



Bundesministerium der Finanzen
Wilhelmstr. 97
10117 Berlin

30. Januar 2020

Entwurf des BMF-Schreibens vom 16. Dezember 2019 zu Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung betreffend Spezial-Investmentfonds

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Übersendung des Entwurfs eines Erlasses vom 16. Dezember 2019 zu Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung betreffend Spezial-Investmentfonds.

Generell möchten wir anmerken, dass es sehr denkwürdig ist, dass knapp zwei Jahre benötigt wird, um ein neues Steuergesetz, welches zum 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist, durch ein Anwendungsschreiben im Entwurf – das teils von den ersten von der Finanzverwaltung an anderer Stelle gemachten Ausführungen steuerverschärfend abweicht – von der Finanzverwaltung zu kommentieren. Da wir davon ausgehen, dass dieses Schreiben nicht vor Ende 2020 verabschiedet wird, sehen sich die Marktteilnehmer drei Jahre mit einer **unsicheren Steuerrechtslage** konfrontiert. Dies gebührt einem internationalen Finanz- und Fondsstandort nicht bzw. sendet ein äußerst negatives Signal an die ausländischen Marktteilnehmer und Investoren im Ausland.

Kritische Anmerkungen haben wir insbesondere in Bezug auf die nun sehr restriktive Auslegung der zulässigen Vermögensgegenstände, insbesondere in Bezug auf das Verbot der aktiven Inanspruchnahme der „Schmutzgrenze“ in Rz. 26.16 (s. unsere I.1.) sowie zu der *lex specialis* nach Rz. 26.19 mit Blick auf die Investmentanteile, die nur noch als Anteile an qualifizierten Investmentfonds und nicht mehr als Wertpapiere erwerbbar sein sollen (s. unsere I.2.).

Markus Erb

Verband der Auslandsbanken
Weißfrauenstraße 12-16
60311 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 975850 0
Fax: +49 69 975850 10
markus.erb@vab.de
www.vab.de

Interessenvertretung
ausländischer Banken,
Kapitalverwaltungsgesellschaften,
Finanzdienstleistungsinstitute
und Repräsentanzen

Eingetragen im Transparenzregister
der Europäischen Kommission,
Registrierungsnummer:
95840804-38



Unsere **Anmerkungen im Einzelnen** zum Entwurf eines BMF-Schreibens vom 16. Dezember 2019 haben wir Ihnen unter I. zusammengefasst und bitten dringend um Berücksichtigung, um weitgehende negative Auswirkungen auf den Investmentfondsstandort Deutschland zu vermeiden.

Unter II. folgt eine weitere Anregung zur Anpassung des § 16 Absatz 3 InvStG bzw. eine Bitte zur Klarstellung der **Nichtanwendung des § 17 EStG** auf die Veräußerung von Investmentanteilen nach § 20 Abs.1 Nr. 3 EStG i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 InvStG und § 19 InvStG im BMF-Schreiben.

Abschließend weisen wir unter III. erneut auf die geplante **Änderung des § 7 Abs. 7 AStG** (im Referentenentwurf eines ATADUmsG vom 10. Dezember 2019) hin, und bitten eingehend, die vorgesehene steuerliche Diskriminierung von ausländischen Investmentfonds in Deutschland zu beseitigen.

Für Rückfragen steht Ihnen Herr Erb zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Wagner

Markus Erb

Anlage

Anlage

I. Anmerkungen des VAB zum Erlassentwurf vom 16. Dezember 2019

1. Zu Rz. 26.16 (Schmutzgrenze)

Entgegen der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung in Rz. 26.14 des Entwurfs vom 15. Juni 2018 soll eine aktive Nutzung der Schmutzgrenze gem. § 26 Nr. 4 InvStG nun nicht mehr zulässig sein. Investmentfonds sollen nun unzulässige Vermögensgegenstände nicht länger bewusst und planmäßig dauerhaft halten dürfen. Die Fondsgesellschaften haben mit Bezug auf den Entwurf von 2018 darauf vertraut und auch bewusst andere Vermögensgegenstände erworben bzw. bis heute gehalten. Eine Abkehr von dieser Auffassung wäre nicht gerechtfertigt.

Unschädlich soll vor allem eine passive und unbeabsichtigte kurzfristige Abweichung von den zulässigen Vermögensgegenständen sein. Nach Ansicht der Finanzverwaltung soll im Rahmen der Schmutzgrenze nicht beanstandet werden, wenn höchstens 10 % des Fondsvermögens in anderen Vermögensgegenständen gehalten werden. Als Beispiele werden gewerbliche und gewerblich geprägte Personengesellschaften genannt. Diese Aufzählungen sind u. E. dahingehend zu verstehen, dass bei Erwerb von einer Qualifikation der Personengesellschaft als vermögensverwaltende Personengesellschaft ausgegangen wurde. Daher erfolgte eine „Durchschau“ auf die von der Personengesellschaft gehaltenen Vermögensgegenstände, die als zulässige Vermögensgegenstände i. S. d. § 26 Nr. 4 InvStG qualifizierten. Sofern es nun während der Halteperiode des Investments zu einer Gewerblichkeit der Personengesellschaft kommt (z. B. aufgrund gewerblicher Infizierung), sollte die Beteiligung im Rahmen der Schmutzgrenze gehalten werden können. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Beteiligung aufgrund von vertraglichen Mindesthaltefristen nicht ohne Weiteres durch den Fondsmanager veräußert werden kann.

VORSCHLAG: Wir bitten Rz. 26.16 wie folgt zu ändern: „¹Der Investmentfonds hat sein Vermögen zu mindestens 90 % in Vermögensgegenstände anzulegen, die in § 26 Nummer 4 Buchstabe a bis m InvStG aufgelistet sind. ~~²Daher dürfen Es wird grundsätzlich nicht beanstandet, wenn~~ maximal 10 % des Fondsvermögens (Schmutzgrenze) in anderen Vermögensgegenständen gehalten werden (z. B. in Anteile an gewerblichen oder gewerblich geprägten Personengesellschaften). ³Die „Schmutzgrenze“ dient auch dazu ~~soll dafür sorgen,~~ dass nicht jedwede geringfügige Abweichung von der Anlage in zulässige Vermögensgegenstände einen Verstoß gegen die maßgeblichen Kriterien für einen Investmentfonds begründet. ~~⁴Sie dient aber nicht dazu, dass Investmentfonds bewusst und planmäßig dauerhaft unzulässige Vermögensgegenstände halten.~~ ⁵Die „Schmutzgrenze“ ~~erfasst insbesondere passive und unbeabsichtigte kurzfristige Abweichungen vom Katalog des § 26 Nummer 4 InvStG.“~~

2. Zu Rz. 26.19 (Investmentanteile nur als Anteile an qualifizierten Investmentfonds erwerbbar, nicht jedoch als Wertpapiere - *lex specialis*)

Die Erwerbbarkeit von Investmentanteilen (Anteilen an Investmentfonds) soll nun auf solche beschränkt werden, die die Voraussetzungen nach § 26 Nr. 1 bis 7 InvStG erfüllen, auch wenn die Investmentanteile die Voraussetzungen eines Wertpapiers erfüllen. Der Wertpapierbegriff des § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG wird damit enger definiert als der Wertpapierbegriff des § 193 KAGB (der dem Wertpapierbegriff der OGAW-Richtlinie entspricht). Im Ergebnis ist damit für Spezial-

Investmentfonds nicht einmal der Erwerb von OGAWs in jedem Fall möglich (wie auch in Rz. 26.19 dargestellt). Diese Beschränkung führt zu einer Reihe von **praktischen Umsetzungs- und Abgrenzungsproblemen**, wie folgt:

- a) Wir erachten die zusätzliche Beschränkung für den Erwerb von Anteilen an Investmentfonds, die die Anforderungen an Wertpapiere erfüllen, für unangemessen restriktiv. Während Anteile an geschlossenen Fonds (etwa geschlossene Investmentvermögen nach KAGB in der Rechtsform einer Investmentkommanditgesellschaft), die die Anforderungen an Wertpapiere der OGAW-Richtlinie erfüllen (§ 193 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KAGB), jedoch keine Investmentfonds sind, erworben werden dürfen, soll ein Erwerb für Investmentanteile, die die Wertpapieranforderungen erfüllen, ausgeschlossen sein. Offene Investmentvermögen liegen mit ihren aufsichtsrechtlichen Anforderungen nie unter den Anforderungen für geschlossene Fonds, üblicherweise jedoch darüber und damit auch näher an den Kriterien des Katalogs des § 26 Nr. 1 bis 7 InvStG. Vor diesem Hintergrund ist es nicht plausibel, weshalb die Regelung des § 26 Nr. 4 Buchst. h InvStG als *lex specialis* zu § 26 Nr. 4 Buchst. a gelten soll. Die Anwendungskonkurrenz zwischen den Buchstabe a und h sollte vielmehr so gesehen werden, dass alternativ ein Erwerb nach Buchstabe a oder h möglich ist.

VORSCHLAG: Folgende Formulierung sollte in die Rz. 26.19 mit aufgenommen werden: „Als Wertpapier ausgestaltete Investmentanteile können alternativ auch nach § 26 Nummer 4 Buchstabe a InvStG erworben werden, auch wenn die Voraussetzungen der Nummer 1 bis 7 nicht erfüllt sind.“

- b) Spezial-Investmentfonds erwerben sehr häufig Anteile an Ziel-Investmentfonds. Dieses dient u. a. dazu, das Portfoliomanagement effizienter zu gestalten und damit die Kosten für den Anleger zu reduzieren. Insbesondere ausländische Regionen oder bestimmte Anlagestrategien lassen sich einfacher durch Zielfonds abdecken, als wenn hier die Spezial-Investmentfonds-Kapitalverwaltungsgesellschaft selber Expertise aufbauen würde. Eine Überprüfung der Erwerbbarkeit von Investmentanteilen kann sinnvollerweise nur anhand der Anlagebedingungen erfolgen. Die Anlagebedingungen ausländischer OGAWs richten sich nach der OGAW-Richtlinie ggf. wurde zusätzlich noch eine Mindestquote für Kapitalbeteiligungen festgelegt. Es ist nicht zu erwarten, dass ausländische OGAWs zusätzlich die Anforderungen des § 26 Nr. 1 bis 7 InvStG in die Anlagebedingungen aufnehmen und diese Anforderungen überwachen. Im Ergebnis dürften **ausländische OGAWs vielfach für Spezial-Investmentfonds nicht mehr erwerbbar** sein. Abgesehen von der **Diskriminierung** ausländischer Investmentfonds würde sich dieses auch sehr nachteilig auf die Anlagemöglichkeiten deutscher Spezial-Investmentfonds auswirken. Auch der Gesetzeswortlaut in § 26 Nr. 4 Buchst. h ist u. E. so auszulegen, dass die zusätzlichen Voraussetzungen der Nr. 1 bis 7 nur für in- und ausländische Investmentfonds gelten, die keine OGAWs sind.

Wir schlagen daher vor, sofern unserer Anregung unter a) nicht gefolgt wird, die Bezugnahme auf OGAWs im Zusammenhang mit den Voraussetzungen nach § 26 Nr. 1 bis 7 InvStG zu streichen und folgende Ergänzung vorzunehmen:

VORSCHLAG: Folgende Formulierung sollte (alternativ zu a) in die Rz. 26.19 mit aufgenommen werden: „Für OGAWs ist eine Prüfung der Voraussetzungen nach § 26 Nummer 1 bis 7 InvStG nicht vorzunehmen.“

- c) Die Erweiterung des Begriffs des Investmentfonds in § 1 Abs. 2 S. 2 über den aufsichtsrechtlichen Begriff des Investmentvermögens hinaus führt zu einer Reihe bislang ungeklärter Abgrenzungsprobleme. Im Ergebnis werden teilweise auch Aktien, die die Anforderungen der OGAW-Richtlinie an ein Wertpapier erfüllen und an einer Börse gehandelt werden, als Investmentfonds „im Zweifel“ klassifiziert. Zu nennen sind hier insbesondere ausländische Unternehmensbeteiligungsgesellschaften oder ausländische REITs. Da bei ausländischen REITs unklar ist, welche die Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 REITG erfüllen, werden diese in der Praxis als „Investmentfonds im Zweifel“ klassifiziert. Da diese Investmentfonds oder deren Verwalter allerdings üblicherweise keiner Aufsicht über Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage unterstellt sind (§ 26 Nr. 1 InvStG), wäre ein Erwerb für Spezial-Investmentfonds ausgeschlossen. Wir gehen nicht davon aus, dass dies der Intention des Gesetzgebers entspricht. Wir schlagen daher – wenn unserer Anregung unter a) nicht gefolgt wird – folgende Ergänzung vor:

VORSCHLAG: Folgende Formulierung sollte (alternativ zu a) in die Rz. 26.19 mit aufgenommen werden: „Investmentanteile können als Wertpapier nach Buchstabe a erworben werden, wenn diese zum Handel an einer Börse zugelassen oder auf einem organisierten Markt notiert sind.“

Redaktionelle Anmerkung: In der Rz. 26.19 sollte in der Überschrift und im Text „§ 26 Nummer 4 Buchstabe g“ in „Buchstaben h“ abgeändert werden. Buchstabe g betrifft die Betriebsvorrichtungen, Buchstabe h die Investmentanteile.

3. Zu Rz. 26.28 (Beteiligung natürlicher Personen an Spezial-Investmentfonds)

Wir begrüßen die Erleichterungen bei der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung (über eine Personengesellschaft) von natürlichen Personen an einem Spezial-Investmentfonds. So soll ein Überschreiten der zulässigen Anlegerzahl von 100 Anlegern unschädlich sein, soweit diese Überschreitung aufgrund eines Erbfalls oder durch eine vorweggenommene Erbfolge (z. B. Schenkung) verursacht wurde. Voraussetzung ist jedoch, dass die zulässige Anlegerzahl innerhalb von drei Jahren wiederhergestellt wird.

4. Zu Rzn. 30.4 ff. (Unwiderruflichkeit und Einheitlichkeit der Ausübung der Transparenzoption)

Gem. § 30 Abs. 1 und 5 InvStG entfällt die Körperschaftsteuerpflicht für die inländischen Beteiligungseinnahmen (insbesondere Dividenden) und sonstigen, einem Steuerabzug unterliegenden Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds, wenn dieser gegenüber dem Entrichtungspflichtigen unwiderruflich erklärt, dass den Anlegern des Spezial-Investmentfonds Steuerbescheinigungen gem. § 45a Abs. 2 EStG ausgestellt werden sollen (Transparenzoption).

Bisher war unklar, ob die Unwiderruflichkeit der Erklärung den Spezial-Investmentfonds nur für ein Geschäftsjahr oder dauerhaft bindet und ob die Erklärung gegenüber allen Entrichtungspflichtigen einheitlich abgegeben werden muss.

Nach dem Entwurf vom 16. Dezember 2019 soll die ausgeübte Transparenzoption ab ihrer erstmaligen Ausübung zeitlich unbeschränkt für sämtliche Geschäftsjahre des Spezial-Investmentfonds gelten und den Spezial-Investmentfonds somit dauerhaft binden (Rz. 30.4 i. V. m. Rz. 30.12

des Entwurfs vom 16. Dezember 2019). Ferner kann die Transparenzoption nur einheitlich für sämtliche Einkünfte i. S. d. § 30 InvStG und gegenüber allen Anlegern ausgeübt werden (Rzn. 30.5 f. des Entwurf vom 16. Dezember 2019). Dementsprechend kann die Transparenzoption auch nur einheitlich gegenüber allen Entrichtungspflichtigen ausgeübt werden. Ist eine Erklärung gegenüber einem Entrichtungspflichtigen erfolgt, entfaltet diese Wirkung für sämtliche anderen Entrichtungspflichtigen (Rz. 30.11 des Entwurfs vom 16. Dezember 2019).

Es soll jedoch nicht beanstandet werden, wenn eine vor (finaler) Veröffentlichung des Erlasses ausgeübte Transparenzoption mit Wirkung ab dem Jahr 2021 widerrufen wird. Dies setzt jedoch voraus, dass dem Spezial-Investmentfonds im Jahr 2021 noch keine inländischen, dem Steuerabzug unterliegenden Einkünfte zugeflossen sind (Rz. 30.4 des Entwurfs vom 16. Dezember 2019).

Der Entwurf vom 16. Dezember 2019 enthält keine Regelungen für die Erhebungsoption und die Immobilien-Transparenzoption i. S. d. § 33 InvStG. Es wird lediglich klargestellt, dass die Optionen nach § 33 InvStG unabhängig von denen nach § 30 InvStG ausgeübt werden können (Rz. 30.7 des Entwurfs vom 16. Dezember 2019).

VORSCHLAG: Es sollten klarstellende Regelungen zur Erhebungsoption und Immobilien-Transparenzoption i. S. d. § 33 InvStG mit aufgenommen werden.

5. Zu. Rzn. 30.22 und 42.10 (Eingeschränkte Anwendung des § 8b KStG bei ausgeübter Transparenzoption i. S. d. § 30 InvStG und für Zwecke des § 42 InvStG)

Wurde die Transparenzoption durch den Spezial-Investmentfonds ausgeübt, ist die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG auf die zugerechneten Beteiligungseinnahmen bei bestimmten Anlegern anwendbar, soweit es sich um Gewinnausschüttungen einer Gesellschaft i. S. d. § 26 Nr. 6 S. 2 InvStG (z. B. Immobilien-Gesellschaft) handelt und die auf die Spezial-Investmentanteile des Anlegers rechnerisch entfallende Beteiligung am Kapital der Gesellschaft die Voraussetzungen für eine Freistellung nach § 8b KStG erfüllt (§ 30 Abs. 2 InvStG).

Nach herrschender Meinung kommt es nur auf die durchgerechnete Beteiligungshöhe von 10 % gem. § 8b Abs. 4 KStG an, nicht jedoch darauf, dass diese zu Beginn des Kalenderjahres bestanden hat. Das Entwurfsschreiben geht allerdings davon aus, dass auch diese zeitliche Komponente erfüllt sein muss, da es sich um einen Rechtsgrundverweis handeln soll. Somit müssen alle Voraussetzungen des § 8b Abs. 4 KStG erfüllt sein (Rz. 30.22 des Entwurfs vom 16. Dezember 2019). Sofern ein Anleger unterjährig eine Beteiligung am Spezial-Investmentfonds i. H. v. mind. 10 % erwirbt, sollte jedoch die Rückwirkungsfiktion des § 8b Abs. 4 S. 6 KStG gelten und somit die Steuerbefreiung auf Anlegerebene zur Anwendung kommen.

Folgewirkung hat diese Auffassung zudem bei der Steuerfreistellung insbesondere von ausländischen Dividenden gem. § 42 Abs. 2 InvStG. Nachdem die Freistellung unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 InvStG gewährt wird, müsste auch hier die Beteiligung zu Beginn des Kalenderjahres vorhanden sein (Rz. 42.10 des Entwurfs vom 16. Dezember 2019).

VORSCHLAG: Rz. 30.22 sollte wie folgt geändert werden: „¹§ 30 Absatz 2 InvStG begrenzt die Anwendung der Steuerbefreiung des § 8b KStG auf die den Anlegern zugerechneten und dem Steuerabzug unterliegenden Beteiligungseinnahmen i. S. v. § 6 Absatz 3 InvStG. ²Dem

körperschaftsteuerpflichtigen Anleger zugerechnete, inländische Beteiligungseinnahmen können danach nur dann als (steuerfreie) Bezüge im Sinne des § 8b Absatz 1 i. V. m. Absatz 4 KStG behandelt werden, wenn es sich

- es sich um Gewinnausschüttungen aus Gesellschaften im Sinne des § 26 Nummer 6 Satz 2 InvStG (Immobilien-Gesellschaften, „ÖPP-Gesellschaften“ und Gesellschaften zur Erzeugung Erneuerbarer Energie) handelt und
- der auf den Anleger entfallende Teil der Beteiligung des Spezial-Investmentfonds am Kapital der ausschüttenden Gesellschaft die 10-Prozent Schwelle des § 8b Absatz 4 Satz 1 KStG erreicht. Die 10-Prozent Schwelle für die Beteiligung des Anlegers an den vorgenannten Gesellschaften ist „durchgerechnet“ zu ermitteln ~~und muss zum Beginn des Kalenderjahres erreicht sein. Mittelbar oder unmittelbar direkt gehaltene Beteiligungen sind nicht hinzuzurechnen. Bei dem Verweis auf § 8b KStG handelt es sich um einen Rechtsgrundverweis. Die Voraussetzungen von § 8b Absatz 4 KStG müssen daher vollständig auf Ebene des jeweiligen Anlegers erfüllt sein.“~~

6. Zu Rz. 32.2 (Haftungsregelung für den Entrichtungspflichtigen)

Aus der Haftungsregelung für den Entrichtungspflichtigen nach § 32 Abs. 1 InvStG wird abgeleitet, dass der Entrichtungspflichtige zu berücksichtigen hat, ob die Voraussetzungen der Mindesthaltungsdauer nach § 36a Abs. 2 EStG erfüllt sind. Die Regelungen in Rz. 8.31 sollen analog angewendet werden.

Der Verweis auf Rz. 8.31 passt im Zusammenhang mit der Ausübung der Transparenzoption u. E. allerdings nicht. Rz. 8.31 bezieht sich auf den Antrag des Investmentfonds auf Steuerbefreiung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen. Die Antragstellung setzt voraus, dass die Mindesthaltungsdauer nach § 36a Abs. 2 EStG bereits erreicht ist (Rz. 8.30). Bei Ausübung der Transparenzoption steht die Einhaltung der Mindesthaltungsdauer allerdings ggf. erst nach Zufluss der inländischen Beteiligungseinnahme an den Anleger fest. Diesbezüglich kann mithin keine Prüfungspflicht des Entrichtungspflichtigen bestehen. Werden die Voraussetzungen der Mindesthaltungsdauer nicht eingehalten, ist vielmehr der Anleger verpflichtet, dieses gegenüber seinem zuständigen Finanzamt anzuzeigen (§ 31 Abs. 3 S. 2 InvStG).

VORSCHLAG: Rz. 32.2 Satz 2 und 3 sollte gestrichen werden: ~~„²Bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine Abstandnahme vom Steuerabzug hat der Entrichtungspflichtige unter anderem zu berücksichtigen, ob der Spezial-Investmentfonds die Voraussetzungen der Mindesthaltungsdauer nach § 36a Absatz 2 EStG erfüllt.³Die Regelungen in Rz. 8.31 sind entsprechend anzuwenden.“~~

7. Zu 35.47 (Zurechnung von Werbungskosten)

Bei der Ermittlung der Erträge sind grundsätzlich auch die Werbungskosten des Spezialfonds entsprechend der Rz. 35.40 taggenau zu berücksichtigen.

Unklar bleibt, wie mit investmentrechtlich gebildeten Abgrenzungen umzugehen ist. Abgrenzungen werden gebildet, um rechtlich noch nicht entstandene Kosten dennoch im täglichen Fondspreis berücksichtigen zu können. Die sich aus Kostenabgrenzungen ergebenden Kosten sind noch nicht rechtssicher ermittelbar. Bei entsprechender Anwendung von Rz. 35.44 wären diese daher noch nicht den einzelnen Anlegern zuzurechnen. Allerdings sind diese schon im Fondspreis enthalten und werden mithin von den einzelnen Anlegern schon getragen. Dieses spricht dafür, dass auch Kostenabgrenzungen bereits besitzanteilig zugerechnet werden.

VORSCHLAG: Folgender neue Satz 4 sollte nach Rz. 35.47 Satz 3 angefügt werden: „4Abgegrenzte Kosten, die sich auf den Fondspreis ausgewirkt haben, sind in die besitzanteilige Aufteilung der Kosten einzubeziehen.“

8. Zu Rz. 35.50 (Spezial-Investmentfonds mit nur einem Anleger)

Bei Spezial-Investmentfonds mit nur einem Anleger wird es nicht beanstandet, wenn keine tranchenbezogene Ermittlung für zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgegebene Spezial-Investmentanteile erfolgt. Bei Spezial-Investmentfonds mit mehreren Anlegern hingegen ist keine tranchenbezogene Ermittlung erforderlich (Rz. 35.42). Es erschließt sich uns nicht, warum nur beim Ein-Anleger-Fonds eine Nichtbeanstandungsregelung gewährt wird.

VORSCHLAG: Rz. 35.50 sollte wie folgt geändert werden: „Bei Spezial-Investmentfonds mit nur einem Anleger ~~wird die Finanzverwaltung aus Vereinfachungsgründen grundsätzlich nicht beanstanden, wenn der Spezial-Investmentfonds für zu unterschiedliche Zeitpunkten ausgegebene Spezial-Investmentanteile keine besitzanteilige Zurechnung vornimmt~~ ist für zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgegebene Spezial-Investmentanteile keine tranchenbezogene Ermittlung erforderlich. Dies gilt nicht, wenn der Verzicht auf besitzanteilige Zurechnung zweckgerichtet für steuermindernde Effekte beim Anleger eingesetzt wird (Steuersparmodell).“

9. Zu Rz. 35.52 (Besitzanteilige Zurechnung)

Es wird von der Finanzverwaltung nicht beanstandet, wenn für zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgegebene Spezial-Investmentanteile keine besitzanteilige Zurechnung vorgenommen wird und ausschließlich Anleger beteiligt sind, bei denen sämtliche Einkünfte steuerfrei i. S. d. § 44a Abs. 7 S. 1 EStG sind.

Die Formulierung ist u. E. nicht eindeutig: Gemeint ist, dass bei steuerbefreiten Anlegern keine anteilige Zurechnung der Einkünfte auf die einzelnen Anleger vorzunehmen ist. Dieses gilt auch dann, wenn sämtliche Anteile zu einem einheitlichen Zeitpunkt ausgegeben worden sind.

Dieses sollte auch für den Fall gelten, wenn nur teilweise steuerbefreite Anleger (§ 44a Abs. 4 S. 1 EStG) oder gleichzeitig voll steuerbefreite und teilweise steuerbefreite Anleger beteiligt sind. Teilweise steuerbefreite Anleger nach § 44a Abs. 4 S. 1 EStG sind solche, bei denen ausschließlich Kapitalerträge i. S. d. § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 3 und 7a EStG einem Steuerabzug in Höhe von drei Fünfteln unterliegen. Erzielt ein Spezialfonds diese Erträge, erfolgt die Besteuerung bereits auf der Fondseingangsseite. Bezüglich der übrigen Ertragsarten gibt es keinen Unterschied zwischen voll und teilweise steuerbefreiten Anlegern. Es besteht also kein Grund, in diesem Fall eine

besitzanteilige Zurechnung von Erträgen vorzunehmen. Auch wenn die Transparenzoption ausgeübt wird, gilt analoges.

VORSCHLAG: Rz. 35.52 sollte wie folgt geändert werden: „¹Weiterhin wird es die Finanzverwaltung aus Vereinfachungsgründen grundsätzlich nicht beanstanden, wenn der Spezial-Investmentfonds für zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgegebene Spezial-Investmentanteile keine besitzanteilige Zurechnung vornimmt, ~~wenn an dem Spezial-Investmentfonds ausschließlich Anleger beteiligt sind, bei denen sämtliche Einkünfte steuerfrei sind (Anleger i. S. d. § 44a Absatz 7 Satz 1 EStG).~~ ²Sofern ein nicht steuerbefreiter Anleger oder ein nur teilweise steuerbefreiter Anleger (Anleger i. S. d. § 44a Absatz 4 Satz 1 EStG) hinzukommt oder ein Anleger seine Steuerbefreiung verliert, behält es sich die Finanzverwaltung vor, dass die für die Besteuerung der nicht steuerbefreiten Anleger erforderlichen Werte rückwirkend ermittelt werden müssen.“

10. Zu Rz. 36.7 (Qualifikation der Erträge für Zwecke der Anlegerbesteuerung bei mehrstufigen Spezial-Investmentfonds-Strukturen)

Nach dem Entwurf eines BMF-Schreibens vom 16. Dezember 2019 behalten ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, die ein Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Anlage in Ziel-Spezial-Investmentfonds erzielt, für Zwecke der Anlegerbesteuerung des Dach-Spezial-Investmentfonds ihren ursprünglichen Ertragscharakter bei. Dies soll auch in mehr als zweistufigen Dach-Ziel-Spezial-Investmentfonds-Konstruktionen gelten (Rz. 36.7 des Entwurfs eines BMF-Schreibens vom 16. Dezember 2019).

Wir weisen darauf hin, dass diese Auffassung Auswirkungen insbesondere für Zwecke der Zinsschranke nach § 46 InvStG bzw. der Steuerfreistellungen nach §§ 42 und 43 InvStG auf Anlegerebene hat.

11. Zu Rz. 36.8 (Ausgeschüttete außerordentliche Gewinne eines Ziel-Spezialfonds)

Ausgeschüttete außerordentliche Gewinne eines Ziel-Spezialfonds können nicht durch den Dachfonds steuerfrei thesauriert werden. Vielmehr handelt es sich um ausschüttungsgleiche Erträge, die § 8b KStG unterliegen, und bei Thesaurierung auch aus dem Aktiengewinn herauszurechnen sind.

VORSCHLAG: Rz. 36.8 sollte wie folgt angepasst werden: „~~Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge i. S. d. § 36 Abs. 2 InvStG, die ein Ziel-Spezial-Investmentfonds an einen Dach-Spezial-Investmentfonds ausschüttet, können auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds nicht steuerfrei thesauriert werden, da die Erträge nach § 20 Absatz 1 Nummer 3a EStG nicht zu den steuerfrei thesaurierbaren Ertragsarten des § 36 Abs. 2 InvStG gehören (vgl. Gesetzesbegründung zu § 36 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 InvStG, BT-Drs. 18/8045 S. 105).~~ Vielmehr gehören sie bei Thesaurierung durch den Dach-Spezial-Investmentfonds zu den ausschüttungsgleichen Erträgen des Dach-Spezial-Investmentfonds. Dagegen können nach § 36 Absatz 2 Nummer 3 InvStG Gewinne, die ein Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Anteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds erzielt, steuerfrei thesauriert werden (siehe Rz. 36.16). Ausgeschüttete außerordentliche Gewinne eines Ziel-Spezialfonds

können nicht durch den Dachfonds steuerfrei thesauriert werden. Vielmehr handelt es sich um ausschüttungsgleiche Erträge, die § 8b KStG unterliegen, und bei Thesaurierung auch aus dem Aktiengewinn herauszurechnen sind.

12. Zu Rzn. 36.31 f. (Performance-Index)

Bei einem Index-Swap ohne feste oder variable Zinszahlungen auf einen Rentenindex, in den auch Zinszahlungen einfließen (Performance-Index), sollen die in den Index eingerechneten Zinszahlungen als Zinssurrogat behandelt werden und damit in die ausschüttungsgleichen Erträge einfließen.

Eine analoge Vorgehensweise soll auch für den Dividendenanteil bei einem Swap auf einen Aktien-Performance-Index gelten. Die geplante Vorgehensweise erinnert an das US-amerikanische Besteuerungskonzept der Section 871(m) IRC, das vorsieht, Quellensteuer auf dividendenähnliche Erträge aus derivativen Finanzinstrumenten mit einer US-Aktie als Basiswert zu erfassen. Eine solche Regelung wäre allerdings ein Fremdkörper im deutschen Ertragsteuerrecht. Für andere Derivate wie Zertifikate oder Futures und Optionen ist ebenfalls kein Herausrechnen des Zins- bzw. Dividendenanteils vorgesehen. Auch praktisch scheint eine Umsetzung kaum möglich.

VORSCHLAG: Rz. 36.32 sollte wie folgt gefasst werden: „¹Sofern der getauschte Zahlungsstrom keine feste oder variable Zinszahlung ist, sind die getauschten Zahlungsströme aber es sich um einen Aktienindex handelt, in den auch Dividendenzahlungen einfließen (sog. Performanceindex), sind die gezahlten oder erhaltenen Differenzbeträge in einen Dividenden- und einen Wertentwicklungsanteil aufzuteilen.²Aufteilungsmaßstab ist der Umfang der in der Swap-Periode in den Performance-Aktienindex eingeflossenen Dividendenzahlungen im Verhältnis zur Wertentwicklung der Aktien.³Der auf die Dividenden entfallende Anteil ist als Dividendensurrogat zu berücksichtigen und nach § 36 Absatz 2 Nummer 2 Halbsatz 2 InvStG nicht steuerfrei thesaurierbar.“

13. Zu Rz. 36.38 (Zufluss von ausschüttungsgleichen Erträgen)

Es dürfte in Rz. 36.38 der Fall gemeint sein, dass ein Anleger sämtliche seiner Spezial-Investmentanteile vor Ablauf des Geschäftsjahres veräußert. Es sollte jedoch klargestellt werden, wie mit dem – praktisch relevanteren – Fall der Teilveräußerung umzugehen ist. Wird für jede Teilveräußerung von Fondsanteilen ein steuerlicher Zufluss zum Zeitpunkt der Veräußerung angenommen, wäre das mit einem sehr hohen Aufwand für die Kapitalverwaltungsgesellschaft verbunden. Es reicht nicht aus, die laufenden Erträge festzustellen, sondern es wäre gleichzeitig eine Verlustverrechnung nach § 41 Abs. 1 und 2 InvStG vorzunehmen und die Verlustvorträge wären entsprechend zu kürzen. Eine solche Berechnung müsste vor jeder Anteilrückgabe vorgenommen werden. Auf Grund der hohen Komplexität der Berechnung würde das insbesondere kleine und mittlere Kapitalverwaltungsgesellschaften vor erhebliche Schwierigkeiten stellen. Da sich der Wortlaut der Formulierung in Rz. 36.38 nur auf den Fall einer vollständigen Anteilrückgabe bezieht, bitten wir um eine entsprechende Ergänzung.

VORSCHLAG: In Rz. 36.38 sollte nach Satz 2 folgender neue Satz 3 angefügt werden: „³Veräußert ein Anleger einen Teil seiner Spezial-Investmentanteile vor Ablauf des Geschäftsjahres, wird es

nicht beanstandet, wenn von einem Zufluss der ausschüttungsgleichen Erträge mit Ablauf des Geschäftsjahres ausgegangen wird.

14. Zu Rz. 36.46 (Zuflussfiktion)

Die 15-jährige Veräußerungsfrist beginnt mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem die betreffenden Einnahmen zugeflossen sind. Die Kürzungsregelung betrifft nach dem Wortlaut mithin nur den Fall der Veräußerung nach Ablauf des Geschäftsjahres. Die Rückgabe von Anteilen während des Geschäftsjahres ist mithin nicht durch Rz. 36.46 gedeckt.

VORSCHLAG: In Rz. 36.46 sollte der folgende neue Satz 2 nach dem ersten Satz mitaufgenommen werden: „Veräußert ein Anleger seine Spezial-Investmentanteile vor Ablauf des Geschäftsjahres, verringern sich anteilig die Erträge, die einer steuerfreien Thesaurierung zugeführt werden können.“

15. Zu Rz. 36.47 (Beispiel zur Zuflussfiktion)

Gemäß § 36 Abs. 5 InvStG gelten die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge als zugeflossen, soweit sie die Verluste der Vorjahre übersteigen. Mithin ist erst die Verlustverrechnung vorzunehmen und lediglich der danach verbleibende Ertrag gilt als zugeflossen.

Redaktionelle Anregung: Die Bezeichnung der 4. Spalte „als zugeflossen geltende Erträge“ sollte in „als zugeflossen geltende Erträge, vor Verlustverrechnung“ geändert werden.

16. Zu Rz. 36.48 (keine besitzzeitanteilige Zurechnung)

Es besteht u. E. ein Widerspruch zu Rz. 35.45, nach der realisierte Veräußerungsgewinne nach dem jeweils im Realisationszeitpunkt vorhandenen Beteiligungsverhältnis zugerechnet werden sollen. Wie das Beispiel in Rz. 35.45 zeigt, ist die steuerliche Zusammensetzung der Ausschüttung nicht einheitlich für sämtliche Anleger. Während für einen Anleger Veräußerungsgewinne als ausgeschüttet gelten, muss dieses für einen anderen Anleger nicht der Fall sein.

Beispiel 1:

Am 01.01. erwirbt Anleger A einen Fondsanteil S zu 1.000. S kauft eine Aktie zu 1.000. Am 01.02. erfolgt eine Ausschüttung von 100 aus der Aktie. Auf Grund der Ausschüttung erhöht sich der Wert von S auf 1.100. Am 01.03. erwirbt B einen Fondsanteil S zu 1.100. S hält die zugeflossenen Mittel in Bankguthaben. Am 01.09. veräußert S die Aktie zu 1.300 (Veräußerungsgewinn: 300). Am 31.12. beschließt S eine Ausschüttung von 100 je Anteil. Da die Dividende allein A zuzurechnen ist, gilt diese steuerlich für die Ausschüttung verwendet. Für B hingegen gilt ein Veräußerungsgewinn als verwendet. Werden Veräußerungsgewinn ausgeschüttet, ist mithin eine besitzanteilige Zurechnung von Veräußerungsgewinnen vorzunehmen. Die besitzanteilige Zurechnung von Veräußerungsgewinnen ist zudem vor der Ausschüttung vorzunehmen, da sich erst hieraus die Zusammensetzung der Ausschüttung ergibt, wie folgendes Beispiel 2 zeigt:

Beispiel 2:

Beispiel 1 wird wie folgt abgeändert: B erwirbt die Fondsanteile erst am 01.10. Im Zeitraum, in dem B an S beteiligt war, hat S keine Einnahmen erzielt. Die für die Ausschüttung verwendeten Erträge entfallen auf Zeiträume, in denen B nicht an S beteiligt war. Gemäß § 35 Abs. 6 InvStG gelten insoweit Substanzbeträge als verwendet.

Aus § 35 Abs. 6 InvStG folgt, dass eine besitzanteilige Zuordnung auch von steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen vorzunehmen ist, um ermitteln zu können, ob Substanzbeträge als ausgeschüttet gelten. Wird § 36 Abs. 5 S. 2 InvStG so interpretiert, dass aus der Nichtanwendung von § 36 Abs. 4 folgt, dass die Erträge nach § 36 Abs. 5 S. 1 InvStG nach den Beteiligungsverhältnissen zum Ende des Geschäftsjahres (GJ), in dem die 15-jährige Thesaurierungsfrist abläuft, den einzelnen Anlegern zuzurechnen sind, kann sich folgende Konstellation ergeben: In Beispiel 1 hatte S aus der Veräußerung der Aktie einen Veräußerungsgewinn von 300 erzielt. Der Veräußerungsgewinn war in einem Zeitraum erzielt worden, in dem A und B jeweils mit einem Anteil an S beteiligt waren. Für die Ausschüttung galt für B daher ein Veräußerungsgewinn in Höhe von 100 als verwendet. Der Restbetrag von 200 wurde von S steuerfrei thesauriert. Mit Ablauf des 15. Geschäftsjahres nach dem Geschäftsjahr der Vereinnahmung gilt der Ertrag als ausschüttungsgleicher Ertrag und den Anlegern als zugeflossen. Da Anleger A und B jeweils einen Anteil an S halten, gelten nach der dargestellten Systematik beiden Anlegern jeweils 100 ausschüttungsgleicher Ertrag als zugeflossen. Über sämtliche Perioden wurde der Veräußerungsgewinn mithin A in Höhe von 100 (ausschüttungsgleicher Ertrag nach Ablauf des 15. GJ) und B in Höhe von 200 (Ausschüttung und ausschüttungsgleicher Ertrag nach Ablauf des 15. GJ) zugeordnet. Aus wirtschaftlicher Sicht liegt eine Benachteiligung von B vor. Ein Ausgleich ergibt sich erst bei einer späteren Veräußerung durch Minderung des Veräußerungsgewinns. Dieses führt im Ergebnis dazu, dass Investmentfonds mit hohen steuerfrei thesaurierten Kapitalerträgen für den Beitritt neuer Anleger unattraktiv werden.

Es besteht zudem ein Widerspruch zur Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns. In den Fonds-Aktiengewinn sind nach § 48 Abs. 3 S. 1 InvStG Gewinne und unrealisierte Wertänderungen aus Wertpapieren mit Begünstigung nach § 8b Abs. 1 KStG einzubeziehen (Rz. 48.59). Der Fonds-Aktiengewinn wird anlegerspezifisch ermittelt, so dass dieses eine besitzanteilige Zuordnung der einzelnen Komponenten einschließlich realisierten Gewinnen auf die Anleger erfordert.

Aus dem Wortlaut des § 36 Abs. 5 S. 2 InvStG ist nicht zwingend abzuleiten, dass die besitzanteilige Zuordnung steuerfrei thesaurierbarer Kapitalerträge nach den Beteiligungsverhältnissen nach Ablauf des 15. GJ vorzunehmen ist. Aus § 36 Abs. 5 S. 2 InvStG ergibt sich lediglich das Fehlen einer Regelung für die Zuordnung der steuerfrei thesaurierbaren Veräußerungsgewinne.

17. Zu Rz. 36.49 (keine besitzzeitanteilige Zurechnung)

Substanzbeträge i. S. d. § 35 Abs. 6 InvStG betreffen ausschließlich Ausschüttungen, niemals ausschüttungsgleiche Erträge. Die Aussage, dass es nicht zu einem Zufluss von Substanzbeträgen im Fall von § 36 Abs. 5 InvStG kommt, resultiert daher nicht aus § 36 Abs. 5 S. 2 InvStG, sondern daraus, dass sich § 35 Abs. 6 InvStG ausschließlich auf Ausschüttungen bezieht.

VORSCHLAG: Rz. 36.49 Satz 1 sollte wie folgt geändert werden: „¹War ein zum Zeitpunkt des Zuflusses nach § 36 Absatz 5 Satz 1 InvStG als ausschüttungsgleicher Ertrag beteiligter Anleger zum Zeitpunkt der Vereinnahmung der zugrunde liegenden steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge noch nicht am Spezial-Investmentfonds beteiligt, kommt es für ihn aufgrund von § 36 Absatz 5 Satz 2 InvStG mangels Anwendbarkeit des § 36 Absatz 4 Satz 1 InvStG zu einer Besteuerung als ausschüttungsgleicher Ertrag gemäß § 36 Absatz 5 i. V. m. Absatz 1 InvStG ~~und nicht zum Zufluss von Substanzbeträgen i. S. d. § 35 Absatz 6 InvStG.~~“

18. Zu Rz. 37.4 (Zulässigkeit der Verrechnung innerhalb der Ertragskategorien)

Wir sind der Auffassung, dass für Zwecke der Einkünfteermittlung eine Verrechnung innerhalb der Ertragskategorien unabhängig von dem Ausweis in der Anlage FI/FB-InvSt-EK stattfinden sollte.

Nach § 37 S. 1 InvStG sind die Einkünfte als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu berechnen (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG) und nach der steuerlichen Auswirkung beim Anleger zu gliedern. Es dürfen folglich sämtliche Ertragsarten zusammengefasst werden, die beim Anleger dieselbe steuerliche Wirkung haben. Zu diesem Zweck hat die Finanzverwaltung im Rahmen der Mitteilung der Erklärungsvordrucke die Ertragskategorien vorgegeben (vgl. Anlage 1 zum BMF-Schreiben vom 15. Mai 2018). Hieraus wird deutlich, dass innerhalb einer Ertragskategorie auch Erträge und Aufwendungen miteinander verrechnet werden müssen. Eine weitere Einschränkung der Verlustverrechnung innerhalb der Ertragskategorien (auf nicht mit Quellensteuer belastete, mit anrechenbarer Quellensteuer belastete und mit fiktiver Quellensteuer belastete Einkünfte) würde anderenfalls dazu führen, dass z. B. inländische Zinserträge nicht mit ausländischen quellensteuerbelasteten Zinserträgen verrechnet werden könnten. Die steuerliche Auswirkung ist jedoch unabhängig von einer eventuellen Quellensteuerbelastung zu beurteilen, da die Quellensteuer lediglich eine Abzugssteuer darstellt, welche gegebenenfalls auf die deutsche Steuerlast anrechenbar ist.

Das von der Finanzverwaltung zitierte BMF-Schreiben vom 1. November 2010 bezüglich Anrechnung und Abzug ausländischer Steuern stellt u. E. lediglich klar, dass zum Zwecke der Ermittlung der Bemessungsgrundlagen für anrechenbare Quellensteuern eine weitere Aufgliederung der Ertragskategorien notwendig ist (vgl. Rz. 2.a). Auch das in diesem BMF-Schreiben dargestellte Beispiel bezieht sich **ausschließlich** auf die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für anrechenbare Quellensteuern.

Im Ergebnis sehen wir eine weitere Aufteilung der Ertragskategorien für Zwecke der Einkünfteermittlung im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut des § 37 S. 1 InvStG. Darüber hinaus würde sich eine solche Aufteilung stets nachteilig für den Anleger auswirken.

VORSCHLAG: Rz. 37.4 sollte wie folgt ergänzt werden: „Für Zwecke der Einkünfteermittlung kann eine Verrechnung innerhalb der Ertragskategorien, unabhängig von dem Ausweis in der Anlage FI-EK bzw. FB-InvSt-EK zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 51 InvStG, stattfinden.“

19. Zu Rz. 37.6 neu (Gliederung der Einkünfte)

Wir bitten um eine Ergänzung der Darstellung der Ertragskategorien. Im Entwurf eines BMF-Schreibens vom 15. Mai 2018 war in Anlage 1 eine Gliederung der einzelnen Ertragskategorien enthalten. Wir regen an, diese Gliederung wieder aufzunehmen.

VORSCHLÄGE:

- Es sollte eine neue Rz. 37.6 eingefügt werden, die die Darstellung der Ertragskategorien gem. Entwurf eines BMF-Schreibens vom 15. Mai 2018 enthält:

„Ausgehend von den steuerlichen Wirkungen beim Anleger sind die Einkünfte und die nicht ausgeglichenen negativen Erträge entsprechend der Liste in Anlage I zu gliedern, sofern keine weitere Zusammenfassung von Ertragsarten möglich ist.“

- Da sich Zuordnungsprobleme bei der Liste der Ertragskategorie im Entwurf eines BMF-Schreibens vom 15. Mai 2018 ergeben, erscheinen uns weitere Erläuterungen zu den einzelnen Ertragskategorien wie folgt sinnvoll:

„Kategorie 1:

Enthalten sind auch ausländische Immobilienerträge, sofern diese nicht nach § 43 Absatz 1 InvStG i. V. m. einem DBA steuerbefreit sind sowie inländische Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die vor dem 1. Januar 2018 angeschafft worden sind, und die mehr als zehn Jahre gehalten wurden, mit den vor dem 1. Januar 2018 eingetretenen Wertveränderungen.“

- Wir bitten eine neue Kategorie 6a einzufügen:

„Kategorie 6a:

Vom Spezial-Investmentfonds versteuerte inländische Immobilienerträge i. S. d. § 6 Absatz 4 InvStG und sonstige inländische Einkünfte i. S. d. § 6 Absatz 6 InvStG mit Steuerabzug nach § 33 Absatz 2 Satz 1 und 2 InvStG“

- Hierzu sollten die folgenden Erläuterungen mit aufgenommen werden:

„Ein Dach-Spezial-Investmentfonds erzielt bei Ausübung der Erhebungsoption durch den Ziel-Spezial-Investmentfonds zwar inländische Immobilienerträge, die Besteuerung erfolgt allerdings durch Vornahme eines Steuerabzugs durch den Ziel-Spezial-Investmentfonds. Eine Verrechnung dieser inländischen Immobilienerträge mit nicht ausgeglichen inländischen Immobilienerträgen, die vom Dach-Spezial-Investmentfonds originär erzielt wurden, ist damit ausgeschlossen. Analoges gilt für sonstige inländische Einkünfte i. S. d. § 6 Absatz 6 InvStG, bei denen die Körperschaftsteuer durch den Steuerabzug auf der Fondseingangsseite abgegolten ist.“

20. Zu Rz. 38.2 (Dividenden)

Dividenden gelten bereits am Tag des Dividendenabschlags als zugeflossen, da die Entstehung des Dividendenanspruchs und der Bewertungskurs der Aktien in einem untrennbaren Verhältnis stehen. Dieses gilt allerdings ebenfalls für Anteile an Investmentfonds, Genussscheine und ähnliche Papiere sowie flat-gehandelte Forderungspapiere.

VORSCHLAG: Wir bitten nach Satz 5 folgenden neuen Satz 6 in Rz. 38.2 mit aufzunehmen: „6Ausschüttungen oder Auszahlungen anderer Wertpapiere, bei denen ein vergleichbares Verhältnis zwischen Entstehen des Ertragsanspruchs und Bewertungskurs besteht, gelten ebenfalls am Tag des Ertragsabschlags als zugeflossen.“

21. Zu Rz. 39.13 (Verlustvorträge)

Die dargestellte Behandlung der Verlustvorträge steht u. E. im Widerspruch zum Beispiel in Rz. 36.47. Gemäß Beispiel in Rz. 36.47 wird der Netto-Veräußerungsverlust eines Jahres vorgetragen und kommt erst zur Verrechnung in dem Jahr, in dem steuerfrei thesaurierbare Veräußerungsgewinne gem. § 36 Abs. 5 InvStG als ausschüttungsgleicher Ertrag als zugeflossen gelten. Das Beispiel sieht insbesondere nicht vor, dass Verlustvorträge sogleich von einem positiven Saldo der Einnahmen im folgenden Veranlagungszeitraum abzuziehen sind. Der im Beispiel in Rz. 36.47 dargestellte Verlustverrechnungsmechanismus führt dazu, dass auch ein Verlustrücktrag möglich wird.

Beispiel:

Im Geschäftsjahr des Fonds entsteht ein Veräußerungsgewinn von 100, im Geschäftsjahr 2 ein Veräußerungsverlust von 50. Im Jahr 16 fließt der Veräußerungsgewinn aus Jahr 1 zu, gemindert um den Veräußerungsverlust aus Geschäftsjahr 2.

Bei den Einnahmen i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG handelt es sich um steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge (§ 36 Abs. 2 InvStG) und Verlustvorträge (Rz. 39.10) sind entsprechend der Rz. 36.44 zu verrechnen.

VORSCHLAG: Rz. 39.13 sollte wie folgt angepasst werden: „~~1Die Verlustvorträge (Rz 39.10) sind in den folgenden Veranlagungszeiträumen von einem positiven Saldo der~~ Bei den Einnahmen i. S. d. § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EStG in Abzug zu bringen handelt es sich um steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge (§ 36 Absatz 2 InvStG). ~~2Ein Verlustrückvortrag kommt nicht in Betracht (Rz. 39.10) ist entsprechend Rz. 36.44 zu verrechnen.~~“

22. Zu Rz. 40.24 (Aufteilung von Allgemeinkosten auf laufende Einnahmen)

Es sollte ergänzt werden, dass für Vorjahre festgestellte Unterschiedsbeträge von Ziel-Investmentfonds, die in aktueller Rechnung zu berücksichtigen sind, nicht als Einnahmen für die Aufteilung von Allgemeinkosten gelten. Haben Spezial-Investmentfonds vor dem 1. Januar 2018 Anteile an Ziel-Investmentfonds gehalten, sind für diese Ziel-Investmentfonds rückwirkend festgestellten Unterschiedsbeträge vom Spezial-Investmentfonds mit Veröffentlichung im

Bundesanzeiger zu berücksichtigen. Da sich zwischenzeitlich die Anlagestrategie des Spezial-Investmentfonds geändert hat und sich die Erträge des Ziel-Investmentfonds auch auf andere Ertragskategorien verteilen als im aktuellen Geschäftsjahr, würde eine Einbeziehung der Unterschiedsbeträge in die Einnahmen dazu führen, dass im folgenden Geschäftsjahr auch Allgemeinkosten Ertragskategorien zugeordnet werden, in denen keine Erträge mehr anfallen. Im Ergebnis entstünden Verlustvorträge, die vom Spezialfonds nicht mehr verwertet werden könnten.

VORSCHLAG: In Rz. 40.24 sollte nach Satz 1 folgender neue Satz 2 angefügt werden: „²Unterschiedsbeträge von Ziel-Investmentfonds für zurückliegende Jahre bleiben bei den Einnahmen außer Ansatz.“

23. Zu Rz. 40.30 (Aufteilungsschlüssel)

§ 40 Abs. 3 S. 3 InvStG wird auf Grund der Formulierung „sämtliche Salden der laufenden Einnahmen oder sonstigen Gewinne“ teilweise so ausgelegt, dass auch in dem Fall, in dem sämtliche Salden der laufenden Gewinne negativ sind, es bei den sonstigen Gewinnen positive Salden gibt, eine hälftige Zuordnung der Allgemeinkosten zu den laufenden Einnahmen und den sonstigen Gewinnen vorzunehmen ist. Eine solche Interpretation widerspricht jedoch Rz. 40.1, nach dem die Regelungen nach § 3 Abs. 3 S. 3 bis 9 InvStG 2004 grundsätzlich fortgelten und lediglich die Regelungen des § 40 Abs. 4 InvStG von den bis Ende 2017 geltenden Vorschriften abweichen. § 3 Abs. 3 S. 9 InvStG 2004 sah bei dem Fehlen positiver Salden auf beiden Seiten eine jeweils hälftige Zuordnung der Werbungskosten zu den laufenden Einnahmen und den sonstigen Gewinnen vor. Dass die alte Regelung fort gilt, sollte durch eine eindeutige Formulierung bestätigt werden.

VORSCHLAG: Rz. 40.30 sollte wie folgt geändert werden: „Nur soweit im vorangegangenen Geschäftsjahr sämtliche Salden der laufenden Einnahmen ~~oder~~ und sonstigen Gewinne negativ waren, erfolgt die Zuordnung der Allgemeinkosten auf dieser Ebene jeweils hälftig zu den laufenden Einnahmen sowie zu den sonstigen Gewinnen des laufenden Geschäftsjahres (§ 40 Absatz 3 Satz 3 InvStG).“

24. Zu Rz. 40.35 (Zuordnung der Allgemeinkosten)

Die Formulierung in § 40 Abs. 4 InvStG ist ungenau, so dass hier eine Präzisierung erfolgen sollte. Gemeint sind in S. 1 nicht einzelne negative Einnahmen oder negative Gewinne innerhalb einer Ertragskategorie, sondern Ertragskategorien mit einem negativen Saldo insgesamt (s. hierzu Beispiel in Rz. 40.36).

VORSCHLAG: Rz. 40.35 sollte wie folgt geändert werden: „¹Wenn eine Ertragskategorie einzelne Einnahmen oder Gewinne der Ertragskategorien i. S. d. § 37 InvStG im vorangegangenen Geschäftsjahr einen negativen Saldo hatte nicht positiv waren, wird diesen Einnahmen oder Gewinnen vor der Zuordnung jeweils der Anteil der Allgemeinkosten zugeordnet, der bei einer Aufteilung zu gleichen Teilen auf alle vorhandenen Kategorien rechnerisch auf die einzelne negative Kategorie entfällt (§ 40 Absatz 4 Satz 3 InvStG). ²Ist ein Saldo Null, dann ist er als positiver Saldo anzusehen. ³~~Sofern eine Ertragskategorie im vorangegangenen Geschäftsjahr~~

~~einen negativen Saldo hatte, erfolgt bei dieser Ertragskategorie für das laufende Geschäftsjahr keine Zuordnung von Allgemeinkosten nach § 40 Absatz 4 Satz 3 InvStG. ⁴Die danach (...).~~

25. Zu Rz. 40.36 (Beispiel zur Zuordnung der Allgemeinkosten)

Das Beispiel in Rz. 40.36 weckt den Eindruck, als handle es sich bei Stillhalterprämien i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG um eine eigene Ertragskategorie. Bei Stillhalterprämien handelt es sich um steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 InvStG), die der Ertragskategorie 7, unter anderem zusammen mit steuerfrei thesaurierbaren Veräußerungsgewinnen, die nicht dem Teileinkünfteverfahren bzw. § 8b KStG unterliegen, zuzuordnen sind.

VORSCHLAG: Rz. 40.36 sollte wie folgt geändert werden: „²S erzielte ausschließlich folgende Gewinne in dem vorangegangenen Geschäftsjahr ~~in den nachfolgenden drei Kategorien: (...).~~ ⁴Die verbleibenden 20.000 € Allgemeinkosten sind (...) auf die Kategorie „Stillhalterprämien, unter anderem steuerfrei thesaurierbare Veräußerungsgewinne, die keiner steuerlichen Begünstigung unterliegen (...) aufzuteilen.“

26. Zu Rz. 40.50 neu (Aufteilung der Allgemeinkosten)

Wir bitten um Aufnahme einer neuen Rz. 40.50 zur Klarstellung. Ein Dach-Spezial-Investmentfonds, der indirekt inländische Immobilienerträge über die Beteiligung an einem Ziel-Spezialfonds erzielt, kann die auf diese Erträge anteilig entfallenden Werbungskosten dann nicht berücksichtigen, wenn er nicht gleichzeitig auch direkte Anlagen in inländischen Immobilien getätigt hat. Für diese Erträge entfällt ggf. die Körperschaftsteuer (Rzn. 42.23 f.), wird die Körperschaftsteuer durch einen Steuerabzug erhoben (§ 33 Abs. 2 S. 2 InvStG) oder bei Ausübung der Transparenzoption nach § 33 Abs. 2 S. 3 erzielen die Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds Spezial-Investmentenerträge aus dem Ziel-Spezialfonds. Die anteilig den inländischen Immobilienerträgen zugeordneten Allgemeinkosten des Dach-Spezial-Investmentfonds können daher nicht mit Einnahmen verrechnet werden und im Ergebnis kommt es zu fortlaufend ansteigenden Verlustvorträgen. Es sollte daher ermöglicht werden, dass in diesem Fall die der Ertragskategorie inländische Immobilienerträge zugeordneten Werbungskosten von Dach-Spezialfonds bei Erträgen aus der Veräußerung von Anteilen an Ziel-Spezialfonds angesetzt werden können.

VORSCHLAG: Nach Rz. 40.49 sollte folgende neue Rz. 40.50 angefügt werden:

„40.50

Es wird nicht beanstandet, wenn Allgemeinkosten, die in einem mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen i. S. d. § 6 Absatz 4 InvStG stehen, bei denen jedoch eine Besteuerung auf Grund bereits erfolgter Besteuerung beim Ziel-Spezial-Investmentfonds entfällt (Rzn. 42.23 f.), die Besteuerung durch Steuerabzug nach § 33 Absatz 2 Satz 2 erfolgt, oder bei denen auf Grund der Ausübung der Immobilien-Transparenzoption nach § 33 Absatz 3 die Körperschaftsteuerpflicht des Dach-Spezial-Investmentfonds entfällt, den steuerfrei thesaurierbaren Gewinnen aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen zugeordnet werden.“

27. Zu Rzn. 42.18 und 42.23 (Steuerbefreiung von inländischen Beteiligungseinnahmen und inländischen Immobilienerträgen bei mehrstufigen Strukturen)

Wurden inländische Beteiligungseinnahmen, inländische Immobilienerträge oder sonstige inländische Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds versteuert, sind diese gem. § 42 Abs. 4 und 5 InvStG auf Anlegerebene vollständig oder partiell steuerbefreit. Nach dem Wortlaut der Regelung setzt die Steuerbefreiung voraus, dass die Erträge von dem Spezial-Investmentfonds versteuert wurden, an dem der Anleger unmittelbar beteiligt ist.

Dies führte zu Unklarheiten bei mehrstufigen Strukturen, in denen eine Versteuerung auf Ebene eines nachgeschalteten Spezial-Investmentfonds erfolgte. Es wird nun klargestellt, dass für die Steuerbefreiung auf Anlegerebene eine einmalige Versteuerung der Einkünfte innerhalb der Beteiligungskette ausreichend ist, so dass es im Ergebnis unbeachtlich ist, auf welcher Ebene die Besteuerung stattfindet. Diese Auffassung ist zu begrüßen, da somit eine (nicht sachgerechte) steuerliche Schlechterstellung der Anleger bei Beteiligungen an mehrstufigen Spezial-Investmentfondsstrukturen vermieden wird.

28. Zu Rz. 48.7 (Ermittlung und Bekanntmachung)

Auch für teilweise steuerbefreite Anleger i. S. d. § 44a Abs. 4 S. 1 EStG sollte der Spezial-Investmentfonds von der Ermittlung der „Fonds-Gewinne“ absehen können. Für solche Anleger sind die Bestandteile der „Fonds-Gewinne“ ohnehin steuerbefreit. Die Verpflichtung zur Ermittlung der „Fonds-Gewinne“ sollte getrennt je Anteilklasse beurteilt werden können. Für Anteilklassen mit ausschließlich im Ausland ansässigen oder steuerbefreiten Anlegern könnte somit auf die Ermittlung verzichtet werden.

VORSCHLAG: Rz. 48.7 sollte wie folgt geändert werden: „1Sind in einen Spezial-Investmentfonds bzw. einer Anteilklasse ausschließlich im Ausland ansässige oder vollständig (§ 44a Absatz 7 Satz 1 EStG) bzw. teilweise (§ 44a Absatz 4 Satz 1 EStG) steuerbefreite Anleger investiert und (...).“

29. Zu Rz. 48.16 (Berechnung der anlegerindividuellen „Fonds-Gewinne“)

In Rz. 48.16 wird nicht deutlich, ob die Bezugnahme auf die absoluten „Fonds-Gewinne“ oder die „Fonds-Gewinne“ je Spezial-Investmentanteil vorzunehmen ist. Nur der absolute anlegerindividuelle „Fonds-Gewinn“ wird durch die Ausgabe von Anteilen nicht berührt. Da allerdings bislang immer die „Fonds-Gewinne“ je Spezial-Investmentanteil zu ermitteln sind, erscheint die Aussage, dass die anlegerindividuellen „Fonds-Gewinne“ nicht durch eine Veränderung des Anteilumlaufs berührt werden, u. E. widersprüchlich.

VORSCHLAG: Rz. 48.16 sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

30. Zu Rz. 48.19 (Absolute Fonds-Gewinne)

In Rz. 48.18 ist ebenfalls unklar, ob die *absoluten* Fonds-Gewinne gemeint sind.

VORSCHLAG: In Rz. 48.19 Satz 1 sollte folgende Klarstellung erfolgen: „¹Als weitere Folge dieser Ermittlungsmethodik verändern sich bei Ausgabe neuer Spezial-Investmentanteile die bis zu diesem Zeitpunkt ermittelten absoluten „Fonds-Gewinne“ nicht.“

31. Zu Rz. 52.2 (Auswirkungen der fiktiven Veräußerung auf Fondsebene)

Entfallen die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds (z. B. aufgrund Änderung der Anlagebedingungen), gilt aufgrund der gesetzlichen Fiktion in § 52 Abs. 1 InvStG der Spezial-Investmentfonds als aufgelöst und in der Regel ein Investmentfonds als neu aufgelegt. Unklar war bislang, ob die fiktive Auflösung des Spezial-Investmentfonds auch zu einer fiktiven Veräußerung aller von dem Fonds gehaltenen Vermögenstände führt. Im Entwurf vom 16. Dezember 2019 wird dies u. E. zu Unrecht in Rz. 52.2 nun bejaht. Negative Auswirkungen hat diese Auffassung insbesondere auf (fiktive) Veräußerungsgewinne aus Inlandsimmobilien, denn diese sind auf Ebene des Spezial-Investmentfonds grundsätzlich steuerpflichtig (§ 6 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. § 29 Abs. 1 InvStG). Wird die Erhebungsoption i. S. d. § 33 Abs. 1 InvStG ausgeübt, entfällt zwar die Steuerpflicht auf Ebene des Spezial-Investmentfonds, jedoch kommt es stattdessen grundsätzlich zu einer Besteuerung auf Anlegerebene.

Weiterhin ist zu beachten, dass die fiktive Auflösung des Spezial-Investmentfonds zur Bildung eines Rumpfgeschäftsjahres führt. Ausschüttungsgleiche Erträge (zu denen auch Immobilienveräußerungsgewinne gehören) gelten mit Ablauf des Rumpfgeschäftsjahres dem Anleger als zugeflossen (*dry income taxation*).

VORSCHLAG: Rz. 52.2 sollte gestrichen werden, um zu vermeiden, dass die fiktive Auflösung des Spezial-Investmentfonds zu einer fiktiven Veräußerung aller vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen Vermögenstände führt und demzufolge negative Auswirkungen insbesondere auf (fiktive) Veräußerungsgewinne aus Inlandsimmobilien, die auf Ebene des Spezial-Investmentfonds grundsätzlich steuerpflichtig sind, entstehen.

32. Zu Rz. 52.15 (Auswirkungen der fiktiven Veräußerung auf Anlegerebene)

Auf Anlegerebene gelten die Anteile an dem fiktiv aufgelösten Spezial-Investmentfonds als veräußert und Anteile an einem fiktiv errichteten Investmentfonds als angeschafft. Gem. § 52 Abs. 2 Satz 4 InvStG gilt die festgesetzte Steuer bis zur tatsächlichen Veräußerung des Anteils als zinslos gestundet. Diese Stundungsmöglichkeit entfällt jedoch mit der Streichung des § 52 Abs. 2 Satz 4 InvStG durch das sog. JStG 2019 mit Wirkung zum 1. Januar 2020 (s. hierzu auch Rz. 52.15 des Entwurfs vom 16. Dezember 2019). Der Entwurf vom 16. Dezember 2019 enthält leider keine Klarstellung zu der Frage, wann die Steuer auf den fiktiven Veräußerungsgewinn i. S. v. § 52 Abs. 2 S. 4 InvStG als „festgesetzt“ gilt. U. E. sollte diesbezüglich auf den Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung abgestellt werden, da anderenfalls eine Stundung von der Abgabe der Steuerklärung und der Bearbeitungszeit der Finanzverwaltung abhängen würde.

VORSCHLAG: Es sollte in Rz. 52.15 nach Satz 4 folgender neue Satz 5 angefügt werden: „⁵Für die Festsetzung ist auf den Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung i. S. v. § 52 Absatz 2 Satz 4 InvStG abzustellen.“

II. Zusätzliche Anregungen des VAB

Wir bitten um Aufnahme einer Klarstellung zur Nichtanwendung des § 17 EStG auf die Veräußerung von Investmentanteilen nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 InvStG und § 19 InvStG.

Mit der Änderung des Investmentsteuergesetzes zum 1. Januar 2018 entfiel die ausdrückliche gesetzliche Regelung des § 8 Abs. 5 S. 1, 2. Halbs. InvStG a. F., nach der § 17 EStG auf die Gewinne aus der Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen keine Anwendung fand.

Nach der Neuregelung des InvStG ist unseres Erachtens zwar ein ausdrücklicher Ausschluss von § 17 EStG auf Grund der geänderten Rechtslage und Verweisteknik zwischen InvStG und EStG (wie nachfolgend näher ausgeführt) nicht mehr zwingend notwendig. Eine entsprechende gesetzliche und/oder auf dem Verwaltungsweg erfolgende Klarstellung wäre dennoch sehr wünschenswert, da uns aus der Praxis berichtet wurde, dass dies zu Diskussionen hinsichtlich der Besteuerung von Privatanlegern geführt hat, die an als Kapitalgesellschaften ausgestalteten Investmentfonds (Investmentfonds des Gesellschaftstyps) zu mindestens 1 % beteiligt sind. In jedem Fall wäre auch bei Ablehnung unseres Vorschlags bereits eine entsprechende Aussage, dass die Aufnahme auf Grund der eindeutigen Rechtslage als nicht notwendig angesehen wird, für die Praxis sehr hilfreich.

Bei unserem Vorschlag handelt es sich u. E. aus den folgenden Gründen lediglich um eine Klarstellung, die aus Sicht der Praxis allerdings sehr begrüßenswert wäre:

Eine Besteuerung der Veräußerung von Investmentanteilen erfolgt nach den Regelungen des InvStG und des EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 3 InvStG und § 19 InvStG. Nach § 20 Abs. 8 EStG geht jedoch die Besteuerung nach einer anderen Einkunftsart des EStG vor, sollten deren Regelungen anwendbar sein. So kommt unstreitig eine Besteuerung von Investmenterträgen als gewerbliche Einkünfte nach § 15 EStG anstelle der Besteuerung als Einkünfte aus Kapitalvermögen in Betracht. Eine vorrangige Besteuerung als Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nach § 17 EStG scheidet jedoch aus.

Bei Investmentanteilen handelt es sich für Zwecke des Ertragsteuerrechts nicht um Anteile an Kapitalgesellschaften. Dies gilt unabhängig von der Höhe der Beteiligung des Anlegers und der zivil- bzw. gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Investmentfonds.

Im Gegensatz zu der Rechtslage, die bis zum 31. Dezember 2017 gültig war, werden Investmentfonds unabhängig von ihrer Ausgestaltung als Investmentfonds des Gesellschafts- oder des Vertragstyps nach § 6 Abs. 1 InvStG als Zweckvermögen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG (inländische Investmentfonds) bzw. Vermögensmassen nach § 2 Nr. 1 KStG (ausländische Investmentfonds) fingiert. Damit sieht das deutsche Steuerrecht seit dem 1. Januar 2018 eine einheitliche Einordnung der Investmentfonds i. S. d. InvStG für Zwecke des Ertragsteuerrechts vor und stellt nicht mehr auf die zivilrechtliche Ausgestaltung ab. Die genannten Fiktionen gelten sogar für Personengesellschaften, sofern sie als OGAWs ausnahmsweise in den Anwendungsbereich des InvStG fallen.

Diese Begriffsdefinitionen des InvStG werden vom EStG durch den Verweis von § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG auf die Investmenterträge nach § 16 InvStG übernommen. Ein Investmentanteil ist nach § 2 Abs. 4 InvStG ein Anteil an einem Investmentfonds, unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Anteils oder des Investmentfonds. Letzteres schließt die Fiktionen des § 6 Abs. 1 InvStG mit ein. Als Folge übernimmt § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG diese steuerrechtliche Einordnung auch in das EStG. Somit stellen nach den Wertungen des EStG in Verbindung mit den Vorschriften des InvStG Investmentanteile (unabhängig von der zivilrechtlichen Ausgestaltung des in- oder ausländischen Investmentfonds) keine Anteile an Kapitalgesellschaften dar.

Eine Umwidmung von Veräußerungsgewinnen aus Investmentanteilen in Veräußerungsgewinne nach § 17 EStG durch § 20 Abs. 8 EStG ist somit mangels eines Vorliegens von Kapitalgesellschaftsanteilen für Zwecke des Ertragsteuerrechts auch bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 17 EStG nicht möglich. Dies stellen die einheitliche Behandlung bzw. Besteuerung der Fondsanleger – unabhängig von der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Fonds – sicher. Folgefragen, wie etwa die Vorabpauschalen bei der Berechnung des nach § 17 EStG steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns abzuziehen wären (um Doppelbesteuerungen zu vermeiden), stellen sich in diesem Fall nicht.

Auch die weiteren Regelungen des EStG und des InvStG gehen erkennbar von einer Nichtanwendung des § 17 EStG aus.

Dies zeigt sich bereits daran, dass weder das InvStG noch das EStG eine Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 EStG auf die Veräußerung von Investmentanteilen vorsehen. Eine derartige Anwendung wäre aber folgerichtig zu bejahen, würde man von einer Anwendung des § 17 EStG für bestimmte Fallkonstellationen ausgehen. Die Veräußerung von Investmentanteilen (i. S. d. § 2 Abs. 13 InvStG) ist für Zwecke des Ertragsteuerrechts abschließend in § 19 InvStG geregelt. Das Teileinkünfteverfahren wird einheitlich für alle Investmenterträge i. S. d. § 16 InvStG (zu denen auch die Gewinne aus der Veräußerung der Investmentanteile nach § 19 InvStG gehören) in § 16 Abs. 3 InvStG ausgeschlossen. Stattdessen kommt es, soweit die Voraussetzungen vorliegen, zu einer Anwendung der nach § 20 InvStG geregelten Teilfreistellungen, auch wenn Investmentanteile im Betriebsvermögen gehalten werden. Der Gesetzgeber hat somit explizite Regelungen für eine Zuordnung von Investmenterträgen zu Einkünften nach § 15 EStG (über § 20 Abs. 8 EStG), jedoch gerade nicht für eine Zuordnung zu Einkünften nach § 17 EStG getroffen. Letztes liegt unseres Erachtens daran, dass eine derartige Zuordnung aus den oben genannten Gründen nicht vorgesehen ist.

Eine Anwendung von § 17 EStG auf die Veräußerung von Investmentanteilen wäre schließlich eine weitreichende Änderung des Verhältnisses der Vorschriften des EStG zum InvStG ab dem 1. Januar 2018.

Eine derartige Änderung hätte der Gesetzgeber unseres Erachtens in der Gesetzesbegründung zur Investmentsteuerreform deutlich hervorheben müssen, wie er dies jeweils in der Vergangenheit bei Änderungen zu der Frage des Verhältnisses von § 17 EStG zu § 23 EStG a. F. getan hat. Denn bei Annahme einer Anwendung von § 17 EStG käme es zu einem Auseinanderfallen der Besteuerung von Veräußerungen von Anteilen an Investmentfonds des Vertragstyps und Investmentfonds des Gesellschaftstyps. Entsprechend wäre eine ausführliche Begründung eines

derartigen Systemwechsels zu erwarten. Die Gesetzesbegründung zum InvStG 2018¹ erwähnt aber an keiner Stelle, dass es in diesem Punkt zu einer Änderung der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Rechtslage kommen sollte.

Zudem würde eine Anwendung von § 17 EStG zu einem steuerlichen Ergebnis führen, das mit dem Ziel der Investmentsteuerreform nicht in Einklang stehen würde. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war die Einführung eines pauschalisierten und einfach handhabbaren Besteuerungsregimes für Anleger von Investmentfonds. Da im Einzelfall (durch die Finanzämter) zu prüfen wäre, ob auf Ebene des Anlegers die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Besteuerung von Veräußerungsgewinnen nach § 17 EStG vorliegen würden, würde dies dem Ziel der Investmentsteuerreform 2018 – der Vereinfachung – entgegenwirken.

Sofern § 16 Abs. 3 InvStG nicht ergänzt wird, sollte zumindest das BMF-Schreiben zu Anwendungsfragen zum InvStG 2018 erweitert werden.

Rz. 16.3 des BMF-Schreibens vom 21. Mai 2019 sollte wie folgt ergänzt werden:

„Die Investmenterträge werden im Einkommensteuergesetz den Einkünften i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 3 EStG zugeordnet, soweit sie nicht nach § 20 Absatz 8 EStG einer anderen Einkunftsart zugehören. Investmenterträge von betrieblichen Anlegern gehören demnach zu den gewerblichen Einkünften i. S. d. § 15 EStG oder gegebenenfalls zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft i. S. d. § 13 EStG oder zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit i. S. d. § 18 EStG. Eine Zuordnung von Gewinnen aus einer Veräußerung von Investmentanteilen nach § 20 Absatz 1 Nummer 3 EStG i. V. m. § 16 Absatz 1 Nummer 3 InvStG und § 19 InvStG zu den Veräußerungsgewinnen nach § 17 EStG erfolgt nicht.“

¹ Vgl. BT-Drucksache 18/8045.

III. Vorgesehene Novellierung des AStG und Diskriminierung von Auslandsfonds

Wir dürfen in diesem Zusammenhang nochmals auf die steuerliche Diskriminierung von Auslandsfonds nach dem neuen AStG (Entwurf vom 10. Dezember 2019) hinweisen und um eine Änderung im Sinne des Europarechts bitten:

Die neuen Vorschriften im AStG sehen – ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich – kein Rangverhältnis zwischen der Hinzurechnungsbesteuerung und dem InvStG mehr vor (siehe Seite 88 der Gesetzesbegründung). Gemäß § 7 Abs. 7 AStG in der aktuellen Fassung sind die vorangehenden Vorschriften über die Hinzurechnungsbesteuerung nicht anwendbar, wenn auf die Einkünfte, für die die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, die Vorschriften des InvStG in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind. § 7 Abs. 7 AStG als Vorrangregelung zugunsten des InvStG ist im AStG-E nicht (mehr) enthalten. Die Rechtsfolge wäre, dass sowohl die Vorschriften über die Hinzurechnungsbesteuerung als auch die Vorschriften des InvStG parallel anwendbar sind. Zur Vermeidung der doppelten Besteuerung durch die gleichzeitige Anwendung des InvStG und des AStG ist gemäß § 10 Abs. 6 AStG-E der Hinzurechnungsbetrag zu mindern, soweit die dem Hinzurechnungsbetrag zugrundeliegenden Einkünfte oder Einkunftsquellen zu Erträgen des Steuerpflichtigen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 3 bzw. 3a EStG i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 34 Abs. 1 Nr. 2 InvStG (Vorabpauschale) führen. Außerdem sieht § 11 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AStG-E eine Kürzungsmöglichkeit der dem InvStG unterliegenden Erträge i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 3 bzw. 3a EStG i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 34 Abs. 1 Nr. 1 InvStG (Ausschüttungen des Investmentfonds) vor. Es könnte aber dennoch durch die parallele Anwendung des AStG und des InvStG zu Phasenverschiebungen und Doppelbelastungen kommen.

Die nachstehenden Beispiele sollen dies veranschaulichen:

Beispiel I:

An einer Luxemburger SICAV in der Rechtsform einer Société Commandite en Actions (SCA, vergleichbar einer deutschen KGaA) sind überwiegend deutsche Investoren beteiligt. Die SICAV ist von ihrer Anlagestrategie her als „debt fund“ strukturiert und erzielt überwiegend Zinserträge aus unmittelbar gehaltenen Zinstiteln. Die Zinsen unterliegen auf Ebene der SICAV nicht der Luxemburger Ertragsteuer.

Ergebnis:

Aktuelle Rechtslage:

Bei der Luxemburger SICAV handelt es sich um eine inlandsbeherrschte, niedrig besteuerte Zwischengesellschaft i. S. d. §§ 7 ff. AStG, die (ausschließlich) passive Zinseinkünfte erzielt. Auf diese Einkünfte sind die Vorschriften des InvStG anwendbar, da die Luxemburger SICAV als Investmentfonds i. S. d. § 1 Abs. 2 InvStG qualifiziert. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 7 AStG sind ohne Weiteres erfüllt. Die Regeln über die Hinzurechnungsbesteuerung sind somit für die inländischen Anteilseigner nicht anwendbar, das InvStG entfaltet die vorgesehene Abschirmwirkung. Die inländischen Anteilseigner sind (vorbehaltlich von Ausschüttungen) nur mit der Vorabpauschale steuerpflichtig.

Geplante Rechtslage:

Der Referentenentwurf zum ATAD-Umsetzungsgesetz vom 10. Dezember 2019 sieht nun hingegen vor, dass § 7 Abs. 7 AStG, d. h. der Vorrang des InvStG vor dem AStG, ersatzlos gestrichen werden soll. Es kommt folglich zur parallelen Anwendung von InvStG und AStG, und damit zur Hinzurechnung von sämtlichen Zinseinkünften des Luxemburger SICAV (und zwar unmittelbar und ohne Ausschüttung).

Der Zweck des InvStG, grundsätzlich nur eine Besteuerung der Ausschüttungen vorzunehmen, wird dadurch konterkariert. Für einen deutschen Anleger ergeben sich nicht nur doppelte und kaum nachvollziehbare Steuererklärungspflichten, sondern er wird bei einer Investition in einen ausländischen Fonds deutlich schlechter gestellt als bei einer Investition in einen inländischen Fonds, bei dem das AStG a priori nicht greift. Dies ist weder nachvollziehbar, noch entspricht es dem Sinn und Zweck des InvStG, zukünftig Investitionen in ausländische Fonds steuerlich schlechter zu behandeln.

Ein weiteres Beispiel II soll dies unterstreichen:

Beispiel II:

Ein inländisches Sondervermögen (keine Mezzanine-Struktur und nicht durch inländische Grundstücke besichert) generiert Zinsen und thesauriert diese. Hierauf wird der Investmentfonds im Inland nicht besteuert. Beim Anteilinhaber wird lediglich die Vorabpauschale besteuert, die im Nullzinsumfeld vernachlässigbar gering ist.

Ein Luxemburger FCP (Auslandsfonds) macht exakt dasselbe. Beim Anteilinhaber greift jetzt aber die volle Hinzurechnungsbesteuerung nach dem neuen AStG (unter Anrechnung der Vorabpauschale).

Ergebnis:

Die steuerliche Diskriminierung des Auslandsfonds liegt auch auf der Hand. Im Ergebnis wären somit luxemburgische Investmentfonds und alle anderen EU-Investmentfonds u. E. unverkäuflich, Investmentfonds aus Drittländern sowieso. Es wäre mit Schadensersatzforderungen gegenüber der Bundesrepublik Deutschland unter dem Gesichtspunkt legislativer Diskriminierung zu rechnen, da in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass Anleger in (ausländische) Investmentfonds stärker besteuert werden sollen.

Eine Vielzahl von Fondsgesellschaften haben – auch in Ermangelung geeigneter inländischer Vehikel – Investmentfonds in Luxemburg in der Rechtsform einer SICAV oder eines FCP aufgesetzt und diese in Deutschland vertrieben. Sie sind nicht nur für institutionelle Investoren konzipiert worden, sondern auch (und gerade) für Kleinanleger. Aufgrund der nunmehr drohenden unmittelbaren Hinzurechnung der, z. B. von Luxemburger Fonds, erzielten (und thesaurierten oder reinvestierten) Erträge, droht bei den Anlegern eine Besteuerung, ohne dass ihnen entsprechende Zuflüsse in Geld gegenüberstehen. Ein vorzeitiges Aussteigen aus diesen Strukturen ist oftmals nur mit Wertverlust möglich.



Die Aufhebung der Sperrwirkung des InvStG wäre jedoch nicht zwingend erforderlich gewesen, denn Art. 7 Abs. 3 Unterabs. 2 der ATAD I-Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, ausländische Finanzunternehmen, zu denen auch Investmentfonds zählen, von der Hinzurechnungsbesteuerung auszunehmen. Die Regeln über die Hinzurechnungsbesteuerung wären somit für die inländischen Anleger weiterhin nicht anwendbar und das InvStG würde weiterhin seine Abschirmwirkung entfalten. Die inländischen Anleger wären wie bislang (vorbehaltlich von Ausschüttungen) nur mit der Vorabpauschale steuerpflichtig.

VORSCHLAG: Zur Vermeidung einer europarechtlich bedenklichen Benachteiligung von ausländischen Investmentfonds sollte die derzeitige Sperrwirkung des § 7 Abs. 7 AStG unbedingt beibehalten werden.