12. 2019[49] ist jedoch im Verhältnis zwischen nahen Angehörigen (hier eine konzerninterne Kreditgewährung) eine unternehmerische Tätigkeit nicht schon deshalb zu verneinen, weil Vereinbarungen über Leistung und Gegenleistung nicht vertragsgemäß festgelegt worden sind oder in ihrer Analyse nicht dem entsprechen, was unter Fremden üblich ist (ständige Rechtsprechung zur Fremdüblichkeit im Umsatzsteuerrecht, im Gegensatz zu den ertragsteuerlichen Voraussetzungen in § 1 AStG). Bei der umsatzsteuerlichen Prüfung solcher Leistungsbeziehungen zwischen nahen Vertragspartnern kann allerdings nach BFH die Fremdüblichkeit für die Frage von Bedeutung sein, ob der Leistende ernsthaft damit gerechnet hat, ein Entgelt für seine Leistung zu erhalten.[50]

XVI. Steuerliche Auswirkungen bei Einnahmen oder Verlusten aus Bankgeschäften im „Ausland"

1. Ertragsteuerliche Sicht

Dominant für die Besteuerung von Einnahmen jeglicher Art aus Bankgeschäften im Ausland sind die Regelungen in den bilateral abgeschlossenen, auf den Abschlussempfehlungen der OECD in ihrem OECD-MA[51] beruhenden DBA, hier je nach rechtlicher Ausgestaltung der Anbieter und der Erträge hieraus insbesondere die Art. 7 (Unternehmensgewinne), Art. 10 (Dividenden), Art. 11 (Zinsen) und Art. 21 (Andere Einkünfte).[52]

Bei derartigen Einnahmen aus dem übrigen Ausland (sog. Nicht-DBA-Länder) i. S. von § 34d Abs. 1 Nr. 2, 4 und 6 EStG sollten in jedem Einzelfall die jeweils nationalen steuerlichen Entlastungsbestimmungen zur möglichen Minderung oder Vermeidung der Besteuerungsgrundlagen geprüft werden, so wie in der Bundesrepublik Deutschland beispielsweise die Vorgaben gem. §§ 34, 34a und insbesondere 34c EStG.

Für eine steuerliche Berücksichtigung von möglichen „Verlusten" aus Bank- und Kreditgeschäften wären die jeweils recht unterschiedlichen gesetzlichen Voraussetzungen und Methoden der verursachenden Herkunftsländer zu ventilieren, beim Vorliegen eines DBA dessen mögliche Sonderbestimmungen hierzu.

2. Ausländische Bankunternehmen mit inländischen Bank-Tochtergesellschaften

Bankunternehmen im Ausland, insbesondere mit Sitz in einem Land außerhalb des EURO-Wirtschaftsraumes, bedürfen für Bankgeschäfte im Inland nach § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 KWG – zusätzlich zu der formellen Erlaubnis der deutschen BaFin für derartige Inlandsgeschäfte – auch der Zustimmung der zuständigen ausländischen Banken-Aufsichtsbehörde ihres Sitzlandes.

Bei inländischen Tochter- oder Schwesterunternehmen von Bank-Mutterunternehmen in einem Land innerhalb des „Europäischen Wirtschaftsraumes"[53] darf die Erlaubnis für Bankgeschäfte oder das Erbringen von Finanzdienstleitungen jeder Art im Inland nach § 33b KWG nur nach einer „Anhörung" der zuständigen Bankenaufsichtsbehörde des Herkunftslandes erteilt werden.[54] Diese Fremd-Anhörung soll danach vorrangig der Beurteilung der fachlichen Eignung und der branchenüblichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin dienen.

Auch rechtlich unselbständige Zweigstellen von Bank-Unternehmen mit Sitz im Ausland haben eine solche Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleitungen jeder Art im Inland zu beantragen, denn in Anlehnung an § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG gelten auch sie gemäß § 53 Abs. 1 KWG als „Kreditinstitute".

Mehrere inländische Zweigniederlassungen in Deutschland mit ausreichenden Ausstattungen an erforderlichem Betriebskapital (sog. Dotationskapital) desselben ausländischen Bankunternehmens werden danach im Inland als nur „ein Kreditinstitut" angesehen.

3. Steuerliche Behandlung von möglichen steuerpflichtigen Erträgen aus einem sog. Drittland

Einem Urteil des EUGH v. 24. 11. 2016[55] zufolge kann die steuerliche Behandlung von Dividenden (und wohl auch Zinsen) aus Bankgeschäften mit Drittländern[56] an eine juristische Person mit Sitz in einem EU-Mitgliedsland unter die EU-Gebote in Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Art. 63 AEUV (freier Kapitalverkehr) fallen[57], und zwar mit den steuerrechtlichen Folgen, dass Gewinne, aus denen solche Erträge gezahlt werden, nur bei der ausschüttenden Gesellschaft besteuert werden und dass die empfangende Muttergesellschaft mit Sitz in einem EU-Land sie voll von ihrer nationalen Besteuerungsgrundlage abziehen kann, es sei denn, im Ausnahmefall trifft eine irgendwie geartete Vereinbarung mit diesem Drittstaat eine hiervon steuerrechtlich abweichende Regelung.

4. Ausländische Zweigniederlassungen von inländischen Banken als mögliche „Zwischengesellschaften" im Sinne des deutschen Außensteuerrechts

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG können auch Niederlassungen in Gesellschaftsform im Ausland von inländischen Banken oder Kreditinstituten dann als steuerschädliche Zwischengesellschaften angesehen werden, wenn ihr Rechtssitz in einem „Niedrigsteuerland"[58] angesiedelt ist und sie nachweisbar über keinen, für

48 Vgl. zu der Methode nach § 15 Abs. 4 UStG BMF v. 12. 4. 2005 IV A 5 – S 7306 – 3/05 bzw. 5/05 (auf der Website des BMF oder NWB-QAAAB-52537) zu „Neues Konzept für die Aufteilung des Vorsteuerabzugs bei Kreditinstituten nach § 15 Abs. 4 des (deutschen) Umsatzsteuergesetzes (UStG)", mit der Unterscheidung zwischen „Inländischen Betriebsstätten ausländischer Kreditinstitute" und „Ausländische Betriebsstätten inländischer Kreditinstitute".

49 Vgl. BFH v. 4. 12. 2019 V R 31/18, NWB – RAAAH-42547.

50 Vgl. BFH v. 11. 12. 2003 V R 48/02, BFHE 204, 349 oder BStBl. II 2006, 384.

51 OECD-Muster-DBA und OECD-Muster-Kommentierung mit letzter und aktueller Fassung v. 18. 12. 2017.

52 Vgl. hierzu auch *Einsele* „Bank- und Kapitalmarktrecht – Nationale und internationale Bankgeschäfte", 4. Aufl. 2018 (664 Seiten), auch mit breitgestreut steuerlichen Aspekten.

53 Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) umfasst neben den EU-Mitgliedsstaaten auch die EFTA-Länder (Island, Liechtenstein u. Norwegen), ohne die ansonsten EU-assoziierte Schweiz.

54 Eine Übersicht über derartige Zweigniederlassungen mit Erlaubnissen zum Betrieb von Bankgeschäften i. S. von §§ 53, 53b u. 53c KWG im Inland findet sich lt. BMF v. 15. 12. 2017 IV C 1 – S 2401/08/10001:018, BStBl. I 2018, 13 oder BB 2018, 150 oder DATEV-Dok.-Nr. 5255135 unter „Unternehmensdatenbank" auf der BaFin-Website (s. hierzu auch § 45a Abs. 3 EStG bzgl. Steuer-Bescheinigungen durch Banken über einbehaltene inländische KapErtSt., mit steuerlicher Abgeltungswirkung).

55 Vgl. EUGH v. 24. 11. 2016 C464/14, IStR 2017, 118 oder DATEV-Dok.-Nr. 5216697 (40 Seiten), Rs. SECIL – Companhia Geral de Cale Cimento SA (Portugal) gegen Fazenda Publica (Bundessteuerbehörde in Lissabon).

56 Im portugiesischen Streitfall aus Tunesien sowie dem Libanon.

57 AEUV: Artikel 63 i. d. F. v. 7. 6. 2016; Abkürzung AEUV = Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union v. 1. 12. 2009 (sog. Lissabon-Vertrag).

58 Vgl. auch *Dreßler* (gleicher Autor), breitangelegtes Fachbuch zu: Gewinn- und Vermögensverlagerungen in „Niedrigsteuerländer und ihre steuerliche Überprüfung", 4. Aufl. 2007, 1027 S., mit auch heute noch gut verwertbaren Länderbeschreibungen, mit Bp-Praxis-bezogenen Auflistungen von typischen Gestaltungen über die Grenzen, mit praxisbezogenen Beispielen, mit Tabellen, mit Übersichten, mit Gesetzesauszügen sowie mit vielen Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

übliche Bankgeschäfte in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (z. B. mit eigenem Fachpersonal, eigenem Büro, eigenem Telefonanschluss, eigenem Tresor etc.) verfügen, aber auch dann, wenn sie ihre Bankgeschäfte ausschließlich oder zumindest überwiegend mit in Deutschland nahestehenden, unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen oder juristischen Personen (i. S. von § 1 EStG bzw. § 1 KStG) betreiben, die an einer solchen Gesellschaft im Ausland i. S. von § 7 AStG beherrschend beteiligt sind.

Als Niedersteuergebiet gilt nach § 8 Abs. 3 Abs. 1 und Abs. 2 AStG ein ausländisches Sitzland, wenn die aus der vorgenannten Konstellation herrührenden steuerpflichtigen Erträge einer solchen zu bejahenden Zwischengesellschaft dort im Ansässigkeitsstaat mit einem Steuersatz von spürbar „weniger als 25 Prozent" belegt sind, ohne dass dieser Umstand auf einem Ausgleich mit Einkünften aus anderen Quellen der Auslandsgesellschaft beruht. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG sind Bank- und Kreditunternehmen von der gesonderten Besteuerung ihrer Erträge oder der Berücksichtigung möglicher Verluste ausgenommen, soweit sie als kaufmännisch eingerichtete Betriebe anzusehen sind und nachweisbar nicht von ihnen nahestehenden Personen betrieben werden.[59]

Die ertragssteuerliche Folge wäre – zwecks Beseitigung der gestalteten Abschirmwirkung der ausländischen Gesellschaft vor der deutschen Besteuerung – eine Zurechnung der jährlichen, im Einzelfall aufzuklärenden, sog. steuerschädlichen (§ 10 Abs. 3 Satz 1 AStG), von der ausländischen Zwischengesellschaft nicht selbst erwirtschafteten Erträge auf das inländische Bankunternehmen bzw. wäre nach § 7 AStG auf deren Gesellschafter zuzurechnen, und dies entgegen der nach einem DBA mit deren Sitzland grundsätzlich vorgesehen Steuerfreistellung. Die Ermittlung der Beteiligungsquote erfolgt nach § 7 Abs. 1 bis 4 AStG.[60]

5. Kapitalallokationen bei ausländischen Bank- und Versicherungs-Betriebsstätten von inländischen Banken oder Kredit-Versicherungen

In ihrem Empfehlungs-Bericht v. 22. 7. 2008 zur Gewinnermittlung bei ausländischen Betriebsstätten inländischer Bank- oder Versicherungshäuser nach den Artikeln 7 in den abgeschlossenen DBA propagiert die OECD den Grundsatz „Kapital folgt Risiko". Insbesondere bei Bankbetriebsstätten ist ihrer Ansicht und ihrer Kommentierung hierzu nach eine Trennung von Funktionen, Risiken und Kapital nicht opportun. Speziell bei Bankbetriebsstätten gelte der Grundsatz der Zuordnung von Vermögenswerten, die aus Bankgeschäften herrühren, wie zum Beispiel aus dem Abschluss von Darlehensverträgen.[61] Besonders bei Bankbetriebsstätten sei das – je Sitzland unterschiedlich geregelte und vorgegebene – Dotationskapital zur Abfederung von deren funktionsabhängigen Kapitalrisiken sowie bei Versicherungsbetriebsstätten auch von sog. KERT-(Personal- + Risiken-) Funktionen gem. §§ 5 bis 11 BsGaV, i. V. m. § 1 Abs. 5 AStG, unerlässlich.[62]

Mit Hilfe von Funktionsanalysen müsse in Ermangelung international akzeptierter Standards in jedem Einzel- und Bedarfsfall genauer herausgearbeitet werden, welche Auftrags-Aufgaben und -Funktionen sowie in welchem Umfang diese Zweigniederlassung auszuüben habe. Die Personalfunktion des Zeichnungsprozesses[63] ist die Funktion, durch welche die mit dem Versicherungsvertrag verbundenen Chancen und Risiken für das Versicherungsunternehmen entstehen können, insbesondere das versicherungstechnische Risiko (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 2 BsGaV).

Nach dem OECD-Betriebsstätten-Bericht aus 2010 gelten solche Auslandsbetriebsstätten zu Zwecken der eigenen steuerlichen Gewinnermittlung i. S. von von Art. 7 der einzelnen DBA als verselbständigte Unternehmenseinheiten, auf die gegebenenfalls intern auch die allgemeinen Verrechnungspreis-Richtlinien der OECD anzuwenden seien.[64]

XVII. Neueste EU-Liste über Drittstaaten-Risikoländer für Geldwäschemanipulationen

Am 13. 2. 2019 hat die Europäische Kommission eine neue Liste von 23 Drittländern veröffentlicht,[65] deren Offshore-Banken und Regierungen, ihrer Einschätzung nach, strategische Mängel aufweisen und nicht genug im internationalen Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismus-Finanzierung unternehmen (Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten), wie z. B. Arabien, Pakistan, Iran, Irak, Libyen, Puerto Rico, Tunesien, Panama und die Bahamas, um verdächtige Geldflüsse aufzudecken und nach der 5. EU-Geldwäsche-Richtlinie vom Juli 2018 zu ahnden (damals zu 54 Ländern und Gebieten erstellt).

XVIII. Automatischer Informationsaustausch von Finanzkontendaten deutscher Bürger aus anderen Ländern an die Bundesrepublik Deutschland

Einer aktuelleren Mitteilung des BMF zufolge[66] sind zur Bekämpfung von Steuerflucht und zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei grenzübergreifenden, internationalen Sachverhalten, so auch bei ausländischen Banken und Finanzdienstleistungsunternehmen, mittels steuerlicher Auswertung durch die jeweiligen inländischen Sitz- oder Wohnsitz-Finanzämter

59 Vgl. *Lippross/Kramer* in Lippross Basiskommentar, § 8 AStG Rn. 5; sog. Capitives-Finances (konzerninterne Versicherungsgesellschaften) fallen deshalb lt. *Wassermeyer/* Schönfeld in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, § 8 AStG, Rn. 98, als Konzern-Nahestehende nicht unter diese besondere Steuerfreistellung.

60 Insgesamt bestätigend durch BFH v. 13. 6. 2018 I R 94/15, BFH/NV 2018, 1303 Nr. 12 oder DB 2018, 2610 Nr. 43 (unter Bezugnahme auf die Grundsätze des EuGH-Urteils i. S. Cadbury Schweppes v. 12. 9. 2006 C-196/04, EU:C:2006:544, Slg. 2006, I-7995 – ergangen zur Hinzurechnungsbesteuerung in Großbritannien).

61 Vgl. insbesondere Sätze 1 u. 2 der „Änderungs-VO des BMF" v. 13. 10. 2014, BGBl. I 2014, 1603 oder DATEV-Dok.-Nr. 0440579.

62 Die Abkürzung „KERT" bedeutet bei Versicherungsbetriebsstätten im Ausland: „Key-Entrepreneurial-Risk-Taking-Functions", vgl. hierzu *Förster,* „Der OECD-Bericht zur Gewinnermittlung bei Versicherungsbetriebsstätten", IStR 2008, 800 oder verkürzt in DATEV-Dok.-Nr. 1611608, sowie Rn. 197 u. 198 (für Bankgeschäfte) sowie 283 u. 284 (für Versicherungsgeschäfte) der (teils erweitert gefassten) BMF-Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung – VWG BsGa – v. 22. 12. 2016 IV B 5 – S 1341/12/10001-03 (186 Seiten), BStBl. I 2017, 182, und dies auf der Grundlage der BsGaV (Betriebsstätten-Gewinnaufteilungs-Verordnung v. 13. 10. 2014, BGBl. I 2014, 1603, zur Umsetzung des OECD-Betriebsstätten-Berichts v. 22. 7. 2010, – diese BsGaV zuletzt geringfügig abgeändert durch Art. 5 der Vierten VO zur Änderung von steuerlichen Verordnungen v. 12. 7. 2017, BGBl. I 2017, 2360 (bzgl. ihrer Anwendbarkeit ab dem 1. 1. 2017).

63 Der Zeichnungsprozess in drei Stufen (siehe hierzu auch OECD-Betriebsstätten-Bericht, Teil IV Tz. 69) ist somit die unternehmerische Risikoübernahmefunktion für Versicherungsunternehmen (§ 24 Abs. 1 Satz 2 BsGaV).

64 Vgl. hierzu auch *Hilsebein/Kröner* in Wassermeyer, DBA-Komm., Bd I (OECD-MA) Art. 7 (2010) Rn. 625 bis 628.

65 Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung v. 13. 2. 2019, Aufruf im Internet oder Hinweis in DATEV-Dok.-Nr. 0449370 auf die EU-FATF (Financial Action Task Force).

66 Vgl. BMF v. 26. 6. 2019 IV B 6 – S 1315/13/10021:052, BStBl. I 2019, 648, zu: „Automatischer Austausch von Informationen über Finanzkonten in Steuersachen nach dem Finanzkonten-Informationsaustauschgesetz – FKAustG; Bekanntmachung einer finalen Staatenaustauschliste im Sinne des § 1 Absatz 1 FKAustG für den automatischen Austausch von Informationen über Finanzkonten in Steuersachen zum 30. September 2019".

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21

Lizenziert für Herrn RA/StB Dr. Günter Dreßler.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

- aufgrund von internationalen oder bilateralen Steuerdaten-Austausch-Abkommen mit anderen Ländern, insbesondere mit sog. Steueroasen als Niedrigsteuergebiete mit den bekannten steuerlichen Anreizen, und diese Absprachen überwiegend v. 29. 10. 2014, sowie zuvor gemäß dem sog. gemeinsamen FATCA-Abkommen mit den USA v. 31. 5. 2013,[67]
- bisher aus den USA sowie von „mindestens 51" der 94 hierzu völkervertraglich verpflichteten Staaten und Gebiete" dem – nach § 117c AO im Inland hierfür zuständigen BZSt (Bundeszentralamt für Steuern in Bonn-Beuel) – umfangreiche „Finanzkontendaten" per Datenträger zur Weiterleitung an die jeweils betroffenen deutschen Finanzämter zum 30. 9. 2019 (jährlich zum 30.9. ist neuerdings der vereinbarte Stichtag) übermittelt worden.

XIX. Schlussbetrachtung und Ausblick

Die breiten Paletten von unterschiedlich möglichen Bankgeschäften von öffentlich-rechtlichen oder privaten Banken und von sonstigen Kreditinstituten im In – und Ausland erfahren bankenrechtlich, aber auch steuerrechtlich gewisse Sonderbehandlungen, und dies insbesondere in den letzten 6 bis 8 Jahren. Hierzu seien nur einmal hervorgehoben diverse formelle Erlaubnisvoraussetzungen und -zuordnungen, vermehrt Fernabsatz-Finanzdienstleistungen sowie Änderungen an gerichtlichen „Sonderzuständigkeiten" für Rechtsstreitigkeiten über Bankgeschäfte auf den Ebenen der erstinstanzlich operierenden Landgerichte sowie als Berufungsinstanzen bei den Oberlandesgerichten.

Soweit unabhängige oder abhängige Bankbetriebsstätten im In- oder Ausland für Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen herhalten müssen, gibt es für sie ebenso gewissen Besonderheiten zu beachten.

Die weltweit stetig zunehmende Digitalisierung auch des grenzübergreifenden Bankings, des Online-Bankings und neuerlich sogar als sog. Fernkommunikationsmittel, verbreitet sich als eines der wesentlichen Antreiber mit bisher ungeahnter Dynamik für eine rasante Weiterentwicklung zugleich der grenzübergreifenden Banken- und Kreditwirtschaft.

67 FATCA bedeutet „Foreign Account Tax Compliance Act", gemeinsame Erklärung über eine zwischenstaatliche Vorgehensweise zur gegenseitigen Verbesserung der Steuerehrlichkeit im grenzüberschreitenden Bereich bezüglich dort vorhandener „Auslandskonten" (mit den jeweils bekannten Informations- und Meldebestimmungen) sowie zur Umsetzung des bilateralen FATCA-Abkommens, welchem der Deutsche Bundestag mit Gesetz v. 10. 10. 2013 zugestimmt hat (BGBl. II 2013, 1362); gemäß § 117c AO hat das BMF die FATCA-USA-Umsetzungsverordnung v. 23. 7. 2014 erlassen; Details zur praktischen Umsetzung dieses regelmäßigen Datenaustausches regeln BMF v. 3. 11. 2015 IV B 6 – S 1316/11/10052:133, BStBl. I 2015, 897, sowie v. 1. 2. 2017 IV B 6 – S 1315/13/10021:044, BStBl. I 2017, 305 (96 Seiten).

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2020 (http://www.stbpdigital.de) - 17.09.2020 12:21