

Geschäftsverzeichnism. 5491 und 5492
Entscheid Nr. 138/2013 vom 17. Oktober 2013

ENTSCHEID

In Sachen: Klagen auf teilweise und völlige Nichtigerklärung der Artikel 146 Nr. 1 und 147 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 (in Bezug auf die Artikel 192 § 1 und 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992), erhoben von der « Option Trading Company » AG und von der « B&Bt » AG.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Präsidenten M. Bossuyt und J. Spreutels, und den Richtern E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût und T. Giet, unter Assistenz des Kanzlers F. Meersschant, unter dem Vorsitz des Präsidenten M. Bossuyt,

verkündet nach Beratung folgenden Entscheid:

*

* *

I. Gegenstand der Klagen und Verfahren

Mit Klageschriften, die dem Gerichtshof mit am 4. Oktober 2012 bei der Post aufgegebenen Einschreibebriefen zugesandt wurden und am 5. Oktober 2012 in der Kanzlei eingegangen sind, erhoben jeweils Klage auf völlige und teilweise Nichtigerklärung der Artikel 146 Nr. 1 und 147 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 (in Bezug auf die Artikel 192 § 1 und 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992), veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 6. April 2012, dritte Ausgabe: die « Option Trading Company » AG, mit Gesellschaftssitz in 1000 Brüssel, Regentschapsstraat 43, und die « B&Bt » AG, mit Gesellschaftssitz in 2160 Wommelgem, Ternesselei 326.

Diese unter den Nummern 5491 und 5492 ins Geschäftsverzeichnis des Hofes eingetragenen Rechtssachen wurden verbunden.

Der Ministerrat hat einen Schriftsatz eingereicht, die klagenden Parteien haben einen Erwiderungsschriftsatz eingereicht und der Ministerrat hat auch einen Gegenerwiderungsschriftsatz eingereicht.

Durch Anordnung vom 2. Juli 2013 hat der Gerichtshof die Rechtssachen für verhandlungsreif erklärt und den Sitzungstermin auf den 18. September 2013 anberaumt, nachdem die Parteien aufgefordert wurden, in einem spätestens am 9. September 2013 einzureichenden Ergänzungsschriftsatz, den sie innerhalb derselben Frist den jeweils anderen Parteien in Kopie zukommen lassen, auf folgende Frage zu antworten:

« Lässt sich aus dem Satzteil nach dem Komma in Artikel 45 Nr. 5 des Gesetzes vom 6. April 1995 über den Status und die Kontrolle von Investmentgesellschaften (‘ Personen, deren Wertpapierdienstleistung oder Anlagetätigkeit nur im Handel für eigene Rechnung besteht, sofern sie keine Market-Maker oder systematische Internalisierer sind ’), der auf Artikel 2 Buchstabe d der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 ‘ über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates ’ beruht, ableiten, dass Market-Maker wie die klagenden Parteien dem vorerwähnten Gesetz vom 6. April 1995 unterliegen oder nicht?

Bejahendenfalls: Woran liegt es, dass Gesellschaften wie diejenigen der klagenden Parteien nicht dem königlichen Erlass vom 23. September 1992 über den Jahresabschluss von Kreditinstituten, Investmentgesellschaften und Verwaltungsgesellschaften von Organismen für gemeinsame Anlagen unterliegen?

Verneinendenfalls: Welche Regeln finden dann Anwendung auf Tätigkeiten wie diejenigen der klagenden Parteien in deren Eigenschaft als Market-Maker, insbesondere im Bereich der Buchführung und der betreffenden Kontrolle? ».

Die klagenden Parteien und der Ministerrat haben Ergänzungsschriftsätze eingereicht.

Auf der öffentlichen Sitzung vom 18. September 2013

- erschienen
- RA P. Smet, in Brüssel zugelassen, für die klagenden Parteien,
- J. De Vleeschouwer, Berater beim FÖD Finanzen, für den Ministerrat,
- haben die referierenden Richter T. Merckx-Van Goey und J.-P. Moerman Bericht erstattet,
- wurden die vorgenannten Parteien angehört,
- wurden die Rechtssachen zur Beratung gestellt.

Die Vorschriften des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, die sich auf das Verfahren und den Sprachengebrauch beziehen, wurden zur Anwendung gebracht.

II. *Rechtliche Würdigung*

(...)

In Bezug auf die angefochtenen Bestimmungen

B.1.1. Ergänzt durch den angefochtenen Artikel 146 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 (kursiv gedruckter Teil), bestimmt Artikel 192 § 1 Absatz 1 des Einkommensteuergesetzbuches 1992 (nachstehend: EStGB 1992):

« Ebenfalls vollständig steuerfrei sind nicht in Artikel 45 § 1 Nr. 1 erwähnte Mehrwerte, die in Bezug auf Aktien oder Anteile, deren mögliche Einkünfte für einen Abzug von den Gewinnen gemäß den Artikeln 202 § 1 und 203 in Betracht kommen *und die während eines ununterbrochenen Zeitraums von mindestens einem Jahr in Volleigentum waren*, verwirklicht oder bei Verteilung des Gesellschaftsvermögens einer aufgelösten Gesellschaft festgestellt werden ».

B.1.2. Ergänzt durch den ebenfalls angefochtenen Artikel 147 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 (kursiv gedruckter Teil), bestimmt Artikel 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992:

« Werbungskosten umfassen nicht:

[...]

7. Wertminderungen und Minderwerte auf Aktien oder Anteile, ausschließlich der Minderwerte, die anlässlich der Gesamtverteilung des Gesellschaftsvermögens einer Gesellschaft bis höchstens zum Verlust des eingezahlten Kapitals, das durch diese Aktien oder Anteile vertreten wird, gebucht werden, *[und der Wertminderungen und Minderwerte auf Aktien oder Anteile, die zum Handelsportfolio gehören wie in Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des Königlichen Erlasses vom 23. September 1992 über den Jahresabschluss von Kreditinstituten, Investmentgesellschaften und Verwaltungsgesellschaften von Organismen für gemeinsame Anlagen erwähnt ».*

Artikel 35ter § 1 des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 über den Jahresabschluss von Kreditinstituten, Investmentgesellschaften und Verwaltungsgesellschaften von Organismen für gemeinsame Anlagen (nachstehend: königlicher Erlass vom 23. September 1992), auf den in der angefochtenen Bestimmung Bezug genommen wird, bestimmt:

« Wertpapiere, die keine Finanzanlagen sind, werden auf der Grundlage des Unterschieds, ob sie zum Handelsportfolio oder zum Anlageportfolio gehören, und nach den Vorschriften der nachstehenden Paragraphen bewertet. Sie werden zu dem auf diese Weise bestimmten Wert in die Bilanz aufgenommen, unbeschadet der Zuordnung von Wertminderungen in Anwendung anderer Bestimmungen dieses Erlasses.

Zur Anwendung dieses Artikels ist zu verstehen:

a) unter Wertpapieren, die zum Handelsportfolio gehören, die festverzinslichen und nicht festverzinslichen Wertpapiere, die im Rahmen einer Ausgabe erworben wurden mit dem Ziel, sie bei Dritten anzulegen, sowie die Wertpapiere, die auf andere Weise erworben wurden mit dem Ziel, sie weiterzuverkaufen aus Gründen ihres kurzfristigen Ertrags, normalerweise nicht länger als sechs Monate, und für Wertpapiere mit fester Laufzeit, die kürzer ist als die verbleibende Laufzeit der betreffenden Wertpapiere;

b) unter Wertpapieren, die zum Anlageportfolio gehören, die Wertpapiere, die nicht zum Handelsportfolio gehören und keine Finanzanlagen sind.

Für die Wertpapiere im Sinne dieses Artikels dürfen die Einrichtungen eine Buchungsmethode anwenden, bei der die zusätzlichen Kosten für ihren Erwerb der Ergebnisrechnung des Geschäftsjahres, in dem sie getätigt wurden, zugeordnet werden. Wenn eine solche Methode angewandt wird, wird dies in den Angaben angeführt, die im Anhang gemäß Artikel 15 Absatz 2 dieses Erlasses erteilt werden müssen ».

B.1.3. Artikel 192 § 1 Absätze 4, 5 und 6 des EStGB 1992, eingefügt durch den nicht angefochtenen Artikel 146 Nr. 2 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012, bestimmt:

« Die in Absatz 1 vorgesehene Steuerbefreiung ist nicht auf Unternehmen anwendbar, auf die der Königliche Erlass vom 23. September 1992 über den Jahresabschluss von Kreditinstituten, Investmentgesellschaften und Verwaltungsgesellschaften von Organismen für gemeinsame Anlagen anwendbar ist, für Geschäfte mit Wertpapieren, die zum Handelsportfolio gehören wie in Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) desselben Erlasses erwähnt.

Für die in vorhergehendem Absatz erwähnten Unternehmen gelten interne Übertragungen von Aktien oder Anteilen aus dem oder in das Handelsportfolio als Veräußerung. Aufgezeichnete, aber nicht verwirklichte Mehrwerte und latente Mehrwerte auf diese Aktien oder Anteile gelten als Gewinne des Besteuerungszeitraums, in dem diese Aktien oder Anteile das Handelsportfolio verlassen. Im Gegensatz dazu gelten aufgezeichnete, aber nicht verwirklichte Mehrwerte und latente Mehrwerte auf diese Aktien oder Anteile als steuerfreie Gewinne des Besteuerungszeitraums, in dem diese Aktien oder Anteile Teil des Handelsportfolios werden, wenn das Unternehmen sie bereits seit mindestens einem Jahr gehalten hat, oder als steuerpflichtige Gewinne, wenn das Unternehmen sie noch kein Jahr gehalten hat.

Für die Berechnung des Mehrwertes, der aufgrund der Absätze 4 und 5 steuerpflichtig ist, gilt der am 31. Dezember 2011 festgelegte Wert der Aktien oder Anteile als der Anschaffungs- oder Investitionswert abzüglich der vorher zugelassenen Wertminderungen, wenn die betreffenden Aktien oder Anteile am 31. Dezember 2011 schon in der Buchhaltung der Gesellschaft ausgewiesen sind ».

Artikel 198 des EStGB 1992, ergänzt durch den nicht angefochtenen Artikel 147 Nr. 3 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012, bestimmt ferner:

«Für die Anwendung von Absatz 1 Nr. 7 gelten in Bezug auf die in Artikel 192 § 1 Absatz 4 erwähnten Unternehmen interne Übertragungen von Aktien oder Anteilen aus dem oder in das Handelsportfolio als Veräußerung. Wertminderungen auf diese Aktien oder Anteile gelten als abzugsfähige Ausgaben des Besteuerungszeitraums, in dem diese Aktien oder Anteile das Handelsportfolio verlassen. Im Gegensatz dazu gelten Wertminderungen auf diese Aktien oder Anteile als nicht abzugsfähige Ausgaben des Besteuerungszeitraums, in dem diese Aktien oder Anteile gemäß Artikel 198 Absatz 1 Nr. 7 Teil des Handelsportfolios werden.

Für die Berechnung der Wertminderung in Anwendung von Absatz 3 gilt der am 31. Dezember 2011 festgelegte Wert der Aktien oder Anteile als der Anschaffungs- oder Investitionswert abzüglich der vorher zugelassenen Wertminderungen, wenn die betreffenden Aktien oder Anteile am 31. Dezember 2011 schon in der Buchhaltung der Gesellschaft ausgewiesen sind.

[...] ».

Zur Hauptsache

In Bezug auf den ersten Klagegrund

B.2. In einem ersten Klagegrund führen die klagenden Parteien einen Verstoß gegen die Artikel 10, 11 und 172 der Verfassung durch Artikel 147 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 in Verbindung mit dessen Artikel 146 Nr. 1 an.

B.3. Die Artikel 10 und 11 der Verfassung gewährleisten den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung. Artikel 172 der Verfassung stellt eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes in Steuersachen dar.

B.4. Es obliegt dem Gesetzgeber, die Besteuerungsgrundlage festzulegen. Er verfügt diesbezüglich über einen breiten Ermessensspielraum.

Steuermaßnahmen bilden nämlich einen wesentlichen Teil der Wirtschafts- und Sozialpolitik. Sie sichern nicht nur zu einem wesentlichen Teil die Einkünfte, die die Verwirklichung dieser Politik ermöglichen; sie bieten dem Gesetzgeber auch die Möglichkeit, Lenkungs- und Korrekturmaßnahmen zu ergreifen und auf diese Weise die Sozial- und Wirtschaftspolitik zu gestalten.

Die gesellschaftlichen Entscheidungen, die bei der Erhebung und der Verwendung von Mitteln getroffen werden, gehören daher zur Ermessensfreiheit des Gesetzgebers.

Wenn anlässlich dieser Entscheidung ein Behandlungsunterschied entsteht, im vorliegenden Fall insbesondere hinsichtlich der Modalitäten bezüglich einer Steuerbefreiung von auf Aktien oder Anteile verwirklichten Mehrwerten und des Abzugs von Wertminderungen und Minderwerten auf Aktien oder Anteile als Werbungskosten in der Gesellschaftssteuer, muss der Gerichtshof jedoch prüfen, ob dieser Behandlungsunterschied auf einer vernünftigen Rechtfertigung beruht.

B.5. Artikel 192 § 1 Absatz 1 des EStGB 1992, ergänzt durch den angefochtenen Artikel 146 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012, macht die Möglichkeit der Steuerbefreiung der auf Aktien oder Anteile erzielten Mehrwerte in der Gesellschaftssteuer von dem zusätzlichen Erfordernis abhängig, dass es sich um Aktien oder Anteile handeln muss, die die betreffende steuerpflichtige Gesellschaft wenigstens ein Jahr ununterbrochen in Volleigentum gehalten hat.

Artikel 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992 schließt grundsätzlich Wertminderungen und Minderwerte auf Aktien oder Anteile von der Möglichkeit des Abzugs als Werbungskosten in der Gesellschaftssteuer aus. Aufgrund des ebenfalls angefochtenen Artikels 147 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 sind jedoch die Wertminderungen und Minderwerte auf die Aktien oder Anteile, die zum Handelsportfolio im Sinne von Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 gehören, abzugsfähig.

B.6. Die klagenden Parteien führen an, die steuerliche Abzugsfähigkeit von Wertminderungen und Minderwerten auf Aktien oder Anteile werde ohne vernünftige Rechtfertigung auf Aktien oder Anteile begrenzt, die zu einem Handelsportfolio im Sinne von Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 gehörten, während andererseits die steuerliche Befreiung von Mehrwerten auf Aktien oder Anteile begrenzt werde auf Aktien oder Anteile, die wenigstens ein Jahr ununterbrochen in Volleigentum gehalten worden seien.

In einem zweiten Teil des Klagegrunds fügen sie hinzu, dass die Maßnahme unverhältnismäßige Folgen habe für professionellen Aktien- oder Anteilehändler wie sie, die nicht zum Anwendungsbereich des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 gehörten.

B.7.1. Einerseits wollte der Gesetzgeber Investitionen in Aktien oder Anteile mit einem höheren Risiko als Investitionen in festverzinsliche Werte weiterhin unterstützen, indem er die steuerliche Befreiung von auf Aktien oder Anteilen erzielten Mehrwerten in der Gesellschaftssteuer aufrechterhielt, doch er hat sich dafür entschieden, keine Befreiung mehr für Mehrwerte auf Aktien oder Anteile, die erworben wurden im Hinblick auf die Erzielung eines kurzfristigen Gewinns, zu gewähren wegen der spekulativen Beschaffenheit solcher Transaktionen (*Parl. Dok.*, Kammer, 2011-2012, DOC 53-2081/001, SS. 85-86).

Indem er auf der Grundlage dessen, ob die Aktien oder Anteile während eines Zeitraums von einem Jahr in vollem Eigentum gehalten wurden oder nicht, unterschieden hat, hat der Gesetzgeber ein objektives Kriterium angewandt, das für diese Zielsetzung relevant ist.

Mehrwerte, die auf Aktien oder Anteile erzielt werden, die weniger als ein Jahr im Eigentum einer Gesellschaft gehalten wurden, werden fortan zu einem besonderen Steuersatz von 25 Prozent besteuert (Artikel 217 Nr. 2 des EStGB 1992, wieder aufgenommen durch Artikel 149 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012). Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber auf diese Weise eine unverhältnismäßige Maßnahme ergriffen hätte. Im Übrigen werden Mehrwerte auf Aktien oder Anteile, die nicht befreit sind, weil die Einkünfte dieser Aktien oder Anteile nicht die Bedingungen erfüllen, um für den Abzug als definitiv besteuerte Einkünfte angerechnet zu werden, zum normalen Gesellschaftssteuersatz besteuert (Artikel 215 des EStGB 1992).

B.7.2. Andererseits hat der Gesetzgeber mit dem ebenfalls angefochtenen Artikel 147 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 eine neue Ausnahme zu dem prinzipiellen Ausschluss der Möglichkeit, Wertminderungen und Minderwerte auf Aktien oder Anteile als Werbungskosten abzuziehen, eingeführt (Artikel 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992).

Aufgrund der angefochtenen Bestimmung können Wertminderungen und Minderwerte auf Aktien oder Anteile dennoch abgezogen werden, wenn es sich um die Aktien oder Anteile handelt, die « zum Handelsportfolio gehören wie in Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des Königlichen Erlasses vom 23. September 1992 [...] erwähnt », auf den in dem abgeänderten Artikel 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992 Bezug genommen wird.

B.8.1. Diese Regelung beruht auf dem Willen des Gesetzgebers, die Situation der « Tradinggesellschaften » zu berücksichtigen. Für diese Gesellschaften bilden die Aktien oder Anteile in ihrem Handelsportfolio den Bestand, mit dem sie ihre Tätigkeiten hauptsächlich ausüben. Der Fortbestand ihrer Tätigkeiten würde gefährdet durch die Kombination von einerseits der grundsätzlichen Nichtabzugsfähigkeit von Wertminderungen und Minderwerten (ehemaliger Artikel 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992) mit andererseits der Besteuerung der Mehrwerte auf Aktien oder Anteile, die nicht ein Jahr lang Eigentum der Gesellschaft sind (Artikel 192 § 1 des EStGB 1992, ergänzt durch Artikel 146 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012) (*Parl. Dok.*, Kammer, 2011-2012, DOC 53-2081/001, SS. 88-90).

In den Vorarbeiten wurde insbesondere erklärt:

« Angesichts ihrer spezifischen Funktion und ihres Gesellschaftszwecks unterliegen die Kreditinstitute, Investmentgesellschaften und Verwaltungsgesellschaften von Organismen für gemeinsame Anlagen besonderen Regeln für die Kontrolle und die Jahresabschlüsse.

Diese besonderen Merkmale haben es auf Seiten dieser Art von Unternehmen gerechtfertigt, dass Aktien oder Anteile, die zum Handelsportfolio gehören, und nur solche Aktien oder Anteile, einer Abweichung vom allgemeinen Steuerrecht unterliegen, sowohl hinsichtlich der Regelung der Mehrwerte als hinsichtlich der Minderwerte und Wertminderungen.

Andernfalls würde die neue Bedingung des Besitzes während eines ununterbrochenen Zeitraums von mindestens einem Jahr in Volleigentum auf Seiten dieser Finanzhändler Folgen mit sich bringen, die nicht mit einem Teil ihres Kerngeschäfts vereinbar wären, das darin besteht, Finanzaktiva zu vermitteln als Bestandteil ihrer kaufmännischen Tätigkeit.

Der Besitz von Aktien oder Anteilen während eines Zeitraums von mindestens einem Jahr ist in der Tat nicht gebräuchlich im Rahmen der Verwaltung eines Handelsportfolios im Sinne von Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 über den Jahresabschluss dieser Einrichtungen, denn die Anwendung der Bedingung des Besitzes, selbst wenn es nur für ein Jahr ist, hätte zu einer ständigen, nahezu automatischen Besteuerung der Mehrwerte auf diese Anteile oder Aktien geführt, während der Abzug von Wertminderungen und Minderwerten auf Aktien oder Anteile, die zu demselben Portfolio gehören, zum gleichen Zeitpunkt systematisch abgelehnt würde als nicht absetzbare Ausgaben in Anwendung von Artikel 198 Absatz 1 Nr. 7 des EStGB 1992.

Die Spezifität des Sektors und die spezifischen Vorschriften, die für diese Gesellschaften gelten, rechtfertigen also eine außergewöhnliche steuerliche Behandlung. Andernfalls ist die Anwendung gemeinsamer Regeln auf Mehrwerte, so wie sie durch diesen Entwurf geändert werden und in Bezug auf korrelative Wertminderungen und Minderwerte, mit Folgen für diesen Sektor wirtschaftlich nicht dauerhaft haltbar » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2011-2012, DOC 53-2081/001, S. 90).

Die spezifische Regelung für die « Tradinggesellschaften » besteht darin, dass sie einerseits zum normalen Gesellschaftssteuersatz auf die auf Aktien oder Anteile erzielten Mehrwerte besteuert werden, jedoch andererseits die Wertminderungen und Minderwerte als Werbungskosten abziehen können.

B.8.2. Um auf steuerlicher Ebene der spezifischen Situation der « Tradinggesellschaften » Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber zwischen den Aktien oder Anteilen, « die zum Handelsportfolio gehören », und anderen Wertpapieren unterschieden.

Für die erstere Kategorie von Aktien oder Anteilen hat er auf Artikel 35^{ter} § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 verwiesen, in dem diese Aktien oder Anteile als die « festverzinslichen und nicht festverzinslichen Wertpapiere, die im Rahmen einer Ausgabe erworben wurden mit dem Ziel, sie bei Dritten anzulegen, sowie die Wertpapiere, die auf andere Weise erworben wurden mit dem Ziel, sie weiterzuverkaufen aus Gründen ihres kurzfristigen Ertrags, normalerweise nicht länger als sechs Monate, und für Wertpapiere mit fester Laufzeit, die kürzer ist als die verbleibende Laufzeit der betreffenden Wertpapiere » beschrieben sind.

Durch diese Bezugnahme hat der Gesetzgeber auf objektive Weise die « Aktien oder Anteile im Bestand » der professionellen Aktien- oder Anteilehändler definiert und von den eigenen Finanzanlagen und den Wertpapieren, die zum Anlageportfolio gehören, unterschieden. Um Missbräuchen vorzubeugen, hat er auch vorgeschrieben, dass « interne Übertragungen von Aktien oder Anteilen aus dem oder in das Handelsportfolio als Veräußerung [gelten] » (Artikel 192 § 1 Absätze 4 und 5 des EStGB 1992, ergänzt durch Artikel 146 Nr. 2 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012, sowie Artikel 198 Absatz 3 des EStGB 1992, ergänzt durch Artikel 147 Nr. 3 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012).

Durch die Bezugnahme auf Artikel 35^{ter} § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 hat der Gesetzgeber ein Kriterium angewandt, das auch relevant ist im Lichte des angestrebten Ziels und mit dem die spezifische Situation der Gesellschaften, deren Kerntätigkeit darin besteht, mit solchen Aktien oder Anteilen « im Bestand » zu handeln, berücksichtigt wird.

Im Übrigen bezieht sich dieses Kriterium nur auf die Möglichkeit, die Wertminderungen und Minderwerte als Werbungskosten abzuziehen, und ist es das Gegenstück zur Steuerbarkeit der Mehrwerte.

B.9. Die klagenden Parteien, die sich insbesondere auf ihre Eigenschaft als « Market-Maker » berufen, führen an, dass sie nicht für die spezifische Regelung für die « Tradinggesellschaften » in Frage kämen, weil sie nicht dem königlichen Erlass vom 23. September 1992 unterlägen.

B.10.1. Bei der spezifischen Regelung für die « Tradinggesellschaften » muss die Verbindung berücksichtigt werden, die der Gesetzgeber zwischen einerseits der Möglichkeit zum Abzug der Wertminderungen und Minderwerte auf Aktien oder Anteile im Handelsportfolio als Werbungskosten und andererseits der Besteuerung der auf solche Aktien oder Anteile erzielten Mehrwerte zum normalen Gesellschaftssteuersatz schaffen wollte. Außerdem hat der Gesetzgeber die Regelung auf die Unternehmen beschränken wollen, die « angesichts ihrer spezifischen Funktion und ihres Gesellschaftszwecks [...] besonderen Regeln für die Kontrolle und die Jahresabschlüsse [unterliegen] » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2011-2012, DOC 53-2081/001, S. 90).

Aus der Verbindung der Artikel 192 und 198 des EStGB 1992 in der durch das Programmgesetz (I) vom 29. März 2012 abgeänderten Fassung ist - wie in den Vorarbeiten dazu bestätigt wurde - zu schlussfolgern, dass die « Tradinggesellschaften » nur diejenigen sind, auf die der königliche Erlass vom 23. September 1992 Anwendung findet. Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) dieses königlichen Erlasses kann nicht aus seinem Kontext herausgenommen werden, zumal in diesem königlichen Erlass auch spezifisch vorgeschrieben wird, wie die betreffenden Einrichtungen ihre Bücher führen und ihre Aktien oder Anteile bewerten müssen.

Obwohl die klagenden Parteien nicht ausdrücklich die Nichtigkeitsklärung der Artikel 146 Nr. 2 und 147 Nr. 3 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 beantragen, können deren Bestimmungen nicht getrennt von den wohl angefochtenen Bestimmungen betrachtet werden, die damit ein untrennbares Ganzes bilden. Die klagenden Parteien führen nämlich gerade an, dass sie diskriminiert würden, indem sie nicht diesem königlichen Erlass vom 23. September 1992 unterlägen.

B.10.2. Aufgrund seines Artikels 1 findet dieser königliche Erlass Anwendung auf:

« 1. die Kreditinstitute im Sinne von Artikel 1 des Gesetzes vom 22. März 1993 über den Status und die Kontrolle der Kreditinstitute, unter Ausschluss der Einrichtungen im Sinne von Artikel 2 § 1 des Gesetzes;

2. die Investmentgesellschaften im Sinne von Artikel 44 des Gesetzes vom 6. April 1995 über den Status und die Kontrolle von Investmentgesellschaften, unter Ausschluss der Einrichtungen im Sinne von Artikel 45 des Gesetzes;

3. die Verwaltungsgesellschaften von Organismen für gemeinsame Anlagen im Sinne von Artikel 138 des Gesetzes vom 20. Juli 2004 über bestimmte Formen der gemeinsamen Portfolioverwaltung ».

Aufgrund von Artikel 44 des Gesetzes vom 6. April 1995 über den Status und die Kontrolle von Investmentgesellschaften (nachstehend: Gesetz vom 6. April 1995) gelten die Bestimmungen von dessen Buch II (« Status und Kontrolle von Investmentgesellschaften ») für die Investmentgesellschaften « belgischen Rechts, die im Rahmen ihrer üblichen gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringen oder anbieten und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausüben, sowie für die Unternehmen ausländischen Rechts, die diese gewerbliche Tätigkeit in Belgien ausüben », jedoch « unbeschadet der in Artikel 45 angeführten Ausnahmen ».

Artikel 45 § 1 Nr. 5 des Gesetzes vom 6. April 1995 schließt vom Anwendungsbereich von Buch II aus: « Personen, deren Wertpapierdienstleistung oder Anlagetätigkeit nur im Handel für eigene Rechnung besteht, sofern sie keine Market-Maker oder systematische Internalisierer sind ». In dieser Bestimmung, die durch Artikel 35 des durch das Gesetz vom 8. Juni 2008 bestätigten königlichen Erlasses vom 27. April 2007 zur Umsetzung der europäischen Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente eingefügt wurde, wird die Definition des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, mit der verschiedene vorherige Richtlinien abgeändert und aufgehoben wurden (nachstehend: Richtlinie Nr. 2004/39/EG), übernommen:

« Artikel 2 - Ausnahmen

(1) Diese Richtlinie gilt nicht für

[...]

d) Personen, deren Wertpapierdienstleistung oder Anlagetätigkeit nur im Handel für eigene Rechnung besteht, sofern sie keine Market-maker sind [...] ».

Daraus ergibt sich, dass Market-Maker dem Anwendungsbereich des Gesetzes vom 6. April 1995 und des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 unterliegen.

In Artikel 46 Nr. 16 des Gesetzes vom 6. April 1995, ersetzt durch Artikel 37 des königlichen Erlasses vom 27. April 2007, wird der « Market-Maker » definiert als « eine Person, die an den Finanzmärkten auf kontinuierlicher Basis ihre Bereitschaft anzeigt, durch den An- und Verkauf von Finanzinstrumenten unter Einsatz des eigenen Kapitals Handel für eigene Rechnung zu von ihr gestellten Kursen zu betreiben ». Diese Definition beruht auf der gleichen Definition in Artikel 4 Absatz 1 Nummer 8 der Richtlinie Nr. 2004/39/EG.

Insofern die klagenden Parteien sich auf die Eigenschaft als Market-Maker in dem Sinn, die ihm aufgrund der europarechtlichen und nationalrechtlichen Definition verliehen wird, berufen, könnten sie die Abzugsfähigkeit als Werbungskosten in der Gesellschaftssteuer für die Wertminderungen und Minderwerte auf die Anteile und Aktien, die zum Handelsportfolio gehören wie in Artikel 35ter § 1 Absatz 2 Buchstabe a) des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 erwähnt, in Anspruch nehmen, wenn sie sich auch im Übrigen an die Bestimmungen dieses Gesetzes und dieses königlichen Erlasses halten.

So betrachtet beruht ihre Beschwerde auf einem falschen Ausgangspunkt und ist der Klagegrund aus diesem Grund unbegründet.

B.10.3. In ihren Ergänzungsschriftsätzen führen die klagenden Parteien an, dass sie aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes vom 6. April 1995 ausgeschlossen würden aufgrund von Artikel 46 Nr. 16 beziehungsweise Artikel 45 § 1 Nr. 13 dieses Gesetzes. Sie unterlägen aus diesem Grund ebenfalls nicht dem königlichen Erlass vom 23. September 1992.

Die erste klagende Partei führt insbesondere an, dass sie kein Market-Maker im Sinne von Artikel 46 Nr. 16 des Gesetzes vom 6. April 1995 sei, weil sie nicht « auf kontinuierlicher Basis » ihre Bereitschaft anzeige, unter Einsatz des eigenen Kapitals Handel für eigene Rechnung zu betreiben.

Die zweite klagende Partei führt an, dass sie ein « Market-Maker in Derivaten » sei, und verweist auf Artikel 45 § 1 Nr. 13 des Gesetzes vom 6. April 1995, in dem vom Anwendungsbereich von Buch II des Gesetzes vom 6. April 1995 die « Firmen, deren Wertpapierdienstleistung und/oder Anlagetätigkeit ausschließlich darin besteht, für eigene Rechnung auf Finanztermin- oder Optionsmärkten oder sonstigen Derivatemärkten und auf Märkten in zugrunde liegenden Finanzinstrumenten tätig zu werden [...] » ausgeschlossen würden.

Der Gesetzgeber hat die spezifische Regelung für die « Tradinggesellschaften » einer objektiv definierten Kategorie von professionellen Aktien- oder Anteilehändlern vorbehalten

wollen, die ihre Tätigkeit in einem ganz bestimmten Rechtsrahmen entfalten, insbesondere hinsichtlich ihrer Buchhaltung und Kontrolle.

Dem Gesetzgeber kann vernünftigerweise nicht vorgeworfen werden, dass er Unternehmen wie die klagenden Parteien, die erklären, wegen ihrer spezifischen Situation weder dem Gesetz vom 6. April 1995 noch dem königlichen Erlass vom 23. September 1992 zu unterliegen, nicht in die von ihm ins Auge gefasste Regelung bezüglich der Abzugsfähigkeit von Wertminderungen und Minderwerten auf Aktien oder Anteile in der Gesellschaftssteuer aufgenommen habe.

Der Gesetzgeber konnte nämlich die spezifische Regelung für « Tradinggesellschaften » den Unternehmen vorbehalten, die unter der Aufsicht der zuständigen belgischen Behörde die buchhalterischen Vorschriften des königlichen Erlasses vom 23. September 1992 einhalten, so dass auch die Regeln für die Buchung und die Bewertung der Mehrwerte und Wertminderungen und Minderwerte objektiv und für alle betroffenen Unternehmen die gleichen sind.

B.10.4. Im Übrigen können auch die somit definierten « Tradinggesellschaften » wohl die Wertminderungen und Minderwerte als Werbungskosten abziehen, aber auf die Mehrwerte, die auf die Aktien oder Anteile erzielt werden, deren Eigentümer sie während weniger als einem Jahr sind, werden sie nicht zum besonderen Steuersatz besteuert (Artikel 217 Nr. 2 des EStGB 1992, wieder aufgenommen durch Artikel 149 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012), sondern zum normalen Gesellschaftssteuersatz (Artikel 215 des EStGB 1992).

Die angefochtenen Bestimmungen entbehren nicht einer vernünftigen Rechtfertigung.

B.11. Der erste Klagegrund ist unbegründet.

In Bezug auf den zweiten Klagegrund

B.12. Die klagenden Parteien führen ebenfalls einen Verstoß gegen die Artikel 10, 11 und 172 der Verfassung durch Artikel 146 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012 in Verbindung mit dessen Artikel 147 Nr. 1 an, da zwischen « Tradinggesellschaften für Aktien oder Anteile » und « Tradinggesellschaften für andere Aktiva » unterschieden werde.

B.13. Es obliegt dem Gesetzgeber, festzulegen, welche Ziele er auf steuerlicher Ebene anstreben möchte. Er verfügt diesbezüglich über eine breite Ermessensbefugnis.

Er konnte im Rahmen dieser Ermessensbefugnis beschließen, Aktien oder Anteile steuerlich anders zu behandeln als andere Aktiva, im vorliegenden Fall bezüglich der Mehrwerte und Wertminderungen und Minderwerte.

In den Vorarbeiten ist im Übrigen angeführt, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die prinzipielle Steuerbefreiung von auf Aktien oder Anteile erzielten Mehrwerten aufrechtzuerhalten, um Investitionen in Aktien oder Anteile mit einem höheren Risiko als Investitionen in festverzinsliche Werte weiterhin zu unterstützen (*Parl. Dok.*, Kammer, 2011-2012, DOC 53-2081/001, S. 85).

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber eine besondere Regelung für die « Tradinggesellschaften » getroffen, deren Aktien oder Anteile in ihrem Handelsportfolio den Bestand bilden, mit dem sie ihre Tätigkeiten hauptsächlich ausüben, und für die eine Kombination der grundsätzlichen Nichtabzugsfähigkeit von Wertminderungen und Minderwerten (ehemaliger Artikel 198 § 1 Nr. 7 des EStGB 1992) mit der Besteuerung der Mehrwerte auf Aktien oder Anteile, die nicht ein Jahr lang Eigentum der Gesellschaft sind (Artikel 192 des EStGB 1992, ergänzt durch Artikel 146 Nr. 1 des Programmgesetzes (I) vom 29. März 2012), den Fortbestand ihrer Tätigkeiten gefährden könnte (*Parl. Dok.*, Kammer, 2011-2012, DOC 53-2081/001, SS. 88-90). Bereits in Bezug auf den ersten Klagegrund hat der Gerichtshof entschieden, dass der Gesetzgeber damit keine diskriminierende Maßnahme ergriffen hat.

B.14. Der zweite Klagegrund ist unbegründet.

In Bezug auf den dritten Klagegrund

B.15. Die klagenden Parteien führen auch einen Verstoß gegen die Artikel 10, 11 und 16 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention an. Sie sind der Auffassung, dass die angefochtenen Bestimmungen insgesamt eine steuerliche Inkohärenz einführen, die unvernünftig sei und auf unverhältnismäßige Weise das Recht auf Achtung ihres Eigentums beeinträchtige.

B.16.1. Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls bietet nicht nur einen Schutz gegen eine Enteignung oder eine Eigentumsentziehung (Absatz 1 Satz 2), sondern auch gegen jeden Eingriff in das Recht auf Achtung des Eigentums (Absatz 1 Satz 1) und gegen jede Regelung der Benutzung des Eigentums (Absatz 2). Da die beiden angeführten Bestimmungen das Eigentumsrecht schützen, bilden die darin enthaltenen Garantien ein untrennbares Ganzes, so

dass der Gerichtshof bei seiner Prüfung anhand von Artikel 16 der Verfassung den umfassenderen Schutz, den Artikel 1 dieses Protokolls bietet, berücksichtigen muss.

B.16.2. Jede Einmischung in das Eigentumsrecht muss ein billiges Gleichgewicht zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses und dem Schutz des Rechtes eines jeden auf Achtung des Eigentums zustande bringen. Es muss ein vernünftiger Zusammenhang der Verhältnismäßigkeit zwischen den angewandten Mitteln und dem angestrebten Ziel bestehen (Entscheide Nr. 33/2007, B.5.3, Nr. 62/2007, B.5.3, Nr. 29/2008, B.12, Nr. 50/2011, B.38, und Nr. 71/2012, B.9.2).

Der Begriff « Allgemeininteresse » ist ein weitgehender Begriff, der, wenn er durch die öffentliche Hand angeführt wird, um eine Einmischung in das Eigentumsrecht zu rechtfertigen, eine gründliche Prüfung von politischen, wirtschaftlichen und sozialen Faktoren erfordert. Da der Gesetzgeber über eine breite Ermessensbefugnis verfügt, um eine Wirtschafts- und Sozialpolitik zu führen, muss der Hof die Weise beachten, auf die er den Erfordernissen des Gemeinnutzes oder des Allgemeininteresses Form verleiht, es sei denn, dass sein Urteil offensichtlich keine vernünftige Grundlage hat (siehe unter anderem EuGHMR, 21. Februar 1986, *James u.a.* gegen Vereinigtes Königreich, §§ 45-46; 19. Dezember 1989, *Mellacher u.a.* gegen Österreich, § 48; 23. November 2000, *ehem. König von Griechenland u.a.* gegen Griechenland, § 87; 20. Juli 2004, *Bäck* gegen Finnland, § 53; 22. Februar 2005, *Hutten-Czapska* gegen Polen, § 166; 30. August 2007, *J.A. Pye (Oxford) Ltd und J.A. Pye (Oxford) Land Ltd* gegen Vereinigtes Königreich, § 71; 19. Juni 2008, *Gauchin* gegen Frankreich, § 60; 29. Januar 2013, *Zolotas* gegen Griechenland, § 44).

B.17. Aus der Prüfung des ersten Klagegrunds ergibt sich, dass die angefochtene Bestimmung einem Ziel des Allgemeininteresses dient und dass die spezifische Regelung für die « Tradinggesellschaften » durch den Gesetzgeber den Gesellschaften vorbehalten werden konnte, die ihre Buchhaltung gemäß dem königlichen Erlass vom 23. September 1992 führen, damit auch die Regeln für die Buchung und Bewertung der Mehrwerte sowie der Wertminderungen und Minderwerte objektiv und für alle betroffenen Unternehmen die gleichen sind.

B.18. Der dritte Klagegrund ist unbegründet.

Aus diesen Gründen:

Der Gerichtshof

weist die Klagen zurück.

Verkündet in niederländischer, französischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, in der öffentlichen Sitzung vom 17. Oktober 2013.

Der Kanzler,

Der Präsident,

F. Meersschant

M. Bossuyt