



Bundesministerium der Finanzen
Referat IV B 5
Wilhelmstr. 97
10117 Berlin

Per E-Mail an: IVB5@bmf.bund.de

1. September 2023

Entwurf eines BMF-Schreibens zu den Grundsätzen zur Anwendung des Außensteuergesetzes vom 19. Juli 2023

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Übersendung des Entwurfes eines BMF-Schreibens zu den Grundsätzen zur Anwendung des Außensteuergesetzes vom 19. Juli 2023.

Wir haben die folgenden Anmerkungen:

1. Zur Prüfung der Beherrschung im Rahmen einer Investmentfondsstruktur (Rn. 283 in Tz. 7.3.1)

Gemäß § 7 Absatz 2 AStG liegt eine Beherrschung i. S. d. § 7 Absatz 1 Satz 1 AStG vor, wenn dem Steuerpflichtigen allein oder zusammen mit ihm nahestehende Personen am Ende des maßgeblichen Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft mehr als die Hälfte der Stimmrechte unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen sind bzw. ein anderes Beherrschungskriterium erfüllt ist (vgl. Rn. 261 des Entwurfsschreibens).

Zudem beabsichtigt die Finanzverwaltung in Rn. 283 des Entwurfsschreibens auch in- und ausländische (Spezial-)Investmentfonds unter den Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 AStG als nahestehende Personen zu qualifizieren. Entsprechendes gilt für haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines (Spezial-)Investmentfonds, die nach § 1 Absatz 4 InvStG für Zwecke des InvStG als eigenständige Investmentfonds gelten.

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

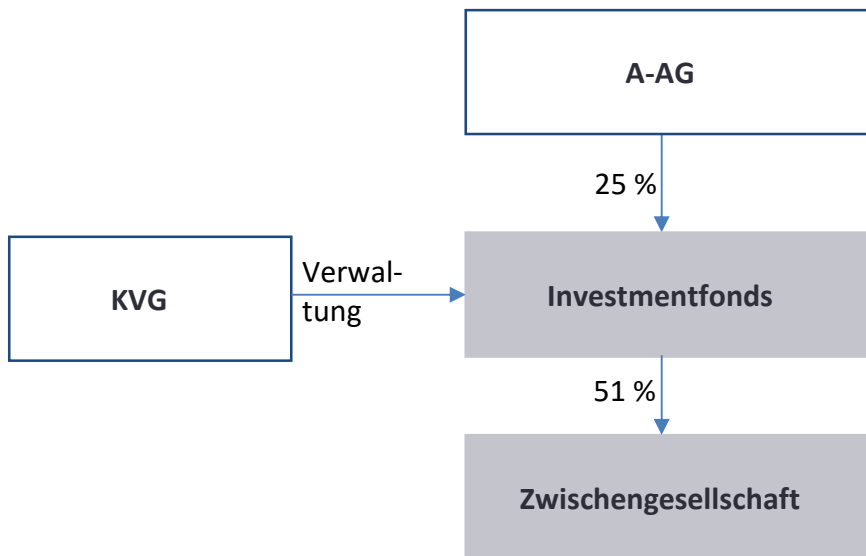
Verband internationaler Banken,
Wertpapierinstitute und Asset Manager

Eingetragen im Lobbyregister des
Deutschen Bundestages, Register-
nummer: R002246

Eingetragen im Transparenzregister
der Europäischen Kommission, Re-
gistrierungsnummer:
95840804-38

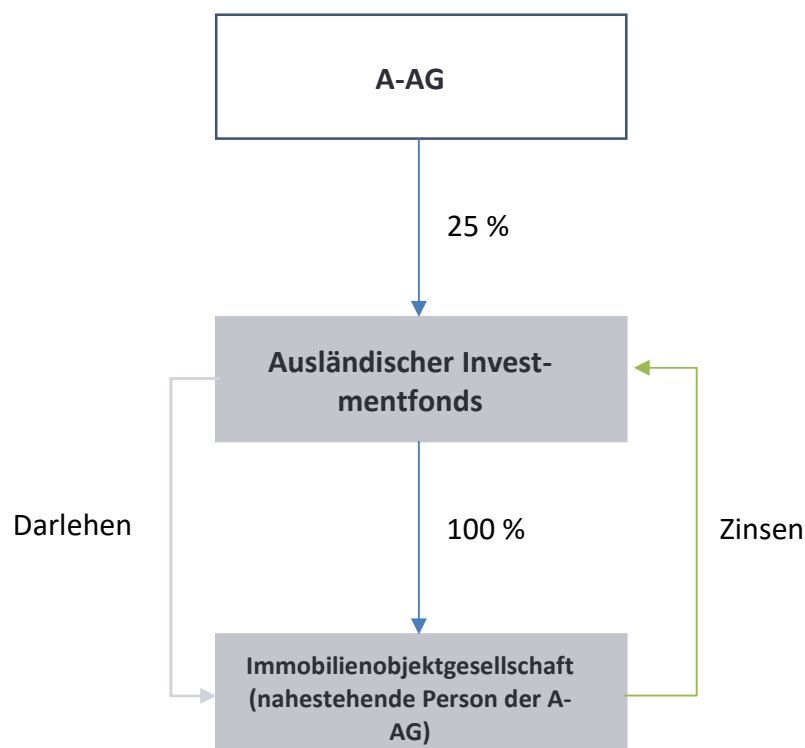
Dies würde bedeuten, dass institutionelle Anleger insbesondere bei alternativen Investmentfonds, wie z. B. Immobilien-, Private Equity- und Venture Capital Fonds, regelmäßig als beherrschend für Gesellschaften innerhalb der Investmentfondsstruktur angesehen werden müssten. Ein „Gegenbeweis“ wie im Hinblick auf ein abgestimmtes Verhalten im Sinne des § 7 Absatz 4 AStG ist nicht vorgesehen.

Beispiel:



Darüber hinaus würden bei einer solchen Auslegung passive Einkünfte zwischen dem Investmentfonds und den Objektgesellschaften in der Investmentstruktur im Rahmen der „Drittelregelung“ nach § 7 Absatz 5 Satz 2 AStG beim Anleger der Hinzurechnung unterworfen, obwohl es sich um übliche, wirtschaftlich begründete, Strukturen handelt und diese Erträge ohnehin als ausgeschüttete-/ausschüttungsgleichen Erträge (Spezial-Investmentfonds) bzw. als ausgeschüttete Erträge/Vorabpauschale (Publikumsfonds) investmentsteuerrechtlich beim Anleger erfasst werden.

Beispiel:



U. E. ist die Anwendung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Beherrschungskriterien auf klassische, regulierte Investmentfondsstrukturen nicht angezeigt, da die rechtlichen Rahmenbedingungen selbst bei einer wesentlichen Beteiligung des Steuerpflichtigen an einem (Spezial-)Investmentfonds regelmäßig keine Beherrschung von Gesellschaften innerhalb der Investmentfondsstruktur ermöglichen.

Ein Investmentfonds sammelt von Anlegern Kapital ein, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren (vgl. § 1 Absatz 1 Satz 1 KAGB). Im Rahmen seiner Anlagebedingungen handelt der (Spezial-)Investmentfonds autonom. Investmentausschüsse haben lediglich eine beratende Funktion; Anlageempfehlungen sind nicht bindend. Mangels gesellschaftsrechtlicher Durchgriffsrechte sollte ein (Spezial-)Investmentfonds für die Zwecke der Beherrschungsprüfung nicht als dem Steuerpflichtigen nahestehende Person angesehen werden.

VORSCHLÄGE:

a. Rn. 283 sollte wie folgt ergänzt werden:

„¹Eine nahestehende Person muss nicht notwendigerweise unbeschränkt steuerpflichtig sein (vgl. BT-Drs. 19/28652, 53). ²Auch nicht unbeschränkt steuerpflichtige natürliche und juristische Personen, insbesondere ausländische Gesellschaften im Sinne des § 7 Absatz 1 Satz 1 AStG, kommen als nahestehende Personen in Betracht. ³In- und ausländische (Spezial-)Investmentfonds sind auch unter den Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 AStG keine nahestehende Personen, es sei denn, der Steuerpflichtige verfügt über rechtliche oder tatsächliche Weisungsbefugnisse im Hinblick auf die Anlageentscheidungen des (Spezial-)Investmentfonds. ⁴Die übliche Betätigung im Rahmen von Anlageausschüssen ist unschädlich. ⁵Entsprechendes gilt für haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines (Spezial-)Investmentfonds, die nach § 1 Absatz 4 InvStG für Zwecke des InvStG als eigenständige Investmentfonds gelten.“

b. Wir schlagen zudem vor, die Rz. 315 wie folgt anzupassen und nach dem Beispiel ein weiteres Beispiel 2 zur Klarstellung anzufügen:

„¹Steuerpflichtiger ist der unbeschränkt Steuerpflichtige im Sinne der Tz. 7.1.1.2 oder der beschränkt Steuerpflichtige im Sinne der Tz. 7.1.4. Bei dem Steuerpflichtigen nahestehenden Personen handelt es sich um solche im Sinne des § 7 Absatz 3 und 4 AStG. ²Eine Gesellschaft, an der sich der Steuerpflichtige mittelbar über einen (Spezial-)Investmentfonds beteiligt, gilt insoweit für Zwecke des § 7 Absatz 5 Satz 2 AStG nicht als nahestehende Person des Steuerpflichtigen.“

„Beispiel 1: (...)

Beispiel 2:

Die unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige AG ist zu 25 Prozent an einem Investmentfonds mit Geschäftsleitung und Sitz im Ausland beteiligt. Der Investmentfonds entspricht nach dem Rechtstypenvergleich einer ausländischen Gesellschaft im Sinne des § 7 Absatz 1 Satz 1 AStG. Der Investmentfonds ist zu 100 Prozent an einer Objektgesellschaft beteiligt. Der

Investmentfonds hat ein Darlehen an die Objektgesellschaft begeben und erzielt hieraus Zinserträge, die mehr als ein Drittel der Einkünfte des Investmentfonds ausmachen.

Die Objektgesellschaft gilt für Zwecke des § 7 Absatz 5 Satz 2 AStG nicht als nahestehende Person des Steuerpflichtigen.“

2. Zur widerlegbaren Unterstellung eines Zusammenwirkens durch abgestimmtes Verhalten (Rn. 301 in Tz. 7.4.2)

Ein Investmentvermögen sammelt von den Anlegern Kapital ein, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren (vgl. § 1 Absatz 1 Satz 1 KAGB). Im Rahmen seiner Anlagebedingungen handelt der (Spezial-)Investmentfonds autonom, so dass sich die Beziehung der Anleger zum Investmentfonds und zueinander in aller Regel in einer passiven Vermögenslage erschöpft. Auch die in der Praxis bei institutionellen Investmentfondsvehikeln anzutreffenden Investmentausschüsse dienen nicht der Abstimmung eines gemeinsamen Verhaltens der Investoren, sondern den individuellen Interessen der einzelnen Investoren. Hinzu kommt, dass in der Praxis häufig Personengesellschaften als „Feeder-Vehikel“ (Bündelungsvehikel) eingesetzt werden, um die Investments verschiedener Investoren in das Investmentfondsvehikel zu bündeln (dies dient der Vereinfachung der Administration und nicht der Abstimmung des Verhaltens der Anleger).

Die Rn. 301 des Entwurfsschreibens enthält bereits einige begrüßenswerte Sachverhalte, bei denen die Widerlegbarkeit der Unterstellung eines Zusammenwirkens in Betracht kommt. U. E. bedarf es allerdings bei der Blindpool-Ausnahme einer Klarstellung, sodass die praktisch relevanten üblichen Gesellschafterrechte, die im Übrigen nicht nur im Recht der Personengesellschaften Geltung beanspruchen, nicht bereits eine Unterstellung eines Zusammenwirkens rechtfertigen. Aus Sicht der Praxis wäre es weiterhin wünschenswert, die Rn. um weitere, vergleichbare und in der Praxis häufig anzutreffenden Sachverhalte (s. o.) zu ergänzen.

VORSCHLAG: Rn. 301 sollte wie folgt ergänzt werden:

„¹Die widerlegbare Unterstellung gründet auf der (gesellschafts-)rechtlichen Struktur der Personengesellschaft oder Mitunternehmerschaft (vgl. BT-Drs. 19/28652, 54); eine besondere Bedeutung kommt dabei der Förderung eines gemeinsamen Zwecks durch das Zusammenwirken der Gesellschafter und der daraus hervorgehenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu. ²Vor diesem Hintergrund kann eine Widerlegbarkeit der Unterstellung eines Zusammenwirkens durch abgestimmtes Verhalten in Betracht kommen, wenn die Förderung eines gemeinsamen Zwecks unter Fortbestand der Gesellschaft vorübergehend oder dauernd unmöglich geworden ist. ³Gleiches gilt, wenn sich der gemeinsame Zweck in einer Vermögensanlage erschöpft, bei der das Anlageobjekt zunächst nicht konkret bestimmt ist und solange die Anleger sich nicht kennen, wobei die aus der bloßen Gesellschafterstellung erlangte Kenntnis der Mitgesellschafter unschädlich ist, und diesen ausschließlich Informationsrechte zustehen oder lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen (z. B. Entsendung von Vertretern in ein Aufsichtsgremium), Kommanditistenrechte oder sonstige Verwaltungsrechte ausgeübt werden, jedoch kein Eingriff in die Anlageentscheidungen bzw. die unternehmerischen Entscheidungen erfolgt (sog. Blindpool). ⁴Gleiches gilt auch bei Investmentfondsstrukturen, wenn es sich bei der Gesellschaft um

ein AIF im Sinne der AIFM-Richtlinie (2011/61/EU) handelt, sowie bei Bündelungsvehikeln, die die Anlage verschiedener Investoren in einen AIF im Sinne der Richtlinie 2011/61/EU bündeln, sofern keinerlei Anhaltspunkte eines über den Zweck einer reinen Vermögensanlage hinausgehenden gemeinsamen Verhaltens der Investoren vorliegen.⁴⁵Darüber hinaus kann eine Widerlegung der Unterstellung eines Zusammenwirkens durch abgestimmtes Verhalten in Betracht kommen, soweit der Steuerpflichtige das Bestehen ernstlicher Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und anderen Gesellschaftern oder Mitunternehmern nachweist.“

3. Zur Ausnahme für Geschäfte mit dem Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen (Rn. 313 in Tz. 7.5.2)

§ 7 Absatz 5 Satz 1 AStG gilt nicht, wenn die den Einkünften zugrunde liegenden Geschäfte zu mehr als einem Drittel mit dem Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen betrieben werden (§ 7 Absatz 5 Satz 2 AStG).

Rn. 313 fordert, dass bei der Prüfung der Drittel-Grenze auf die Summe der Zwischeneinkünfte aus Geschäften mit dem Steuerpflichtigen und ihm nahestehenden Personen abzustellen ist (vgl. BT-Drs. 19/28652, 54). Die Drittel-Grenze ist demnach überschritten, wenn die Summe der Zwischeneinkünfte aus Geschäften mit dem Steuerpflichtigen und ihm nahestehenden Personen mehr als ein Drittel der gesamten Zwischeneinkünfte des ausländischen (Spezial-)Investmentfonds beträgt. Die Zwischeneinkünfte sind nach § 10 Absatz 3 bis 5 AStG zu ermitteln.

Die von Rn. 313 geforderte Ermittlung der Zwischeneinkünfte nach deutschen steuerlichen Regelungen – nur um die Feststellung treffen zu können, ob die Regelung nach § 7 Absatz 5 Satz 2 AStG überhaupt greift – führt in der Praxis zu massiven Herausforderungen. Für einen praktikableren Umgang mit der Norm schlagen wir daher zur Vereinfachung eine Nichtbeanstandungsregelung vor, die ein Abstellen auf die lokalen Gewinnermittlungsvorschriften ermöglicht.

VORSCHLAG: Wir regen an, die Rn. 313 wie folgt anzupassen:

„¹Aufgrund der Anknüpfung an § 7 Absatz 5 Satz 1 AStG ist für Zwecke des § 7 Absatz 5 Satz 2 AStG ausschließlich auf die Einkünfte abzustellen, für die die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist (= Zwischeneinkünfte; zum Begriff vgl. Tz. 7.1.1.4). ²Die den Zwischeneinkünften zugrunde liegenden Geschäfte müssen zu mehr als einem Drittel mit dem Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen betrieben werden. ³Bei der Prüfung der Drittel-Grenze ist auf die Summe der Zwischeneinkünfte aus Geschäften mit dem Steuerpflichtigen und ihm nahestehenden Personen abzustellen (vgl. BT-Drs. 19/28652, 54). ⁴Die Drittel-Grenze ist demnach überschritten, wenn die Summe der Zwischeneinkünfte aus Geschäften mit dem Steuerpflichtigen und ihm nahestehenden Personen mehr als ein Drittel der gesamten Zwischeneinkünfte des ausländischen (Spezial-)Investmentfonds beträgt. ⁵Die Zwischeneinkünfte sind nach § 10 Absatz 3 bis 5 AStG zu ermitteln. ⁶Es wird aus Vereinfachungsgründen nicht beanstandet, wenn der Steuerpflichtige zur Ermittlung der Drittel-Grenze auf die nach lokalem Handelsrecht erstellten Abschlüsse abstellt. ⁷Bei der Ermittlung der Drittel-Grenze sind auch nicht-bilanzierte – schwebende – Geschäfte mit zu berücksichtigen. ⁸Aus Vereinfachungsgründen kann auch auf das Verhältnis der Einkünfte mit nahestehenden Personen zu den Gesamteinkünften der ausländischen Gesellschaft analog zu Rn. 350 (Tz. 8.1.3.3) abgestellt werden.“

4. Zur Funktionsauslagerung in einer Investmentfondsstruktur (Rn. 457 in Tz. 8.2.5)

Rn. 455 des Entwurfsschreibens sieht vor, dass der Motivtest ausgeschlossen ist, wenn die ausländische Gesellschaft ihre wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit überwiegend durch Dritte besorgen lässt. AIF im Sinne der AIFM-Richtlinie (2011/61/EU) sind mit „normalen“ Gesellschaften insofern nicht vergleichbar, als dass AIF umfassend und detailliert reguliert sind.

Die Auslagerung von Tätigkeiten im Rahmen einer Investmentfondsstruktur ist üblich und auch aus regulatorischer Sicht gewünscht bzw. zum Teil sogar geboten. In typischen AIF-Strukturen erfolgt die Anlage regelmäßig über dazwischengeschalteten Holdinggesellschaften, deren wesentliche Funktionen auf die Investmentfondsmanagementgesellschaft bzw. die damit verbundenen Gesellschaften ausgelagert werden.

U. E. darf die Auslagerung der Tätigkeiten im Rahmen einer AIF-Struktur nicht per se zu einem Ausschluss des Motivtests führen. Es sollten Ausnahmen gelten, insbesondere wenn die wirtschaftliche Funktion der betreffenden Gesellschaft in der Investmentfondsstruktur dargelegt werden kann bzw. wenn die Auslagerung z. B. aufgrund gesetzlicher/regulatorischer Regelungen geboten ist.

VORSCHLAG: Wir bitten Sie, die Rn. 457 wie folgt zu ergänzen:

„¹Dritte im Sinne der Vorschrift sind alle von der jeweiligen ausländischen Gesellschaft verschiedenen Rechtsträger. Nahestehende Personen (§ 7 Absatz 3 und 4 AStG) sind ebenfalls als Dritte im Sinne der Vorschrift anzusehen. ²In Investmentfondsstrukturen, die als AIF im Sinne der AIFM-Richtlinie (2011/61/EU) qualifizieren, sind Investmentfondsmanagement-Gesellschaften dann nicht als Dritte im Sinne des § 8 Absatz 2 Satz 5 AStG anzusehen, sofern die wirtschaftliche Funktion der betreffenden Gesellschaft in der Investmentfondsstruktur dargelegt werden kann bzw. wenn die Auslagerung z. B. aufgrund gesetzlicher oder regulatorischer Regelungen geboten ist.“

5. Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung (Regelungslücke) beim Zusammentreffen von Hinzurechnungsbesteuerung und Investmenterträgen (Rn. 603 und 604 in Tz. 10.6.3)

Eine Doppelbesteuerung des Steuerpflichtigen beim Zusammentreffen von Hinzurechnungsbesteuerung und Investmenterträge im Sinne des InvStG wird grundsätzlich durch die Regelungen in § 10 Absatz 6 AStG und § 11 AStG vermieden:

- § 10 Absatz 6 AStG betrifft dabei das Zusammentreffen von Hinzurechnungsbesteuerung mit
 - der Vorabpauschale (bei Investmentfonds) nach § 16 Absatz 1 Nummer 2 InvStG bzw.
 - ausschüttungsgleichen Erträgen (bei Spezial-Investmentfonds) nach § 34 Absatz 1 Nummer 2 InvStG.
- § 11 InvStG betrifft das Zusammentreffen von Hinzurechnungsbesteuerung mit
 - Ausschüttungen (bei Investmentfonds) nach § 16 Absatz 1 Nummer 1 InvStG bzw.
 - ausgeschütteten Erträgen nach § 34 Absatz 1 Nummer 1 InvStG bzw.
 - Veräußerungsgewinnen nach § 11 Absatz 4 AStG.

U. E. verbleibt hier jedoch eine Regelungslücke, die zu einer ungerechtfertigten Doppelbesteuerung führt, sofern sich der Steuerpflichtige mittelbar über einen Investmentfonds an einer Zwischengesellschaft beteiligt.

Hintergrund ist, dass die Entlastung von einer Doppelbesteuerung nach § 10 Absatz 6 AStG ausweislich der Gesetzesbegründung dann erfolgt, wenn § 7 Absatz 5 Satz 2 AStG einschlägig ist (vgl. BT-Drs. 19/28652, 59). D. h. eine Entlastung von einer Doppelbesteuerung erfolgt, wenn eine Hinzurechnungsbesteuerung für den Investmentfonds selbst erfolgt.

Unklar bleibt jedoch, ob eine Entlastung von einer Doppelbesteuerung auch dann erfolgt, wenn § 7 Absatz 5 Satz 1 AStG greift, d. h., wenn die Hinzurechnungsbesteuerung für die Beteiligung am Investmentfonds selbst zwar ausgeschlossen ist, aber einer Hinzurechnungsbesteuerung für eine mittelbare Beteiligung an einer Zwischengesellschaft erfolgt. Hierzu sollte eine Klarstellung erfolgen, da andernfalls eine Doppelbesteuerung erfolgt, und zwar bei:

- Publikumsfonds: Mit dem Hinzurechnungsbetrag aus der nachgeschalteten Zwischengesellschaft und den Investorserträgen nach § 16 InvStG (die letztendlich auch die dem Hinzurechnungsbetrag zu Grunde liegenden Einkünfte erhalten) und
- Spezial-Investmentfonds: Mit dem (direkten) Hinzurechnungsbetrag aus der nachgeschalteten Zwischengesellschaft und dem Hinzurechnungsbetrag aus der derselben nachgeschalteten Zwischengesellschaft, der bereits Teil der ausschüttungsgleichen Erträge im Sinne von § 36 InvStG ist; vgl. BMF-Schreiben vom 29. April 2021 (IV C 1 – S 1980-1/19/10008 :017), Tz. 36.6. („(...) zählen zu den ausschüttungsgleichen Erträgen (...) Hinzurechnungsbeträge nach § 10 Absatz 2 Satz 1 AStG“).

Diese Konstellation (mittelbare Beteiligung an Zwischengesellschaften über Investmentfonds) wird in den Rn. 602 bis 604 des Entwurfsschreibens aufgegriffen.

VORSCHLAG: Die genannte Doppelbesteuerung sollte vermieden werden und eine entsprechende Regelung im BMF-Schreiben mit aufgenommen werden.

6. Zu den Einkünften mit Kapitalanlagecharakter im Sinne von § 13 Absatz 2 AStG und zur Behandlung passiven Einkünften im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 AStG (Rn. 736, 742 und 749 in Tz. 13.2)

Gemäß § 13 Absatz 2 AStG sind Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter Einkünfte, einschließlich Veräußerungsgewinne, die aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen (ausgenommen Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8) oder ähnlichen Vermögenswerten stammen (...).

Damit sollen nur passive, niedrigbesteuerte Einkünfte „besonderer Qualität“ im Sinne des § 8 AStG erfasst werden. Entsprechend können aktive Einkünfte per sei ohnehin nicht unter die Regelungen des § 13 Absatz 2 AStG fallen.

Der Klammerzusatz (ausgenommen Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8) nimmt daher konsequenterweise Bezug auf alle Einkünfte, die von § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 AStG erfasst sind, und zwar unabhängig davon, ob sie aktiv oder passiv sind. Keineswegs kann die Ausnahmeregelung dahingehend verstanden werden, dass hier nur eine klarstellende Regelung getroffen wurde und lediglich aktive Einkünfte aus der Definition der Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter auszunehmen sind. Würde es bei dem Klammerzusatz nämlich nur um eine klarstellende Ausnahme von aktiven Einkünften gehen, hätte der Gesetzeswortlaut entsprechend eingegrenzt bzw. abgeändert werden müssen.

Diese Auslegung, d. h., dass der Verweis im Klammerzusatz auf § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 sowohl für aktive als auch passive Einkünfte im Sinne des § 13 Absatz 2 AStG gilt, entspricht, soweit ersichtlich, der einhelligen Meinung der Fachliteratur und sollte sich auch dem Vernehmen nach mit der Rechtsauffassung der Finanzverwaltung decken. Da wie oben bereits erwähnt, die Definition der Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter im § 13 Absatz 2 lediglich passive Einkünfte „besonderer Qualität“ erfassen will, ist diese Auslegung unseres Erachtens auch systematisch richtig und sollte auch im Einklang mit der Gesetzesbegründung stehen, aus der sich keine Einschränkung des Verweises auf lediglich aktive Einkünfte ableiten lässt.

Rn. 749 des Entwurfsschreibens führt zu dem Klammerzusatz aus, dass „Aktive Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 AStG (vgl. hierzu Tz. 8.1.7 und 8.1.8) keine Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter sind, auch wenn sie aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen“.

Da Rn. 749 lediglich Bezug auf aktive Einkünfte nimmt, bleibt jedoch weiterhin unklar, wie der Verweis auf § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 AStG im Hinblick auf passive Einkünfte auszulegen ist. Unseres Erachtens bedarf es hier einer Klarstellung, dass auch passive Einkünfte nicht unter die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter im Sinne des § 13 AStG fallen, um diese Regelungslücke zu schließen und eine einheitliche Anwendung dieser Norm zu gewährleisten.

VORSCHLÄGE: Wir schlagen daher die folgenden Änderungen vor:

a. Rn. 736 sollte wie folgt angepasst werden:

„¹Die Grundsätze der funktionalen Betrachtungsweise (vgl. Tz. 8.0.3) gelten im Bereich der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung entsprechend. ²Danach bestimmt sich insbesondere, ob ein Veräußerungsgewinn oder -verlust aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen (ausgenommen ~~aktive~~ Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 AStG) oder ähnlichen Vermögenswerten stammt (vgl. auch Tz. 8.0.4). ³Zu den Einkünften mit Kapitalanlagecharakter gehören auch diesen funktional zuzuordnende Nebenerträge, z. B. aus Sicherungsgeschäften.“

b. Rn. 742 sollte wie folgt geändert werden:

„Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter stammen aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen (ausgenommen ~~aktive~~ Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 AStG) oder ähnlichen Vermögenswerten.“

c. Rn. 749 sollte wie folgt ergänzt werden:

„¹Aktive Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8 AStG (vgl. hierzu Tz. 8.1.7 und 8.1.8) sind keine Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter, auch wenn sie aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen. ²Dies gilt unabhängig davon, ob diese als aktive oder passive Einkünfte im Sinne des § 8 AStG qualifizieren.“

7. Zum Verhältnis zwischen erweiterter Hinzurechnungsbesteuerung und Investmentbesteuerung gemäß § 13 Absatz 5 Satz 2 AStG (Rn. 763 und 768 in Tz. 13.5)

§ 13 Absatz 5 Satz 2 AStG regelt einen Vorrang des Investmentsteuerrechts auch für mittelbar über einen (Spezial-)Investmentfonds gehaltene, nachgeschaltete Gesellschaften. Hintergrund der Regelung ist, dass keine Beherrschungskonstellation gegeben ist und es sich bei Investmentfonds um marktübliche, standardisierte Anlageformen handelt (BT-Drs 19/28652, S. 94). Im Übrigen würden ansonsten vor allem (Klein-)Anleger von Publikumsfonds vor administrative Probleme gestellt, da diese oftmals angesichts ihrer unzureichenden „Verhandlungsposition“ einem Informationsdefizit in Bezug auf den (Spezial-)Investmentfonds sowie nachgeschalteten Gesellschaften ausgesetzt sind. Die Regelung schützt daher (Klein-)Anleger vor umfangreichen Erklärungs- und Nachweispflichten im Hinblick auf nachgeschaltete Kapitalgesellschaften.

Nach Rn. 763 soll § 13 Absatz 5 AStG ausschließlich im Anwendungsbereich der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung gelten und in Beherrschungssituationen nicht anwendbar sein.

§ 7 Absatz 4 AStG enthält eine widerlegbare Vermutung, dass die unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter einer Personengesellschaft durch abgestimmtes Verhalten zusammenwirken und daher als nahestehende Personen gelten. Das bedeutet, dass das Vorliegen einer Personengesellschaft (z. B. als Holding- oder Feeder-Vehikel), in der dem (Spezial-)Investmentfonds nachgeschalteten Struktur zu der Vermutung führt, dass sämtliche mittelbaren (Klein-)Anleger des (Spezial-)Investmentfonds bzgl. sämtlicher der Personengesellschaft nachgeschalteten Gesellschaften zusammenwirken, diese also im Sinne von § 7 Absatz 2 und 4 AStG beherrschen. Insofern würden die vorstehend geschilderten Zwecke des § 13 Absatz 5 Satz 2 AStG in der Praxis regelmäßig verfehlt.

U. E. bedarf es daher einer Klarstellung, dass § 13 Absatz 5 Satz 2 AStG auch für solche Fälle anwendbar ist, in denen der (Spezial-)Investmentfonds über Personengesellschaften investiert.

VORSCHLÄGE: Wir schlagen daher die folgenden Änderungen vor:

a. Rn. 763 sollte wie folgt geändert werden:

„¹§ 13 Absatz 5 AStG gilt ausschließlich im Anwendungsbereich der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung; im Anwendungsbereich der allgemeinen einschließlich der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung gilt ausschließlich § 7 Absatz 5 AStG. ²In Beherrschungssituationen ist § 13 Absatz 5 AStG daher nicht anwendbar (vgl. auch Tz. 13.1.1.6). ³§ 13 Absatz 5 AStG ist auch für solche Fälle anwendbar, in denen der Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds die

nachgeschaltete Kapitalanlagegesellschaft unmittelbar oder mittelbar über eine Personengesellschaft hält.“

b. Rn. 768 sollte wie folgt angepasst werden:

„¹Nach § 13 Absatz 5 Satz 2 AStG sind mittelbare Beteiligungen für den Steuerpflichtigen nach § 13 Absatz 1 Satz 1 AStG unbeachtlich, wenn er diese über einen Investmentfonds oder einen Spezial-Investmentfonds im Sinne des InvStG hält. ²Danach scheidet die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung im Hinblick auf mittelbare Beteiligungen aus, die der unbeschränkt Steuerpflichtige über einen inländischen Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds im Sinne des § 2 Absatz 2 InvStG oder einen ausländischen Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds im Sinne des § 2 Absatz 3 InvStG an einer Kapitalanlagegesellschaft hält (zum Begriff der mittelbaren Beteiligung siehe Tz. 7.1.1.5). ³Die Anwendung der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung ist damit über die Fälle des § 13 Absatz 5 Satz 1 AStG hinaus auch im Hinblick auf Kapitalanlagegesellschaften ausgeschlossen, die einem entsprechenden Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds im Beteiligungsstrang nachgeschaltet sind. ⁴Dies gilt auch, wenn der Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds die nachgeschaltete Kapitalanlagegesellschaft unmittelbar oder mittelbar über eine Personengesellschaft hält.“

Wir bedanken uns bereits im Voraus sehr für eine Berücksichtigung unserer Vorschläge.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Andreas Prechtel

Markus Erb