

Evaluation
des Gesetzes zur Reform
der Investmentbesteuerung

– Zwischenbericht –

Stand April 2023

Inhalt

Evaluation des Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung.....	1
I. Zusammenfassung	4
II. Auftrag und Rahmen der Evaluation.....	6
1. Auftrag zur retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung	6
2. Zeitrahmen.....	6
3. Untersuchungsgegenstand	7
III. Durchführung und Erkenntnisse der Evaluation	9
1. Dividendenbesteuerung (Cum/Cum).....	10
a. Funktionsweise der Regelungen zur Verhinderung der Umgehung der Dividendenbesteuerung (Cum/Cum).....	10
b. Durchführung der Evaluation (Cum/Cum).....	11
c. Ergebnisse der Rückäußerung der Länder und Verbände	12
d. Untersuchung der Entwicklung der Settlementdaten durch das BZSt	12
e. Untersuchung der Handelsdaten durch die BaFin.....	17
f. Gutachten von Prof. Anzinger zur Dividendenbesteuerung (Cum/Cum)	20
g. Befragung von Ländern und Verbänden zur Dividendenbesteuerung (Cum/Cum)...	22
2. EU-Rechtskonformität.....	24
a. Umfang und Durchführung der Überprüfung der EU-Rechtskonformität	24
b. Ausräumung der unionsrechtlichen Bedenken vor der Reform	25
c. Unionsrechtliche Beurteilung der Investmentfondsbesteuerung.....	25
d. Unionsrechtliche Beurteilung der Spezial-Investmentfondsbesteuerung.....	27
e. Unionsrechtliche Beurteilung der Anlegerbesteuerung	27
f. Unionsrechtliche Beurteilung von Formalanforderungen des InvStG	28
3. Steuergestaltungen.....	29
a. Überblick über die im Investmentsteuerreformgesetz adressierten Steuergestaltungsmodelle	29
b. Durchführung der Evaluation (Steuergestaltungen).....	30
c. Gutachten von Prof. Tappen.....	30
d. Befragung von Ländern und Verbänden zu Steuergestaltungen	38
4. Steuervereinfachung	45
a. Beschreibung der angestrebten Vereinfachung	45

b. Zweck und Funktionsweise der Vorabpauschale	46
c. Durchführung der Evaluation	47
d. Gutachten von Prof. Anzinger	47
e. Befragung von Ländern und Verbänden zur Steuervereinfachung	51
f. Verbändevorschläge	69
5. Erfüllungsaufwand	71
a. Im Gesetzgebungsverfahren geschätzter Erfüllungsaufwand	71
b. Ergebnisse der Nachmessung des Erfüllungsaufwands	73
6. Fondstandort	76
7. Teilfreistellungssätze	76
IV. Anlageverzeichnis	76

I. Zusammenfassung

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) legt hiermit einen Zwischenbericht zur Evaluation des Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (im Folgenden auch „Investmentsteuerreform“) vor. Zur Evaluation hat die Bundesregierung zwei Forschungsgutachten vergeben:

- Forschungsgutachten fe 10/19 „Auswirkungen der Investmentsteuerreform auf den Fondsstandort Deutschland und Angemessenheit der Teilfreistellungsätze“
- Forschungsgutachten fe 14/19 „Auswirkung der Investmentsteuerreform betreffend Vereinbarkeit mit EU-Recht, Verhinderung von Steuersparmodellen und Steuervereinfachung“

Das Forschungsgutachten fe 14/19 wurde im Dezember 2022 abgeschlossen und liegt diesem Zwischenbericht zugrunde. Dagegen hat sich das Forschungsgutachten 10/19 erheblich verzögert, so dass nach der Fertigstellung dem Finanzausschuss ein ergänzter Zwischenbericht übermittelt wird.

Im Rahmen der Evaluation wurden darüber hinaus die Finanzverwaltungen der Länder, das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) und 22 Verbände der Finanzbranche befragt. Außerdem wurden zwei Workshops mit Vertretern der Länder durchgeführt.

Aus den angeführten Untersuchungsmaßnahmen lassen sich im Wesentlichen folgende Erkenntnisse ziehen:

- Die zusammen mit der Investmentsteuerreform im Einkommensteuergesetz (EStG) eingeführte Vorschrift des § 36a EStG wirkt Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum Gestaltungen) auf Grundlage der bisherigen Feststellungen wirksam entgegen. Allerdings führt der Nachweis des Mindestwertänderungsrisikos zu hohem bürokratischen Aufwand.
- Die sich aus dem alten Recht (Investmentsteuergesetz in der bis einschließlich 31. Dezember 2017 geltenden Fassung = InvStG 2004) ergebenden EU-rechtlichen Risiken sind durch die Investmentsteuerreform ausgeräumt worden.
- Die wesentlichen Regelungen des neuen Rechts (Investmentsteuergesetz in ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung = InvStG) sind mit dem EU-Recht vereinbar. Im Schrifttum geäußerte Bedenken bezüglich der Einschränkung der Teilfreistellung nach neuem Recht auf steuerpflichtige Anleger greifen auch im Licht des EuGH-Urteils in Rs. C-591/17 Österreich/Deutschland nicht durch. Lediglich in eher unbedeutenden Randbereichen sind neue EU-rechtliche Zweifelsfragen aufgetreten.
- Die mit der Investmentsteuerreform adressierten Steuersparmodelle werden grundsätzlich wirksam verhindert. Es zeigen sich nur punktuell fortbestehende

Gestaltungsmöglichkeiten bei diesen Modellen. Laut dem Forschungsgutachten fe 14/19 eröffnet die Neukonzeption der Investmentbesteuerung an anderen Stellen neue Räume für Steuergestaltungen. Diese neuen Gestaltungsspielräume schätzt das BMF aber als von untergeordneter Bedeutung ein. Gleichwohl könnten Abwehrmaßnahmen erwogen werden.

- Aus den Befragungen der Länder und Verbände haben sich kaum Hinweise auf konkrete neue Steuersparmodelle ergeben. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass die Betriebsprüfungen in der Regel erst Jahre nach dem betreffenden Veranlagungszeitraum abgeschlossen werden und daher in den nächsten Jahren neue Erkenntnisse vorliegen könnten.
- Für die im Massenfallrecht der Anlegerbesteuerung besonders bedeutsamen Investmentfonds wurde durch die Investmentsteuerreform das Ziel einer rechtlichen und administrativen Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands erreicht. Relativiert wurden die Vereinfachungswirkungen durch die unterschiedlichen Teilfreistellungssätze und die Rückausnahmen bei steuerbegünstigten Anlegern sowie die teils komplexen Übergangsregeln vom alten zum neuen Recht.
- Bei Spezial-Investmentfonds zeigt sich – wie vom BMF im Regierungsentwurf bereits vermutet¹ – eine Erhöhung der rechtlichen Komplexität und des administrativen Aufwands.
- Aus dem Forschungsgutachten und den Befragungen der Länder und Verbände ergeben sich einige Möglichkeiten zu einer weiteren Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens bei Investmentfonds. Auch bei Spezial-Investmentfonds wurden Vorschläge zu administrativen Erleichterungen des komplexen Verfahrens gemacht. Im Nachgang zu diesem Bericht werden diese Vorschläge eingehender auf ihre Umsetzbarkeit geprüft.
- Hinsichtlich der Auswirkungen der Investmentsteuerreform auf Deutschland als Fondsstandort und die Angemessenheit der Teilfreistellungssätze liegen dem BMF noch keine hinreichend belastbaren Informationen vor. Ein Bericht zum Forschungsgutachten fe 10/19 „Auswirkungen der Investmentsteuerreform auf den Fondsstandort Deutschland und Angemessenheit der Teilfreistellungssätze“ steht zum Zeitpunkt der Erstellung des Zwischenberichts zur Evaluierung des Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung noch aus.

¹ Vgl. BR-Drs. 119/16, S.60

II. Auftrag und Rahmen der Evaluation

1. Auftrag zur retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung

Der Gesetzgeber hat das Investmentsteuergesetz durch das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung vom 19. Juli 2016² (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG) grundlegend neugestaltet. Ziele dabei waren insbesondere EU-rechtliche Risiken auszuräumen, einzelne Steuersparmodelle zu verhindern und die Gestaltungsanfälligkeit zu reduzieren sowie die Steuervereinfachung.

Eine Evaluierung dieser neuen Vorschriften wird auf Bitte des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages durchgeführt.³ Die Evaluierung beruht auch auf der Ankündigung der Bundesregierung im Regierungsentwurf, die Regelungen auf ihre Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand und das Erreichen ihrer Wirkungsziele zu evaluieren.⁴

Das BMF hat das der Evaluation zu Grunde liegende Konzept in Zusammenarbeit mit dem für die Gesetzesfolgenabschätzung zuständigen Fachreferat im BZSt erstellt.

2. Zeitraumen

Der Zeitrahmen für die Evaluierung wird durch zwei Vorgaben bestimmt. Diese Vorgaben sind nicht aufeinander abgestimmt. Im Einzelnen sind dies:

- Die im Beratungsverlauf des Gesetzgebungsverfahrens geäußerte Bitte, nach Ablauf der drei ersten Anwendungsjahre des ab 2018 geltenden neuen Investmentsteuergesetzes gegenüber dem Finanzausschuss des Bundestages zu berichten, ob und inwieweit die angestrebten Ziele der Neuregelung erreicht wurden.⁵ Zu untersuchen sind damit die Jahre 2018, 2019 und 2020. Im Hinblick auf die zeitlichen Abläufe bei den Veranlagungen, Erstattungen von Kapitalertragsteuern oder Betriebsprüfungen, ist davon auszugehen, dass für das Jahr 2020 erst im Jahr 2023 hinreichende Erfahrungen und Informationen gesammelt werden könnten. Ein fundierter Abschluss der Evaluation ist daher erst im Laufe des Jahres 2024 möglich. Die aus der Evaluierungspraxis bekannten Vorlaufzeiten ergeben sich einerseits aus den Festsetzungsfristen und andererseits aus der Arbeitsauslastung der Betriebsprüfungsstellen, welche oftmals erst einige Jahre nach dem Ablauf des Veranlagungszeitraums mit einer Prüfung beginnen können. Auch die Betriebsprüfung selbst erstreckt sich im Regelfall über einen längeren

² BGBl. I 2016, S. 1730

³ BT-Drs. 18/8739, S. 90

⁴ BT-Drs. 18/8045, S. 66. Damit wird auch die Evaluierungsverpflichtung nach der von der Bundesregierung beschlossenen Konzeption zur Evaluierung neuer Regelungsvorhaben erfüllt.

⁵ Vgl. BT-Drs. 18/8739, S. 90

Zeitraum. Der erforderliche Zeitraum für die Sammlung von Erfahrungswerten und Informationen ist somit ggf. länger als der vom Gesetzgeber vorgesehene Zeitraum. Aus diesem Grund ist vorgesehen, bis Mitte 2023 einen Zwischenbericht und bis Ende 2024 / Anfang 2025 einen finalen Bericht zu erstellen.

- Das in dem Gesetzentwurf formulierte Erfordernis, die Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft, Bürgerinnen / Bürger und Verwaltung sowie das Erreichen der Wirkungsziele der Regelungen fünf Jahre nach Inkrafttreten zu evaluieren.⁶ Nach Artikel 11 Absatz 3 des Investmentsteuerreformgesetz treten die zu evaluierenden Regelungen am 1. Januar 2018 in Kraft.⁷ Der Beginn der Evaluierung würde danach auf einen Zeitpunkt nach Ablauf des Jahres 2022 fallen. Nach den Erfahrungswerten aus der Evaluierungspraxis ist bereits zu einem früheren Zeitpunkt mit der Sammlung von Erfahrungswerten und Informationen zu beginnen. Andernfalls lassen sich oftmals Daten aus der Zeit vor der Rechtsänderung oder aus der Phase kurz nach Einführung des neuen Rechts nicht mehr beschaffen. Daher hat das Statistische Bundesamt bereits im Jahr 2022 mit der Nachmessung des Erfüllungsaufwands begonnen.

3. Untersuchungsgegenstand

Das vor 2018 geltende Investmentsteuergesetz wurde in einer Neuregelung grundlegend umgestaltet. Mit der Reform der Investmentbesteuerung sollten insbesondere

- EU-rechtliche Risiken ausgeräumt werden,
- einzelne Steuersparmodelle (insbesondere die Umgehung der Dividendenbesteuerung) verhindert werden,
- steuerliches Gestaltungspotential eingeschränkt werden und
- administrativer Aufwand abgebaut werden.⁸

Das abgelöste Investmentsteuergesetz war durch die fortlaufenden Anpassungserfordernisse an den EU-Binnenmarkt und die sich im steten Wandel befindlichen Finanzinstrumente der Banken und Investmentfonds nicht mehr hinreichend praktikabel. Der administrative Aufwand würde nach der Einschätzung des Gesetzgebers bei der Durchführung der weiteren erforderlichen Anpassungen in einem deutlichen Missverhältnis zu den Besteuerungsergebnissen stehen.⁹

Daher hat der Gesetzgeber ein neues Besteuerungssystem für (Publikums-)Investmentfonds eingeführt, das wesentlich einfacher, leichter administrierbar und gestaltungssicherer sein soll. Das bisherige semitransparente Besteuerungssystem wird daneben zwar fortgeführt, aber nur

⁶ Vgl. BT-Drs. 18/8045, S. 66

⁷ Vgl. BGBl. I 2016, S. 1756

⁸ BT-Drs. 18/8045, S. 1, vgl. auch BT-Drs. 18/8045, S. 49.

⁹ Vgl. BT-Drs. 18/8045, S. 1.

noch für Spezial-Investmentfonds, in die grundsätzlich nur institutionelle Anleger investieren dürfen. Aufgrund der beschränkten Anlegerzahl von maximal 100 Anlegern und des Umstandes, dass alle Anleger bekannt sind, kann im Rahmen eines Feststellungsverfahrens auch die Einhaltung von sehr komplexen Besteuerungsvorschriften sichergestellt werden. Der damit verbundene administrative Aufwand ist hier angemessen, da in Spezial-Investmentfonds typischerweise nur Großanleger investieren.¹⁰

Den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Neuregelung beschreibt der Gesetzentwurf wie folgt:

„Das Investmentsteuergesetz unterscheidet zukünftig zwischen zwei voneinander unabhängigen Besteuerungssystemen.

- *Die Basis bildet ein einfaches, leicht administrierbares und gestaltungssicheres „intransparentes“ Besteuerungssystem für Investmentfonds, das wie bei anderen Körperschaften auf der getrennten Besteuerung von Investmentfonds und Anleger basiert. Diesem System unterfallen mit Ausnahme von Personengesellschaften zunächst alle Kapitalanlagevehikel unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung oder ihrem Anlegerkreis [...].*
- *Für Spezial-Investmentfonds wird unter den gleichen Voraussetzungen wie bisher das heutige semitransparente Besteungsverfahren fortgeführt. [...]. Der Begriff „Semi-Transparenz“ bringt zum Ausdruck, dass bei Spezial-Investmentfonds – anders als bei Personengesellschaften – nicht alle Einkünfte dem Anleger zugerechnet werden. Vielmehr bedarf es für die Zurechnung einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung. Aufgrund dieser Semi-Transparenz ist das heutige Investmentsteuerrecht günstiger für die Anleger als die Direktanlage, da bestimmte Erträge (im Wesentlichen Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren und aus Termingeschäften) steuerfrei thesauriert werden können (sog. Thesaurierungsprivileg).*

Das mit dem AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz eingeführte Besteuerungsregime für Investitionsgesellschaften wird in die vorgenannten Systeme integriert. Die in der Praxis mitunter schwierige Abgrenzung zwischen Investmentfonds und Investitionsgesellschaften entfällt.“¹¹

Die gesetzlichen Neuregelungen sind am 1. Januar 2018 in Kraft getreten.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/8045, S. 1.

¹¹ BT-Drs. 18/8045, S. 54; Hinweis zum AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz:

Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG), BGBl I 2013, S. 4318 ff;

AIFM-Richtlinie (2011/61/EU) vom 11. November 2010, Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund Manager-Directive)

III. Durchführung und Erkenntnisse der Evaluation

Das Ziel dieser Evaluierung ist die Untersuchung, ob die vom Gesetzgeber angestrebten Wirkungsziele erreicht wurden und wie sich der Erfüllungsaufwand verändert hat. Im Einzelnen wurde (und wird zum Teil noch) Folgendes untersucht:

- Dividendenbesteuerung
 - Wird die Umgehung der Dividendenbesteuerung wirksam verhindert?
- EU-Recht
 - Wurden die EU-rechtlichen Risiken des alten Investmentsteuerrechts ausgeräumt?
 - Sind durch das neue Investmentsteuergesetz neue EU-rechtliche Risiken aufgetreten?
- Steuergestaltungen
 - Wurden die bekannten Steuersparmodelle im Investmentsteuerrecht wirksam verhindert?
 - Sind neue Gestaltungen aufgetreten und wo besteht noch Gestaltungspotential?
- Steuervereinfachung
 - Wurde mit der Reform das Besteuerungsrecht für Investmentfonds vereinfacht und administrativer Aufwand abgebaut?
 - Welche Möglichkeiten bestehen, um das neue Investmentsteuergesetz zu vereinfachen?
 - Hat sich die als Ersatz für die ausschüttungsgleichen Erträge eingeführte Vorabpauschale bewährt?
 - Sollten die Regelungen der Vorabpauschale geändert werden?
- Erfüllungsaufwand
 - Wie hat sich der im Zuge der Investmentsteuerreform geschätzte Erfüllungsaufwand bei einer Nachmessung verändert?
- Standort
 - Hat die Investmentsteuerreform Auswirkungen auf Deutschland als Fondsstandort und wenn ja, welche?

- Teilfreistellungssätze
 - Ist die Höhe der Teilfreistellungssätze angemessen, die als Ausgleich für die Besteuerung auf der Fondsebene eingeführt wurden?

Die genannten Themenbereiche werden im Einzelnen nachfolgend betrachtet.

1. Dividendenbesteuerung (Cum/Cum)

a. Funktionsweise der Regelungen zur Verhinderung der Umgehung der Dividendenbesteuerung (Cum/Cum)

Um Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum-Geschäfte) zu verhindern, macht der mit der Investmentsteuerreform eingeführte § 36a EStG, flankiert durch die Regelungen des § 50j EStG und § 31 Absatz 3 InvStG die vollständige Anrechenbarkeit der auf Dividenden erhobenen Kapitalertragsteuer von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig, die bei der Durchführung von Cum/Cum-Gestaltungen nicht erfüllt werden können und deshalb bei Cum/Cum-Gestaltungen zu einer Versagung der vollständigen Kapitalertragsteueranrechnung führen. Neben der Besteuerung von Dividendenerträgen auf Fondsebene bildet § 36a EStG einen weiteren Baustein zur Verhinderung von Umgehungsgestaltungen. Die volle Anrechnung der auf eine Dividendenzahlung einbehaltenen Kapitalertragsteuer wird nach § 36a EStG nur gewährt, wenn der Steuerpflichtige die Aktie für einen Mindestzeitraum hält (Mindesthaldedauer) und während der Mindesthaldedauer ein wesentliches Kursrisiko trägt (Mindestwertänderungsrisiko). Die Elemente der Mindesthaldedauer und des Mindestwertänderungsrisikos sollen verhindern, dass Aktien nur kurzfristig auf einen inländischen Erwerber übertragen werden und bestehende Kursrisiken während der Haldedauer über Sicherungsgeschäfte ausgeschlossen werden.

Die nur kurzfristige Übertragung von Aktien, verbunden mit der gleichzeitigen Ausschaltung von Kursrisiken über Sicherungsgeschäfte sind typische Elemente von Cum/Cum-Gestaltungen. Bei den der Finanzverwaltung bekannten Cum/Cum-Gestaltungen wurden die Transaktionen in der Regel so gestaltet, dass der Erwerber der Aktien zwar steuerpflichtige Dividenden erzielt hat, die Dividendenerträge aber mit gleichzeitig und vorab abgesprochenen Aufwendungen aus einer späteren Rückveräußerung der Aktien oder aus einem Wertpapierleihgeschäft verrechnet wurden. Im Ergebnis kommt es durch die Verrechnung der Dividendenerträge mit den durch die Transaktion entstandenen Aufwendungen bei dem Erwerber zu einer geringen Steuerlast, so dass dem Erwerber der Aktien die auf die Dividendenzahlung einbehaltene Kapitalertragsteuer erstattet wird. Der aus der Steuergutschrift nach Verrechnung mit den Aufwendungen resultierende Ertrag aus der Gestaltung wird zwischen den Beteiligten

aufgeteilt. Häufig wurden von ausländischen Gesellschaften für diesen Zweck Investmentfonds in Deutschland gegründet.¹²

b. Durchführung der Evaluation (Cum/Cum)

Das BMF hat zu den Themenkomplexen „Vereinbarkeit mit Unionsrecht“, „Steergestaltungen“ und „Vereinfachung“ ein Forschungsgutachten an Herrn Professor Dr. Heribert Anzinger (Universität Ulm), Herrn Professor Dr. Falko Tappen (TSC Treuhand Steuerberatungsgesellschaft mbH, Hochschule Speyer) und Herrn Professor Dr. Werner Haslehner (Universität Luxemburg) vergeben. Das Gutachten liegt als **Anlage 4** bei. Für das Thema „Umgehung der Dividendenbesteuerung“ war Professor Anzinger federführend tätig.

Darüber hinaus wurde eine Arbeitsgruppe mit Experten des Bundes und der Länder zur Evaluation einberufen. Eine der Aufgaben der Arbeitsgruppe ist die Analyse von Erkenntnissen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung. Ein erster Workshop fand vom 20. bis 23. September 2021 statt. An diesem ersten Arbeitstreffen haben auch die Professoren Anzinger, Tappen und Haslehner teilgenommen. Ein weiterer Workshop fand vom 19. bis 21. September 2022 statt.

Als weitere Maßnahme hat das BMF mit Schreiben vom 18. November 2020 einen Fragenkatalog zur Evaluation der Investmentsteuerreform an die obersten Finanzbehörden der Länder und das BZSt gerichtet (liegt als **Anlage 1** bei). Die Länder wurden bis zum 30. Juni 2021 um eine erste Stellungnahme gebeten, ob nach Einschätzung der Länder und des BZSt Cum/Cum-Gestaltungen wirksam durch die Einführung des § 36a EStG ausgeschlossen wurden. Da die Betriebsprüfungsstellen und die Innendienste der Finanzämter erst sukzessive Erfahrungen mit dem reformierten Investmentsteuerrecht sammeln, wurde um eine weitere Stellungnahme bis zum 30. Juni 2022 und um eine finale Stellungnahme bis zum 30. Juni 2024 gebeten.

Mit einem weiteren Schreiben vom 18. November 2020 hat das BMF einen ähnlichen Fragekatalog an die Verbände der Finanzbranche übersandt (als **Anlage 2** beigefügt). Darin wurde ebenfalls eine erste Stellungnahme bis zum 30. Juni 2021, um eine weitere Stellungnahme zum 30. Juni 2022 und um eine finale Stellungnahme zum 30. Juni 2024 gebeten.

Zur Ergänzung des Befunds wurden durch das BZSt Daten zu Wertpapierübertragungen (Settlementdaten) der Clearstream Banking AG (Frankfurt) untersucht. Diese Untersuchung verfolgte den Zweck, durch eine Betrachtung der Aktienübertragungen um den Dividendenstichtag zu ermitteln, ob um den Dividendenstichtag ein erhöhtes Volumen an Transaktionen bei Dividendenpapieren feststellbar ist, die mit Steuergestaltungen in Zusammenhang stehen könnten. Für die Jahre 2013 bis einschließlich 2018 (Anwendungsbeginn des § 36a EStG war

¹² Vgl. BT-Drs. 18/8045, S. 49 ff.

der 1. Januar 2016) wurde für ausgewählte Aktiengattungen untersucht, ob und inwieweit die Summe der Aktienübertragungen in zeitlicher Nähe zum Dividendenstichtag von dem durchschnittlichen Volumen im Rest des Jahres abweicht. Dabei wurden Aktientitel mit Dividendenausschüttung und Aktientitel ohne Dividendenausschüttung in die Betrachtung einbezogen, um Auffälligkeiten bei den für Gestaltungszwecke nutzbaren Aktientiteln mit Dividendenausschüttung feststellen zu können.

Die Ergebnisse wurden mit Erhebungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) verglichen, die die Handelsaktivitäten von DAX-Werten und von börsengehandelten sowie nicht-börsengehandelten Derivaten im Dividendenzeitraum zum Gegenstand hatten. Die Einbeziehung von Derivatepositionen erfolgte, da Aktienderivate bei Cum/Cum-Gestaltungen zur Absicherung von Kursrisiken beim Erwerber der Aktien eingesetzt werden. Durch den Vergleich der beiden Informationsquellen wurde der Zeitraum um den Dividendenstichtag sowohl aus dem Blickwinkel der Wertpapierabwicklung (Settlement) als auch aus dem Blickwinkel des Wertpapierhandels (Trading) beleuchtet.

Weiterhin wurde bei Auswertung der Anzeigen aus der Anzeigepflicht für grenzüberschreitende Gestaltungen geprüft, ob Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung identifiziert werden können. Bislang sind allerdings keine Mitteilungen zu dieser spezifischen Steuergestaltung eingegangen, die inländisches Steuersubstrat betroffen haben.

c. Ergebnisse der Rückäußerung der Länder und Verbände

Den Rückäußerungen sowohl zum 30. Juni 2021 als auch zum 30. Juni 2022 zu dem mit Schreiben vom 18. November 2020 übersandten Fragenkatalog ist zu entnehmen, dass die Regelung des § 36a EStG sowohl durch die obersten Finanzbehörden der Länder als auch durch die beteiligten Verbände eine hohe Wirksamkeit bei der Verhinderung von Cum/Cum-Gestaltungen attestiert wird. Für Veranlagungszeiträume nach Einführung der Norm wurden durch die Finanzverwaltung keine Aufgriffsfälle zu Cum/Cum-Gestaltungen berichtet. Auch von Seiten der beteiligten Verbände wurden keine Erkenntnisse zur Umsetzung von Cum/Cum-Gestaltungen mitgeteilt. Teilweise wird der hohe administrative Aufwand infolge der Umsetzung der Norm kritisiert.

d. Untersuchung der Entwicklung der Settlementdaten durch das BZSt

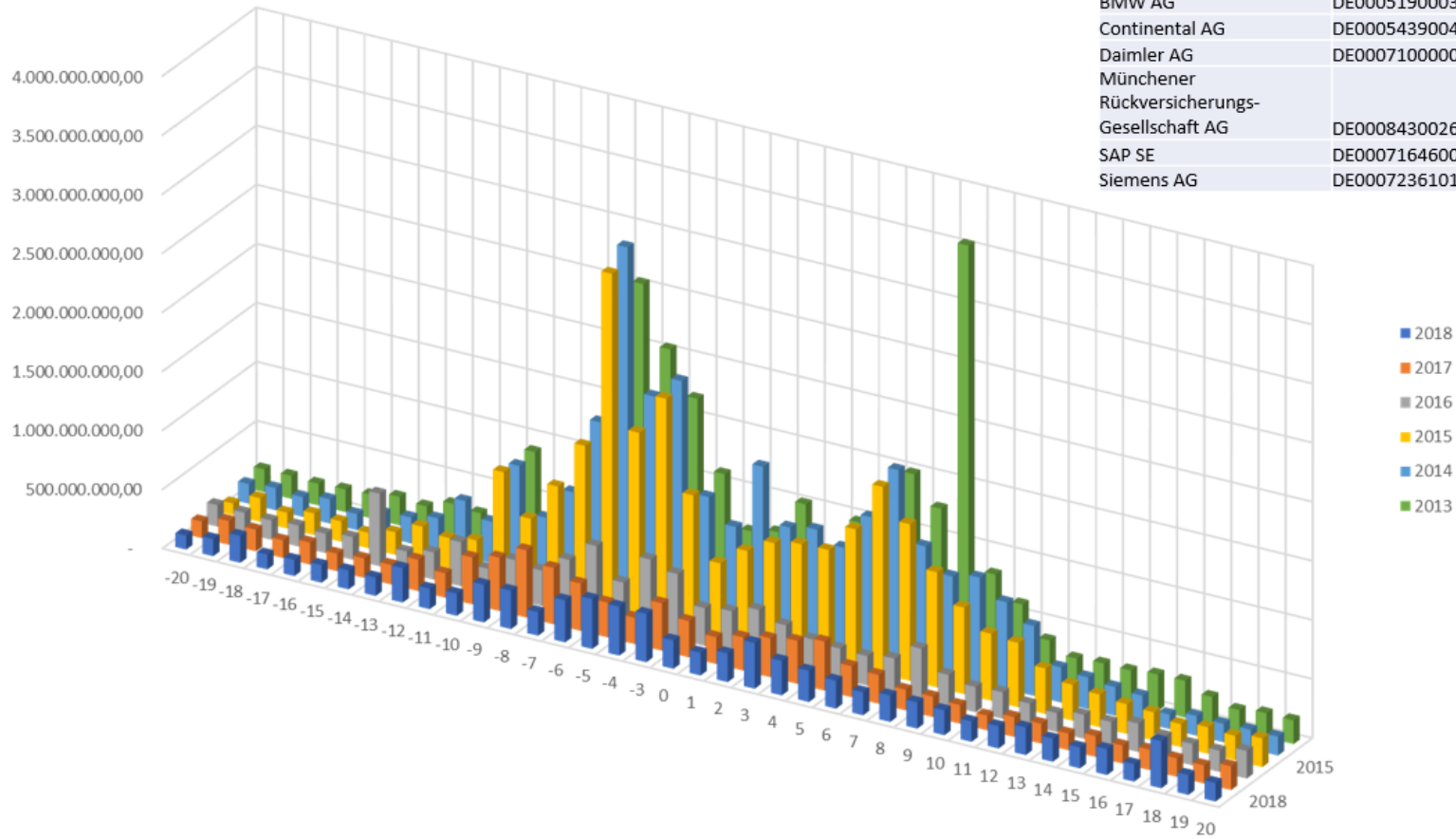
Aus der Untersuchung des BZSt zur Entwicklung der Settlementdaten für die Jahre 2013 bis 2018 ergab sich aus dem Vergleich der Zeiträume 2013 bis 2015 (Periode vor Einführung von § 36a EStG) und der Zeiträume 2016 bis 2018 (Periode nach Einführung des § 36a EStG) ein massiver Rückgang der Aktienübertragungen im Zeitraum um den Dividendenstichtag. Dieser Befund galt insbesondere bei Aktiengattungen mit hohen Dividendenzahlungen und entsprechend hohem Kapitalertragsteuervolumen, die für Zwecke der Gestaltungen von besonderem

Interesse ist. In den Vergleichsperioden konnte ein Rückgang von 75 % bei den Aktienübertragungen festgestellt werden. Diese Entwicklung war demgegenüber bei Aktiengattungen, die keine oder nur steuerfreie Dividenden ausschütten und für Cum/Cum-Gestaltungen nicht nutzbar sind, nicht zu verzeichnen. Hier ergab sich über die Vergleichsperioden ein vergleichsweise stabiles Volumen auf weit niedrigerem Niveau. Allerdings ist auch bei diesen Aktiengattungen, die für Cum/Cum-Gestaltungen nicht verwendet werden können, um den Dividendenstichtag ebenfalls ein Anstieg des Transaktionsvolumens erkennbar.

Der Blick auf die Settlementdaten zeigt eine zeitliche Koinzidenz zwischen der Einführung des § 36a EStG und einem spürbaren Rückgang der Transaktionsvolumina. Auch aus diesem Blickwinkel auf die Marktprozesse ergeben sich keine Hinweise, dass die Regelung des § 36a EStG keine Wirkung entfaltet hätte. Vielmehr sind die starken Rückgänge im Transaktionsvolumen bei dividendentragenden Aktien in der Periode 2016 bis 2018 ein weiteres Indiz, dass die gesetzlichen Regelungen ihren Zweck erfüllen.

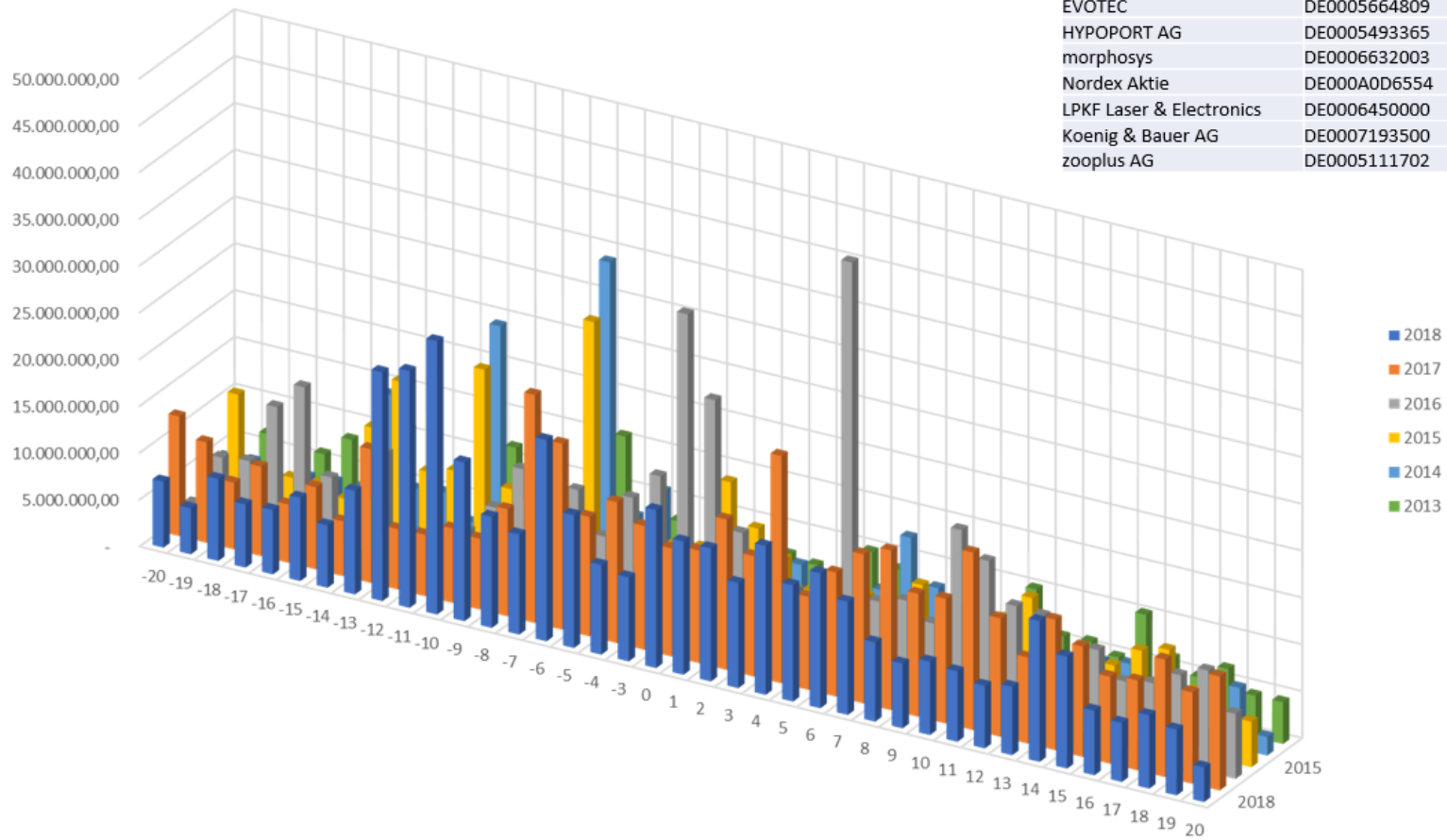
9 Aktiengattungen, hohes Dividendenvolumen
0 = HV-Tag

Emittent	ISIN
Allianz SE	DE0008404005
BASF SE	DE000BASF111
Bayer AG	DE000BAY0017
BMW AG	DE0005190003
Continental AG	DE0005439004
Daimler AG	DE0007100000
Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	DE0008430026
SAP SE	DE0007164600
Siemens AG	DE0007236101



8 Aktiegattungen, niedriges Dividendenvolumen
 0 = HV-Tag

Emittent	ISIN
AIXTRON	DE000A0WMPJ6
EVOTEC	DE0005664809
HYPOPORT AG	DE0005493365
morphosys	DE0006632003
Nordex Aktie	DE000A0D6554
LPKF Laser & Electronics	DE0006450000
Koenig & Bauer AG	DE0007193500
zooplus AG	DE0005111702



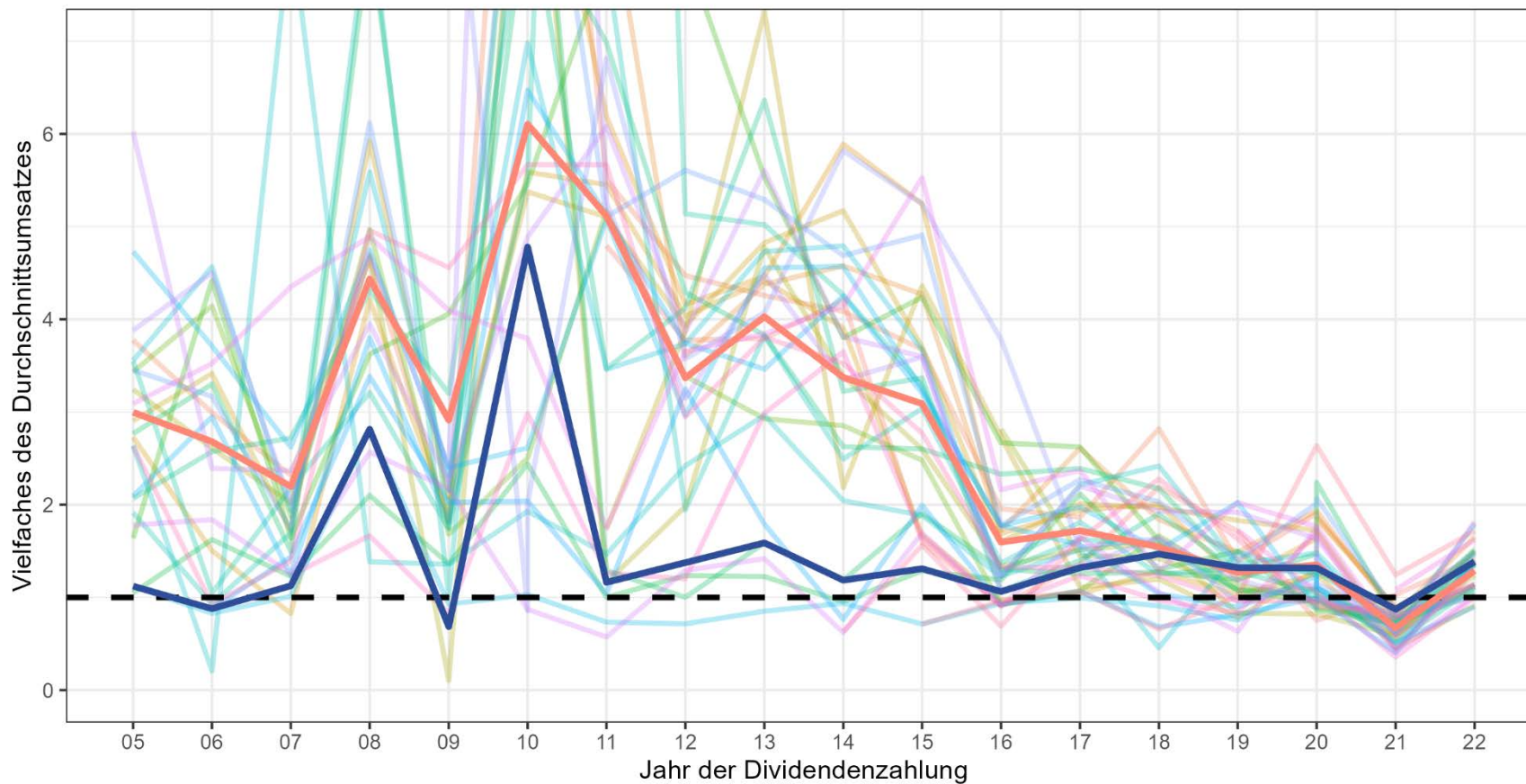
e. Untersuchung der Handelsdaten durch die BaFin

Die Untersuchung der Handelsdaten um den Dividendenstichtag ergibt ein korrespondierendes Bild. Nach den Feststellungen der BaFin ist sowohl das Volumen der betrachteten Aktien als auch das entsprechende Derivatevolumen stark rückläufig. Im Zeitraum seit dem Jahr 2005 erreichte das Handelsvolumen im Jahr 2010 den Höhepunkt und ist in den Folgejahren stark rückläufig. Im Jahr 2016 ist innerhalb des rückläufigen Trends ein besonders starker Rückgang zu verzeichnen. Seit dem Jahr 2019 verbleibt das Volumen um den Dividendenstichtag auf relativ konstantem Niveau, das aber im Vergleich zu den Zeiträumen vor dem Jahr 2016 wiederum niedriger ist. Dieses Ergebnis korrespondiert mit den Umsätzen zu Aktienderivaten, die ebenfalls ein deutlich rückläufiges Niveau ausweisen.

Aus der Betrachtung von Wertpapierhandels- und Abwicklungsdaten ergeben sich keine Hinweise, dass die gesetzgeberischen Maßnahmen keine Wirkung entfaltet hätten. Vielmehr ergeben sich im Gegenteil klare Indizien, einer stark rückläufigen Marktaktivität seit dem Jahr 2016.

Veränderungen der Handelsvolumina um die HV-Termine 2005-2022

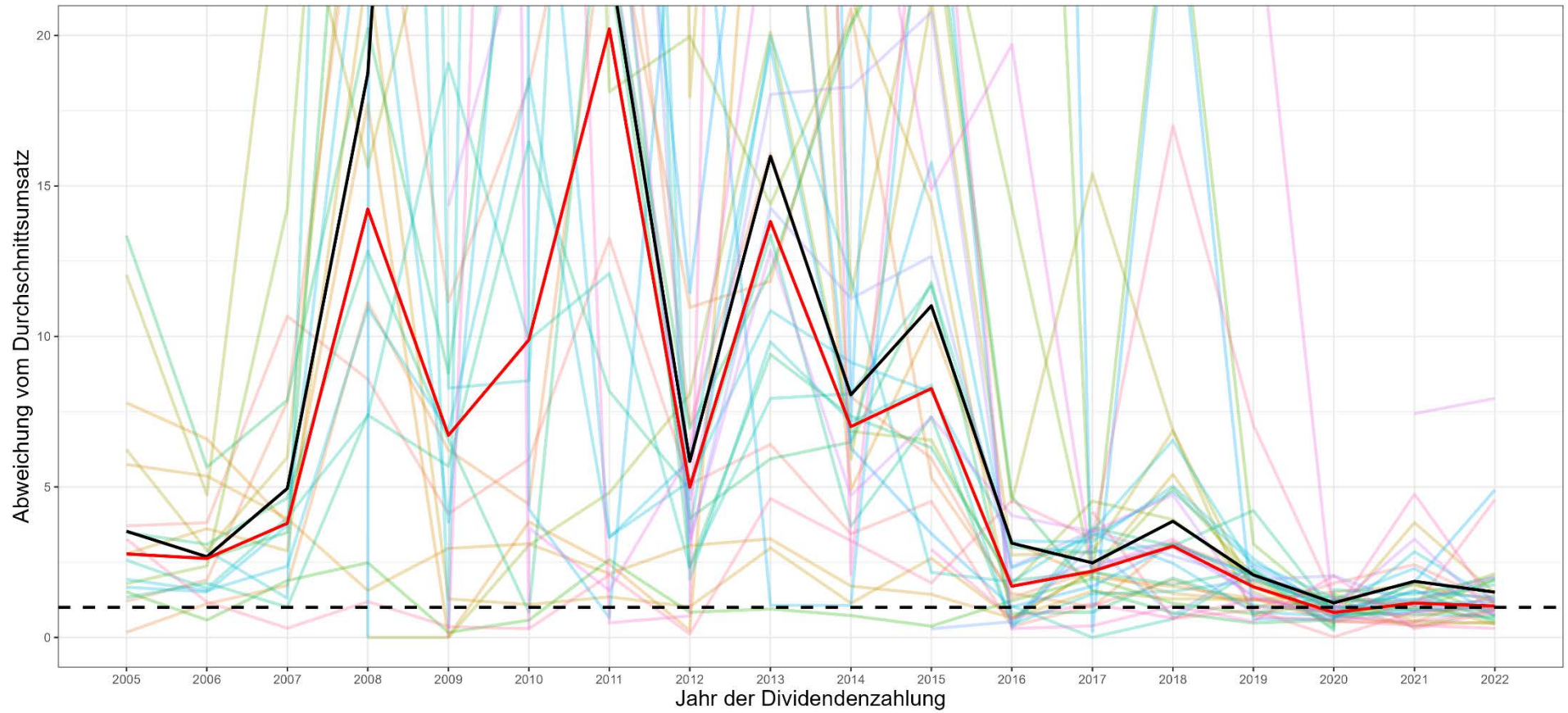
DAX-Werte



Mittelwert über Umsatzveränderung — bei nicht-divideneausschüttenden Aktien — bei divideneausschüttenden Aktien

Veränderung der Handelsvolumina in Eurex-Derivaten auf DAX 40 um die HV-Termine

Median (rot) und arithm. Mittel (schwarz) der Abweichungen vom Durchschnittsumsatz



f. Gutachten von Prof. Anzinger zur Dividendenbesteuerung (Cum/Cum)

Der von Professor Anzinger zur „Umgehung der Dividendenbesteuerung“ verfasste Teil des Gutachtens kommt zusammenfassend zu folgenden Ergebnissen:

- *Die Vorschrift des § 36a EStG wirkt Cum/Cum-Gestaltungen weitgehend wirksam entgegen. Sie ähnelt ebenso wirksam angesehenen Regelungsvorbildern im Ausland. Die zusätzlichen Anrechnungsvoraussetzungen mit der Mindesthaltedauer, dem Mindestwertänderungsrisiko und dem Weiterleitungsverbot sind hinreichend zielgenau gefasst, um Anreize für Umgehungsgestaltungen wirksam zu beseitigen.*

BMF: Die Feststellungen im Gutachten decken sich mit den Erkenntnissen aus der Erhebung bei den obersten Finanzbehörden der Länder und aus der Befragung der Verbände. Die Wirksamkeit der Regelung wird als hoch eingeschätzt, für Zeiträume nach 2016 sind keine Cum/Cum-Gestaltungen bekannt.

- *Um Rechtsunsicherheiten bei einzelnen grenzüberschreitenden Sachverhalten vorzubeugen, sollte der Gesetzgeber eine Klarstellung des Verhältnisses von § 36a EStG und § 50c EStG anstreben.*

BMF: Dieser Vorschlag betrifft seltene Ausnahmefälle, in denen inländische Dividenden der ausländischen Betriebsstätte einer inländischen Körperschaft in einem anderen DBA-Staat zufließen. In diesen Sonderfällen stellt sich die Frage der Reichweite des Anwendungsbereiches von § 36a EStG und der Abgrenzung zu den Regelungen des § 50c EStG. Eine klarstellende Regelung wird gegenwärtig geprüft.

- *Insbesondere der Nachweis zum Mindestwertänderungsrisiko führt zu hohem bürokratischem Aufwand, außerdem wäre das Anknüpfen an die tatsächliche Beteiligung an einer Umgehungsgestaltung zielgenauer. In der Mechanik des § 36a EStG sind hier Erleichterungen allerdings weitgehend ausgeschlossen, ohne das Ziel der Vorschrift zu gefährden.*

BMF: Der umfassende Tatbestand des § 36a EStG wurde bewusst gewählt, um Cum/Cum-Gestaltungen möglichst effektiv die kalkulatorische Grundlage zu entziehen. Bei einer Beschränkung des Anwendungsbereiches besteht die Gefahr der Eröffnung neuer Gestaltungsspielräume.

Neben einer Bewertung der Wirksamkeit und Administrierbarkeit des § 36a EStG werden in dem Gutachten Alternativen untersucht, mit denen ebenfalls die Umgehung der Dividendenbesteuerung vermieden werden könnte. Folgende „alternative Denkansätze“ werden in dem Gutachten dargestellt:

- *Eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung von Streubesitzdividenden und Veräußerungsgewinnen aus Streubesitzbeteiligungen sowohl bei inländischen wie auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten könnte unerwünschten Gestaltungen entgegenwirken. In dieselbe Richtung würden Änderungen bei den Zurechnungsregelungen bewirken, wenn eine Zurechnung der Dividendenerträge grundsätzlich zum Wertpapierverleiher bzw. Wertpapierver- und -rückkäufer erfolgen würde.*

BMF: § 36a EStG bietet durch die Anknüpfung beim Steuerinländer als Adressat der Regelung für die Finanzverwaltung den Vorteil der Überprüfbarkeit des Tatbestandes im Zuge der regulären Veranlagung und Prüfung der Steuerpflichtigen. Insbesondere die Frage der Zurechnung von Wertpapieren aus Aktientransaktionen oder der Realisierung von Veräußerungsgewinnen wäre dagegen nur schwer ohne Zugriff auf im Ausland realisierte Sachverhalte möglich. Die Prüfung einschlägiger Sachverhalte wäre mit zeit- und verwaltungsaufwändigen Maßnahmen verbunden bzw. in vielen Fällen mangels aussagekräftiger Unterlagen schwer möglich.

Zudem würde Deutschland von dem international üblichen Prinzip abweichen, dass Veräußerungsgewinne im Ansässigkeitsstaat des Veräußerers besteuert werden. Auf diesem Prinzip basieren auch die von Deutschland abgeschlossenen Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA), so dass diese geändert werden müssten. Praktisch würde sich die Frage stellen, wie Deutschland bei im Ausland durchgeführten Veräußerungsvorgängen hinreichende Informationen zur Besteuerung erhält und wie der Besteuerungsanspruch weltweit durchgesetzt werden könnte.

- *Gesetzliche Einbeziehung und abkommensrechtliche Absicherung von Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und von Dividendensurrogaten in Aktiengeschäften in die sachliche und die beschränkte Steuerpflicht. § 36a EStG müsste in diesem Fall aber subsidiär bestehen bleiben und wäre in seinem Anwendungsbereich durch abgestimmte Ausnahmen und absichernde Rückausnahmen zurückzuschneiden.*

BMF: Der für die Finanzverwaltung und die Abwicklungspraxis mit § 36a EStG verbundene administrative Aufwand ist ein Hauptkritikpunkt, der gegen die Norm vorgebracht wird. Der administrative Aufwand würde für die Finanzverwaltung und die Praxis zusätzlich erhöht, wenn der Tatbestand durch Ausnahmen und Rückausnahmen ergänzt würde.

- *Erwägenswert ist schließlich der grundsätzlichere Vorschlag einer allgemein abgeltenden Kapitalertragsteuer mit stark beschränkter Anrechnungs- und Erstattungsmöglichkeit.*

Dieser Vorschlag wäre aber mit weitreichenden Folgefragen im System der Abgeltungssteuer und der Unternehmensbesteuerung verbunden und könnte im Zusammenhang mit einer grundsätzlichen Reform der Kapitaleinkommensbesteuerung überdacht werden.

BMF: Die Umsetzung einer allgemein abgeltenden Kapitalertragsteuer für natürliche und juristische Personen wäre mit umfassenden Auswirkungen auf die Unternehmensbesteuerung insgesamt verbunden. So würde sich beispielsweise bei einer einheitlichen und abgeltenden Besteuerung in Höhe des DBA-Regelsatzes von 15 % die Frage der Anpassung der Körperschaftsteuersätze und der Besteuerung betrieblicher Einkünfte stellen, um dem Erfordernis einer rechtsformneutralen Besteuerung betrieblicher Einkünfte Rechnung zu tragen. Europarechtliche Grenzen, insb. bei einer Einbeziehung § 43b EStG in die Überlegungen wären zu berücksichtigen. Es wäre abzuwägen, ob das Ziel der Verhinderung spezifischer Kapitalmarktgestaltungen eine derart weitgehende Umstellung der Unternehmensbesteuerung rechtfertigt, zumal der Regelung des § 36a EStG als gestaltungsspezifische Norm ihre Wirksamkeit bescheinigt wird.

g. Befragung von Ländern und Verbänden zur Dividendenbesteuerung (Cum/Cum)

Das BMF hat die nachfolgend aufgelisteten Fragen an die Länder und Verbände gerichtet, dabei wurden eine Vielzahl an Anmerkungen vorgebracht. Im Folgenden wurde der Übersichtlichkeit halber eine Auswahl der Anmerkungen aufgenommen.

- *Wie beurteilen Sie die Wirksamkeit dieser gesetzlichen Maßnahmen zur Verhinderung von Cum/Cum-Geschäften? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Wirkung, 10 = hohe Wirkung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.*

Auswertung der Antworten

Bewertung	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Keine
16 Länder und BZSt								II	I	III	XI
Verbände									I	II	II

Sowohl die Länder als auch die Verbände sprechen § 36a EStG eine hohe Wirkung zur Verhinderung von Cum/Cum Geschäften zu. Es wurde ein hoher Compliance-Aufwand festgestellt, insbesondere im Zusammenhang mit der Ermittlung des Wertänderungsrisikos.

Die Wirksamkeit der gesetzlichen Maßnahme wurde von den Ländern durchschnittlich mit ca. 9,2 bewertet, wobei die abgegebenen Bewertungen zwischen 8 und 10 lagen. Einige Länder haben keine Bewertung zur Wirksamkeit vorgenommen, da in der Vergangenheit keine Cum/Cum-Gestaltungen festgestellt wurden, die eine zur Messung der Wirksamkeit geeignete Vergleichsgrundlage darstellen können.

Bei den Verbänden wurde die Wirksamkeit des § 36a EStG bei drei abgegebenen Bewertungen mit ca. 9,7 bewertet. Sie erachten die Vorschrift als wirksam – auch weil durch das hohe zu tragende Wertveränderungsrisiko und die längeren Haltefristen die Geschäfte wirtschaftlich unattraktiv geworden sind – aber tendenziell über das Ziel der Gestaltungsverhinderung hinausgehend und damit als überschießend.

- *Werden nach Ihrer Kenntnis derzeit Cum/Cum-Geschäfte über Investmentfonds als Käufer von Aktien abgewickelt?*

Auswertung der Antworten

Es wurde festgestellt, dass weiterhin Aktiengeschäfte um den Dividendenstichtag abgewickelt werden. § 36a EStG hat nicht zu einem Ausschluss des Aktienhandels geführt, so dass insoweit keine negativen Folgewirkungen der Norm festgestellt wurden. Es liegen aber keine Erkenntnisse dafür vor, dass weiterhin Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung betrieben würden.

- *Sind Ihnen ab 2016 praktizierte Formen von Cum/Cum-Geschäften bekannt? Wenn ja, beschreiben Sie diese bitte.*

Auswertung der Antworten

Weder den Ländern noch den Verbänden sind solche Geschäfte ab 2016 bekannt.

- *Falls Ihnen ab 2016 praktizierte Formen von Cum/Cum-Geschäften bekannt sind: Wie könnten diese Gestaltungen unterbunden werden?*

Auswertung der Antworten

Mangels Feststellungen zu einschlägigen Fällen sind auf diese Frage keine Rückmeldungen erfolgt.

2. EU-Rechtskonformität

a. Umfang und Durchführung der Überprüfung der EU-Rechtskonformität

Nach der Einschätzung des Gesetzgebers wurden durch das Investmentsteuerreformgesetz alle hierfür einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen erfüllt.

Diese Einschätzung wurde durch einen sachverständigen, unabhängigen Dritten überprüft.

Hierbei waren insbesondere folgende Fragestellungen Gegenstand der Untersuchung:

- Wurden die sich aus der ungleichen Besteuerung von inländischen und ausländischen Investmentfonds nach dem bis Ende 2017 geltenden Investmentsteuergesetz ergebenden EU-rechtlichen Risiken ausgeräumt?
- Gibt es in dem ab 2018 geltenden Investmentsteuergesetz EU-rechtlich relevante Ungleichbehandlungen von inländischen und ausländischen Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds? Wenn ja, sind diese EU-rechtlich gerechtfertigt?
- Gibt es in dem ab 2018 geltenden Investmentsteuergesetz EU-rechtlich relevante Ungleichbehandlungen von inländischen und ausländischen Anlegern von inländischen oder ausländischen Investmentfonds oder von inländischen oder ausländischen Spezial-Investmentfonds? Wenn ja, sind diese EU-rechtlich gerechtfertigt?
- Ist das ab 2018 geltenden Investmentsteuerrecht im Übrigen mit dem EU-Recht vereinbar (insbesondere Vereinbarkeit mit den Regelungen des Beihilferechts)?

Das BMF hat zu den Themenkomplexen „Vereinbarkeit mit Unionsrecht“, „Steuergestaltungen“ und „Vereinfachung“ ein Forschungsgutachten an Herrn Professor Dr. Heribert Anzinger (Universität Ulm), Herrn Professor Dr. Falko Tappen (TSC Treuhand Steuerberatungsgesellschaft mbH, Hochschule Speyer) und Herrn Professor Dr. Werner Haslehner (Universität Luxemburg) vergeben. Für das Unionsrecht war Professor Haslehner federführend tätig.

Am 9. März 2021 hat das BMF in Zusammenarbeit mit den Gutachtern einen Workshop mit dem Thema „Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018“ durchgeführt. Professor Haslehner hat in einem einführenden Vortrag seine Zwischenergebnisse vorgestellt. Anschließend fand eine Paneldiskussion statt. Mit mehr als 250 Teilnehmerinnen und Teilnehmern diskutierten Judith Mertesdorf Perathoner (Franklin Templeton International Services S.à.r.l., Mitglied im Steuerarbeitskreis der Association of the Luxembourg Fund Industry, ALFI), Manfred Dietrich (Norton Rose Fulbright Luxemburg), Dr. Martin Klein (Hengeler Mueller), Holger Sedlmaier (Bundesverband Investment und Asset Management, BVI), Kerstin Friedheim (BMF) und Thomas Redert (BMF) die vom Referenten vorgestellten Zwischenergebnisse der Evaluation. Ein Tagungsbericht ist als **Anlage 3** beigelegt.

Das finale Gutachten von Professor Haslehner wurde zusammen mit den Teilgutachten von Professor Anzinger und Professor Tappen am 30. November 2022 fertiggestellt und ist als **Anlage 4** beigelegt. Zusammengefasst wird darin Folgendes festgestellt (vgl. Seite 12 bis 14 des Gutachtens):

b. Ausräumung der unionsrechtlichen Bedenken vor der Reform

- *Die vor der Investmentfondssteuerreform gehegten unionsrechtlichen Bedenken sind durch das InvStG soweit ersichtlich ausgeräumt worden. Die Reform des Investmentsteuerrechts wird aus unionsrechtlicher Sicht als gelungen bezeichnet.*
- *Insbesondere entfällt mit der sowohl für in- wie ausländische Investmentfonds eingeführten Körperschaftsteuerpflicht eine prima facie Ungleichbehandlung, die Gegenstand des EuGH-Verfahrens C 537/20 (Vorlagebeschluss BFH I R 33/17) war.*

c. Unionsrechtliche Beurteilung der Investmentfondsbesteuerung

Explizite Ungleichbehandlungen, wie sie vor 2018 zulasten grenzüberschreitender Situationen bestanden, wurden mit dem InvStG nahezu lückenlos beseitigt. Im Lichte des Auftrages einer kritischen Betrachtung des Gesetzes sowohl aus primärrechtlicher als auch sekundärrechtlicher Perspektive greift das Gutachten Punkte auf, hinsichtlich derer ein gewisser Anpassungsbedarf konstatiert werden kann. Dabei handelt es sich durchweg um Detailfragen, welche wohl nur einen relativ kleinen Anteil von Fällen betreffen. Für die große Mehrzahl der Regelungen und Fallgestaltungen bestehen keine Bedenken.

Die Bestimmungen der §§ 6-24 InvStG werfen folgende primärrechtliche Fragen auf:

- *Die Einschränkung der Vermittlung der Steuerbefreiung des § 8 Absatz 1 Nummer 2 InvStG auf Fälle, in denen Anteile über Vorsorgeverträge nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG) gehalten werden, kann unter Umständen zu Nachteilen für ausländische Anbieter führen. Dem könnte durch Verweis auf vergleichbare ausländische Vorsorgeverträge abgeholfen werden.*

BMF: Aus unserer Sicht besteht keine Schlechterstellung ausländischer Anbieter, da sich diese nach dem AltZertG ebenfalls Vorsorgeverträge zertifizieren lassen können.

- *Der Ausschluss ausländischer juristischer Personen des öffentlichen Rechts als eine Steuerbefreiung nach § 8 Absatz 2 Nummer 1 InvStG vermittelnde Anleger, soweit diese nicht unter § 8 Absatz 2 Nummer 2 InvStG fallen. Insofern kommt eine unionsrechtskonforme Auslegung ohne Änderung des Gesetzestextes in Betracht.*

BMF: Es sind keine entsprechenden Forderungen ausländischer juristischer Personen des öffentlichen Rechts bekannt. Auch in der Direktanlage ist keine Steuerbefreiung

für ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts vorgesehen. Falls es zu entsprechenden Forderungen käme, wäre eine gerichtliche Klärung empfehlenswert.

- *Die Beschränkung der Regelung zur Verschmelzung in § 23 InvStG auf Investmentfonds, die dem gleichen Recht unterliegen (Ausschluss grenzüberschreitender Fonds-Verschmelzungen), ist vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit kritisch zu sehen.*

BMF: Angesichts der jüngeren EuGH-Rechtsprechung, die der Abgrenzung der Besteuerungshoheiten zwischen den Mitgliedstaaten eine höhere Bedeutung beimisst, erscheint fraglich, ob die unionsrechtlichen Bedenken begründet sind. Falls es zu entsprechenden Forderungen käme, wäre eine gerichtliche Überprüfung empfehlenswert.

Darüber hinaus bestehen in eng umschriebenen Fallgestaltungen mögliche Verstöße gegen Sekundärrecht:

- *Soweit Investmentfonds unter den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie (MTRL) fallen, ist für ausgeschüttete Gewinnanteile ausländischer Schachtelbeteiligungen, die nach dem Gesetz nach § 6 Absatz 5 InvStG der Steuerpflicht unterliegen, eine Steuerbefreiung zu gewähren. Steuerpflichtige können sich insofern unmittelbar auf die Befreiungsbestimmungen der MTRL berufen, eine gesetzliche Klarstellung wäre dem aber vorzuziehen.*

BMF: Investmentfonds sind typischerweise steuerbefreit und können sich infolgedessen grundsätzlich nicht auf die MTRL berufen. Etwaige Sonderfälle können im Verwaltungsverfahren berücksichtigt werden, ohne dass es gesetzlicher Änderungen bedarf.

- *Die Steuerbefreiung des § 6 Absatz 2 InvStG kann außerdem zu weit gehen, wenn ein inländischer Investmentfonds ausländische Dividenden im Anwendungsbereich der MTRL vereinnahmt, die bei der leistenden Gesellschaft abzugsfähig waren (Art. 4 lit. a MTRL). Da § 6 Absatz 2 InvStG keine dem § 8b Absatz 1 Satz 2 KStG vergleichbare Korrespondenzregelung enthält, bedarf es allerdings einer gesetzlichen Umsetzung der Steuerpflicht, da eine analoge Anwendung des § 8b Absatz 1 Satz 2 KStG bzw. eine unmittelbare Anwendung des Art. 4 lit. a MTRL zulasten des Steuerpflichtigen nicht in Betracht kommt.*

BMF: Da die inländischen Investmentfonds fast ausschließlich Sondervermögen sind, kann die MTRL nur auf eine sehr kleine verbleibende Gruppe von Investmentfonds anwendbar sein, die in der Rechtsform einer Investmentaktiengesellschaft oder GmbH aufgelegt werden. Darüber hinaus setzt die Anwendung des Art. 4

lit. a MTRL voraus, dass die ausgeschütteten Gewinne von der ausschüttenden Gesellschaft von der steuerlichen Bemessungsgrundlage abgezogen werden können. Dividenden und sonstige Gewinnausschüttungen mindern typischerweise den steuerpflichtigen Gewinn aber nicht. Daher handelt es sich hier eher um ein theoretisches Problem ohne praktische Relevanz.

d. Unionsrechtliche Beurteilung der Spezial-Investmentfondsbesteuerung

Hinsichtlich der Besteuerung von Spezial-Investmentfonds bestehen im Ergebnis keine besonderen primärrechtlichen Bedenken. Nur soweit ein Spezial-Investmentfonds selbst der Steuer unterliegt und in den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie fällt, was nur äußerst selten der Fall sein sollte, stellt sich der Ausschluss der Anwendung von § 8b KStG und § 43b EStG im Lichte der Richtlinienvorgaben als problematisch dar.

BMF: Spezial-Investmentfonds werden fast ausschließlich in der Rechtsform von Sondervermögen aufgelegt, auf die die MTRL nicht anwendbar ist. Zudem setzt die eine Steuerbefreiung aufgrund der MTRL eine Schachtelbeteiligung, also eine mindesten 10 %-ige Beteiligung am Kapital der Tochtergesellschaft voraus. Bei Spezial-Investmentfonds wird das Halten von Schachtelbeteiligungen aber grundsätzlich durch § 26 Nummer 6 InvStG ausgeschlossen. Daher handelt es sich hier eher um ein theoretisches Problem ohne praktische Relevanz.

e. Unionsrechtliche Beurteilung der Anlegerbesteuerung

Die Besteuerung der Anlegerebene wirft einige Bedenken hinsichtlich sowohl der Investmentfonds als auch der Spezial-Investmentfonds auf:

- *Die im Schrifttum wiederholt geäußerten Bedenken gegen die Einschränkung der Teilfreistellung auf steuerpflichtige Anleger greifen auch im Licht des EuGH-Urteils in Rs. C-591/17 Österreich/Deutschland nicht durch.*
- *Ist eine inländische Kapitalgesellschaft als Anleger an einem ausländischen Investmentfonds, der ebenfalls in den Anwendungsbereich der MTRL fällt – was derzeit einen seltenen Ausnahmefall darstellt –, zu mindestens 10 % beteiligt, so ist bei Berufung auf die MTRL ungeachtet des § 16 Absatz 3 InvStG die Befreiung nach § 8b KStG anzuwenden. Diesbezüglich wäre eine Klarstellung wünschenswert.*
- *Die Voraussetzung einer mindestens 10 %-igen nominellen Ertragsbesteuerung für eine DBA-Freistellung ist vor dem Hintergrund der EuGH Rechtsprechung zur horizontalen Diskriminierung als mögliches Risiko zu sehen, sodass eine Anpassung überlegt werden sollte. Als Lösung käme eine Nachweismöglichkeit der tatsächlichen, auf ausgeschütteten Erträgen lastenden hinreichenden Besteuerung in Betracht.*

BMF: Eine Rechtsänderung wird geprüft.

- *Problematisch ist die Höhe der Teilfreistellungen in Abhängigkeit von der Erfüllung von Anlagegrenzen, die auf die Definition von „Kapitalbeteiligungen“ abstellt, da letztere hinsichtlich bestimmter Drittstaatengesellschaften benachteiligend ausgestaltet ist. Ein kohärent und verhältnismäßig ausgestaltetes System sollte auch für Beteiligungen an in Drittstaaten ansässigen Kapitalgesellschaften, die generell einer niedrigeren als 15 %-igen Ertragsteuer unterliegen, die Möglichkeit eines Nachweises vorsehen, dass eine dem Inlandsfall vergleichbare steuerliche Vorbelastung auf Ebene des Investmentfonds vorliegt, insbesondere durch eine Quellensteuer auf die an den Investmentfonds getätigten Ausschüttung.*

BMF: Konkrete Fälle sind keine bekannt. Es scheint eine eher theoretische Erwägung zu sein, denn Staaten ohne Ertragsbesteuerung oder mit sehr niedriger Ertragsbesteuerung erheben meist auch keine Quellensteuern.

f. Unionsrechtliche Beurteilung von Formalanforderungen des InvStG

- *Hinsichtlich der geprüften Formalanforderungen an Investmentfonds bestehen keine unionsrechtlichen Bedenken.*
- *Die in § 20 Absatz 4 InvStG geregelte Möglichkeit des Individualnachweises für die Erlangung der Teilfreistellung kann nicht zur Gänze entfallen, könnte aber wohl auf die Erfüllung entsprechender Kriterien in den Fonds-Anlagebedingungen eingeschränkt werden.*

BMF: Es stellt sich die Frage, ob eine Änderung des § 20 Absatz 4 InvStG dergestalt, dass der Anleger nur anhand der Anlagebedingungen eines ausländischen Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Teilfreistellung nachweisen kann, neue EU-rechtliche Zweifel auslösen würde. Bei dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass nach ausländischem Recht eventuell keine Anlagebedingungen vorgeschrieben sind und daher nicht vorliegen. Zudem kann es sein, dass in den vorhandenen Dokumentationen der Anlagestrategie eines ausländischen Investmentfonds keine konkreten Zahlenangaben hinsichtlich des Mindestumfangs in bestimmte Vermögensgegenstände, die zur Teilfreistellung berechtigen, enthalten sind. Mitunter kommt auch vor, dass nur Bandbreiten für die Vermögensanlage vorgegeben werden. Beispielsweise könnte dem Fondsmanagement erlaubt sein zwischen 20 % und 60 % in Aktien zu investieren. In allen diesen Fällen bliebe den Anlegern eine Teilfreistellung verwehrt, obwohl tatsächlich die Voraussetzung für eine Teilfreistellung von diesen Investmentfonds erfüllt werden.

3. Steuergestaltungen

a. Überblick über die im Investmentsteuerreformgesetz adressierten Steuergestaltungsmodelle

Mit dem Investmentsteuerreformgesetz sollten insbesondere die folgenden Steuergestaltungsmodelle ausgeschlossen werden:

- Mit Hilfe von Finanzderivaten konnte die jährliche Besteuerung von Zinsen und Dividenden umgangen werden. Zinsen und Dividenden mussten auch dann jährlich vom Anleger versteuert werden, wenn diese nicht ausgeschüttet, sondern von einem Fonds thesauriert wurden (sog. ausschüttungsgleiche Erträge). Um dies zu vermeiden, investierten „steueroptimierte“ Fonds nicht direkt in verzinsliche Anleihen oder Aktien, sondern nur mittelbar über ein Finanzderivat (z. B. mittels eines Swap-Vertrages zwischen dem Investmentfonds und einem Kreditinstitut). Durch diese Gestaltungen sollten keine steuerpflichtigen ausschüttungsgleiche Erträge, sondern nur steuerfrei thesaurierbare Gewinne aus Termingeschäften anfallen. Bei Investmentfonds ist die Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen durch die Vorabpauschale ersetzt worden. Bei Spezial-Investmentfonds ist jedoch die Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen fortgeführt worden. Um eine Steuerumgehung bei Spezial-Investmentfonds zu verhindern, sieht § 36 Absatz 2 Nummer 2 zweiter Halbsatz InvStG vor, dass die Erträge aus Swap-Verträgen der jährlichen Steuerpflicht unterworfen werden, soweit sie bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Surrogat für Zinsen oder Dividenden darstellen.
- Ein weiteres Gestaltungsmodell waren die sog. Kopplungsgeschäfte. Bei diesem Modell wurden von den Fonds gegenläufige Derivategeschäfte dergestalt abgeschlossen, dass garantiert Veräußerungsgewinne aus Aktien und in gleicher oder ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften entstanden. Kapitalgesellschaften sollten als Anleger des Fonds die Aktienveräußerungsgewinne steuerfrei vereinnahmen und gleichzeitig steuerwirksame Verluste aus Termingeschäften geltend machen können. Um diese Gestaltungen unattraktiv zu machen, sind nach § 39 Absatz 3 InvStG Verluste aus Finanzderivaten als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des EStG abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des EStG herbeigeführt hat.
- Um Gestaltungsmodelle mittels des sog. Ertragsausgleichs auszuschließen (Beispiele hierzu unter BR-Drs. 119/16, S. 53 f.), wurde der Ertragsausgleich bei Spezial-Investmentfonds durch das Instrument der besitzzeitanteiligen Zurechnung von Erträgen ersetzt (§ 36 Absatz 4 Satz 1 und § 35 Absatz 7 InvStG).

- Um die systemwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen durch Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds auszuschließen, wurden in § 16 Absatz 4 und § 34 Absatz 3 Satz 2 InvStG die Geltendmachung von Steuerfreistellungen aufgrund eines Abkommens zu Vermeidung der Doppelbesteuerung von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht. Dem gleichen Zweck dient die Regelung in § 26 Nummer 6 InvStG, nach der Spezial-Investmentfonds im Grundsatz keine Schachtelbeteiligungen halten dürfen.
- Vor der Investmentsteuerreform konnten Veräußerungsgewinne aus Aktien und Wertpapieren sowie Gewinne aus Termingeschäften unbeschränkt steuerfrei thesauriert werden. Um eine dauerhafte oder zumindest sehr lange Steuerstundung auszuschließen, sieht § 36 Absatz 5 InvStG vor, dass diese Gewinne nach Ablauf von 15 Geschäftsjahren als zugeflossen gelten und dann vom Anleger versteuert werden müssen.

b. Durchführung der Evaluation (Steuergestaltungen)

Zur Evaluation wurden die bereits oben ausführlicher dargestellten Instrumente eingesetzt:

- Vergabe eines Forschungsgutachtens (hier federführend: Professor Tappen),
- Schriftliche Abfrage bei den Länderfinanzbehörden und dem BZSt,
- Bitte um Stellungnahme gegenüber Verbänden und
- Expertenworkshop.

c. Gutachten von Prof. Tappen

aa. Neue Gestaltungsmöglichkeiten

In dem als **Anlage 4** beigefügten Gutachten von Prof. Tappen wird festgestellt, dass weiterhin Steuergestaltungspotential vorhanden ist. Konkret werden die folgenden Möglichkeiten für neue Steuersparmodelle benannt (vgl. S. 76 bis 85):

- ***Teilfreistellung***

Laut Anlagebedingungen müssen bei einem Aktienfonds fortlaufend mehr als 50 % (25 % Mischfonds) des Wertes des Investmentfonds in Aktien und anderen Kapitalbeteiligungen angelegt (Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote) werden. Derivate werden auf die Kategorisierung nicht angerechnet. Sie führen ggf. dazu, dass im Rahmen des Vertriebs die Fondskategorie nicht erwähnt werden darf. Für Steuerzwecke ist aber der Vertrieb irrelevant. Durch gezieltes Ausnutzen der investmentsteuerrechtlichen Anforderungen kann damit eine Teilfreistellung erreicht werden bei gleichzeitiger weitgehender Neutralisierung etwaiger Kursänderungsrisiken durch den Einsatz von Derivaten.

BMF: Die Absicherungen gegen Kursverluste durch Derivate ist ein übliches und legitimes Vorgehen bei der Kapitalanlage. Der beschriebene Einsatz von Derivaten stellt daher im Grundsatz keinen Gestaltungsmissbrauch dar. Vielmehr ist es eine wirtschaftliche Frage, ob die durch die Absicherung mit Derivaten erzeugten

Kosten noch ein angemessenes Chancen-Risiken-Verhältnis ermöglichen.

Gleichwohl sieht das BMF bei der Teilfreistellung potentielle Ansätze für Gestaltungsmodelle. Deshalb wurden bereits spezielle Abwehrmaßnahmen in das Gesetz aufgenommen (siehe beispielsweise § 2 Absatz 8 Satz 5 InvStG). Sofern konkrete neue Gestaltungsmodelle zur Ausnutzung der Teilfreistellung bekannt werden, sollten die Abwehrmaßnahmen ergänzt werden. Ein anderer Ansatz zur Verringerung des Gestaltungspotential wäre eine möglichst umfassende Vereinheitlichung von Teilfreistellungssätzen.

Zum Hintergrund:

Die in § 20 InvStG geregelte Teilfreistellung soll ein Ausgleich für die Besteuerung auf Fondsebene schaffen. Darüber hinaus werden die Steuerfreistellungen nach § 3 Nummer 40 EStG und nach § 8b KStG in pauschalierte Form berücksichtigt.

Nach § 20 Absatz 1 bis 3 InvStG sind folgende Teilfreistellungssätze anzuwenden:

	Privatanleger	Betriebliche Anleger (natürliche Personen)	Körperschaften
Aktienfonds	30 %	60 %	80 %
Mischfonds	15 %	30 %	40 %
Immobilienfonds	60 %	60 %	60 %
Immobilienfonds mit überwiegend Auslandsimmobilien / Auslands-Immobilien-gesellschaften	80 %	80 %	80 %

• **Modell Gemischter Aktien- Fonds / Optimierung des Fondsvermögens**

Hält eine Fondsgesellschaft beispielsweise einen Aktienfonds und einen Rentenfonds und sind beide Fonds wertmäßig in etwa identisch, bietet es sich an, die beiden Fonds zu einem Fonds zusammenzulegen. Grund dafür sind die Teilfreistellungssätze für den

Aktienfonds, die dann auch für Renten genutzt werden können (50 %-Grenze). Das heißt beim Körperschaftsteuerpflichtigen Anleger, dass 80 % der Erträge steuerbefreit sind (§ 20 Absatz 1 InvStG).

BMF: Die Einschätzung geht dahin, dass dies eine im Gesetz angelegte und bewusst hingegenommene Möglichkeit zur steueroptimalen Ausgestaltung von Investmentfonds ist. Bedarf für Gegenmaßnahmen wird nicht gesehen.

- **Missbrauch der Nachweismöglichkeit in § 20 Absatz 4 InvStG**

Für den Fall, dass die Anlagebedingungen eines Investmentfonds keine hinreichenden Aussagen zum Überschreiten der Schwellenwerte für den Aktien- oder Immobilienteil enthalten oder keine Anlagebedingungen des Investmentfonds existieren, wird in § 20 Absatz 4 InvStG dem Anleger eine individuelle Nachweismöglichkeit eingeräumt. Wenn der Anleger hinreichende Nachweise vorlegen kann, aus denen sich ergibt, dass der Investmentfonds während des gesamten Geschäftsjahres die Schwellenwerte überschritten hat, wird die Teilfreistellung im Rahmen des Veranlagungsverfahrens gewährt. Ein Nachweis gegenüber den zur Erhebung der Kapitalertragsteuer verpflichteten Personen ist dagegen nicht zulässig, da dieses einen unverhältnismäßigen Aufwand auf Seiten der Entrichtungspflichtigen auslösen würde.

Macht der Anleger davon Gebrauch und erbringt im (unmittelbar) folgenden VZ keinen Nachweis (keine Verpflichtung) oder einen Nachweis für einen anderen Teilfreistellungssatz, fingiert („gilt“) Satz 2 die Veräußerung des Investmentanteils zum Ablauf des VZ. Das Gj. des Investmentfonds ist nicht maßgeblich.

Daraus ergibt sich folgende Gestaltung:

Im Verlustfall: Kein Nachweis nach § 20 Absatz 4 InvStG, damit voller BA-Abzug, im Gewinnfall: Nachweis, damit Teilfreistellung.

BMF: Es ist zutreffend, dass hier theoretisch Gestaltungspotential besteht. Von konkreten Gestaltungsfällen haben die Länder allerdings noch nicht berichtet. Gleichwohl wurde von einem Land eine Streichung der Nachweismöglichkeit vorgeschlagen. Aus Sicht des BMF könnte dies jedoch eine EU-rechtlich problematische Schlechterstellung ausländischer Investmentfonds erzeugen (siehe hierzu auch Erläuterungen im Gutachten von Prof. Haslehner S. 49).

Zur Eingrenzung des Gestaltungspotentials wurden bereits gesetzliche und verwaltungsrechtliche Maßnahmen getroffen (Veräußerungsfiktion in § 22 Absatz 1 Satz 2 InvStG, Ermittlung des zutreffenden Teilfreistellungssatzes aus öffentlich zugänglichen Quellen und Fortgeltung des bisherigen Teilfreistellungssatzes bei Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach Rz. 22.7 und 22.8 im BMF-

Schreiben vom 21. Mai 2019, BStBl. I 527). Es ist noch zu prüfen, ob ergänzende Abwehrmaßnahmen erforderlich sind.

- **Steuerfreistellung von Veräußerungsgewinnen aus wesentlichen Beteiligungen**

In § 6 Absatz 5 Nummer 1 InvStG sind die Gewinne aus der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e i. V. mit § 17 EStG an einer inländischen Kapitalgesellschaft explizit von der Besteuerung ausgenommen. Der Hintergrund ist, dass Standortnachteile für deutsche Investmentfonds vermieden werden sollen.

Die Regelung des § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e EStG muss allerdings kritisch gesehen werden. In der Überlegung, Veräußerungsgewinne aus wesentlichen Beteiligungen unterlägen nur bei inländischen Investmentfonds, aber in vielen Fällen nicht bei ausländischen Investmentfonds der Besteuerung, werden u.E. die Nicht-DBA-Fälle unzureichend berücksichtigt. Diese werden unnötigerweise der Besteuerung entzogen.

Es muss dabei zwar die Frage gestellt werden, ob es überhaupt Nicht-DBA-Staaten gibt, die als international relevanter Fondsstandort in Frage kommen. Eine Besteuerung der Nicht-DBA-Staaten-Fonds wäre jedenfalls u.E. nicht unionsrechtskonform. Allerdings ist grundsätzlich der Ansatz kritisch zu hinterfragen, im § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e EStG Veräußerungsgewinne nur deswegen nicht der beschränkten Steuerpflicht zu unterwerfen, weil es eine Vielzahl von DBA gibt, die Deutschland nicht das Besteuerungsrecht zuweisen. Es dürfte unbestritten sein, dass die verbliebenen Länder ohne DBA in der Gestaltungspraxis in Bezug auf die Generierung nicht steuerbarer Veräußerungsgewinne eine erhebliche steuerplanerische Rolle spielen. Eine Streichung von § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e EStG ließe diese Gestaltungsvariante entfallen. Steuerplanerische Eingriffe würden dann nur noch zu einer Verlagerung von Besteuerungssubstrat in DBA-Staaten führen.

Eine steuerpolitische Frage hingegen ist, ob der Schutz des Fondsstandorts Deutschland eine generelle Ausnahme für die gegenwärtig von § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e EStG erfassten Einkünfte erfordert. Wenn dem so sein sollte, könnte dies auch ohne Verweis auf diese Norm erfolgen und letztere einer grundsätzlichen fiskalpolitischen Revision unterzogen werden.

BMF: Um Wettbewerbsnachteile für inländische Investmentfonds zu vermeiden, sollte an der bestehenden Regelung weiter festgehalten werden. Derartige Nachteile könnten ansonsten zu erheblichen Verlagerungen des Fondsgeschäfts ins Ausland führen.

- **Veräußerung von Miet- und Pachtzinsforderungen**

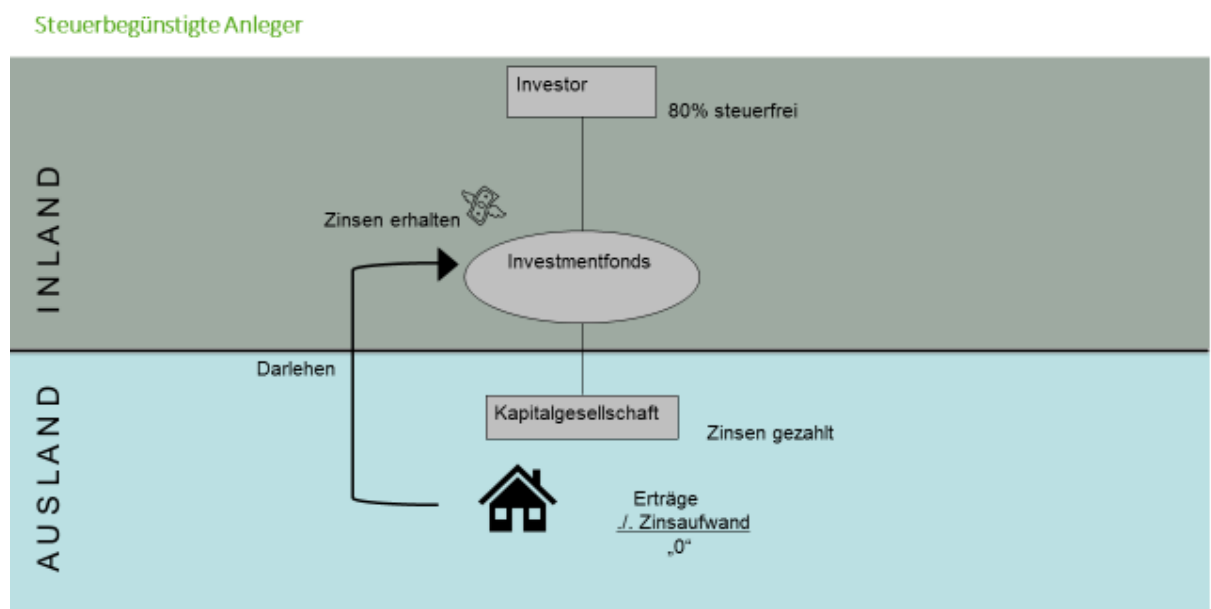
Anders als bei § 21 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 EStG fällt die Veräußerung von Miet- und Pachtzinsforderungen mangels ausdrücklicher Nennung nicht unter § 6 Absatz 4 InvStG. Das eröffnet Gestaltungspotential, soweit Miet- und Pachtzinsforderungen veräußert werden, statt diese zu vereinnahmen.

BMF: Eine Ergänzung des § 6 Absatz 4 InvStG um die Veräußerung von Miet- und Pachtzinsforderung ist sinnvoll.

- **Minimierung der Immobilieneinkünfte durch Gesellschafterdarlehen**

Investmentfonds, die Auslands-Immobilien über Kapitalgesellschaften (Immobilien-gesellschaften) halten, gelten als Immobilienfonds (§ 2 Absatz 9 InvStG). Durch den gezielten Einsatz von Gesellschafterdarlehen aus dem Investmentfonds an die Auslandskapitalgesellschaften kann der Fonds die ausländische Steuerbasis über Zinsaufwand minimieren und bekommt trotzdem für seine Anleger die gleiche Teilfreistellung wie bei einem Investmentfonds ohne solche internen Darlehen.

Der Teilfreistellungssatz von 80 % bei ausländischen Immobilien wurde so hoch angesetzt, weil die Steuerbelastung im Ausland auf die Mieterträge kompensiert werden sollte. In dem hier skizzierten Anwendungsfall steht den Mieterträgen jedoch Zinsaufwand entgegen, so dass eine Steuer weder im In- noch im Ausland anfällt.



BMF: Derartige Gestaltungen sind nicht nur bei Investmentfonds, sondern auch in der Direktanlage möglich. Es stellt sich die Frage, ob eine gesonderte Abwehrmaßnahme im Investmentsteuergesetz sinnvoll ist.

Eine unspezifische Abwehrmaßnahme im Rahmen des Investmentsteuergesetzes könnte eine Absenkung der geltenden Teilfreistellungssätze sein.

- **Steuerbegünstigte Anleger und Nießbrauchsgestaltungen**

Mittels Nießbrauchsgestaltungen kann ein nicht begünstigter Investor mittelbar an Vorteilen für steuerbegünstigte Anleger gemäß § 8 InvStG partizipieren. Dazu ist zunächst erforderlich, dass der direkte Anleger steuerbegünstigt ist. So könnte z.B. eine inländische oder ausländische steuerbefreite Stiftung die Anteile an dem Fonds halten. Der Fonds wiederum erzielt Einkünfte, die von § 6 Absatz 2 InvStG erfasst werden. Der Fonds seinerseits hat im Rahmen dieser Gestaltungen keinerlei Schwierigkeiten, die Voraussetzungen des § 36a EStG einzuhalten.

Fraglich ist allerdings, ob der „Anleger“ seit mindestens drei Monaten zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist, vgl. § 8 Absatz 4 Satz 2 InvStG und keine Verpflichtung zur Übertragung der Anteile auf eine andere Person besteht.

Ein Nießbrauch kann zivilrechtlich an Wertpapieren, Forderungen oder Beteiligungen begründet werden. Es handelt sich hierbei um ein Recht i. S. des § 1068 Absatz 1 BGB. Es begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, welches aber durch die Vertragsparteien verändert werden kann.¹

Bei Kapitalvermögen erzielt grundsätzlich nicht der Nießbraucher, sondern der Inhaber des Stammrechts die Einkünfte, denn nur er kann Kapital zur Nutzung überlassen und dadurch den Besteuerungstatbestand verwirklichen. Der Nießbrauch beschränkt sich i.d.R. auf die Vereinnahmung der Erträge. Dadurch wird der Besteuerungstatbestand bei Kapitaleinkünften i.d.R. nicht verwirklicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Nießbraucher aufgrund der getroffenen Abreden alle mit der Beteiligung (oder dem Stammrecht) verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage der steuerlichen Behandlung von Erträgen, die z.B. ein Investor dadurch erzielt, dass eine gemeinnützige Stiftung diesem an ihren Fondsanteilen einen Nießbrauch (entgeltlich) bestellt. Denkbar ist, dass dem Investor auf diese Weise mittelbar die Begünstigungen des § 8 InvStG für steuerbefreite Fondsanteileigner zukommen.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung stellt jedenfalls der entgeltliche Zuwendungsnießbrauch an Kapitalvermögen die Veräußerung des Ertragsanspruchs gemäß § 20 Absatz 2

¹ W. Maier, in Beck'sches Steuer und Bilanzrechtslexikon, Edition 59, "Nießbrauch" Rn. 2.

Nummer 2 EStG dar. Das für die Bestellung entrichtete Entgelt ist dabei vom Nießbrauchsbesteller (hier: gemeinnützige Stiftung) i.d.R. im Jahr des Zuflusses zu versteuern.

Im vorliegenden Fall ist allerdings die Frage nach dem zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum entscheidend. Jedenfalls das zivilrechtliche Eigentum wird durch die Nießbrauchsbestellung nicht berührt.

Der Nießbraucher kann jedoch neben dem Nutzungsrecht mit weiteren Befugnissen versehen sein, die seine Stellung derjenigen des zivilrechtlichen Eigentümers stark annähern, so dass die Frage zu stellen ist, ob der Nießbraucher damit schon zum wirtschaftlichen Eigentümer wird. Dem Nießbraucher kann im Innenverhältnis das wirtschaftliche Ergebnis einer Verfügung zustehen, zu deren Vornahme er ermächtigt wird (§§ 183, 185 BGB). Wirtschaftliches Eigentum des Nießbrauchers kommt demnach nur in Ausnahmefällen in Betracht. Dies kann dann der Fall sein, wenn sich die rechtliche und tatsächliche Stellung des Nießbrauchers gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer des Nießbrauchsgegenstandes vom gesetzlichen Regelstatut des Nießbrauchs so stark unterscheidet, dass er die tatsächliche Herrschaft ausübt.

Für die Inanspruchnahme der wirtschaftlichen Vorteile des § 8 InvStG kommt es aber auf eine derartige Abweichung vom Regelstatut nicht an. Damit sollte im hier skizzierten Fall das wirtschaftliche Eigentum bei der steuerbefreiten Stiftung verbleiben. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung des Nießbrauchs nicht die Verpflichtung zur „Übertragung“ des Fondsanteils auf eine andere Person umfasst. Hierin kann im Einzelfall ein Unterschied zu Treuhandgestaltungen gesehen werden.

BMF: Die Frage, wem das wirtschaftliche Eigentum zuzurechnen ist, hängt von den Gesamtumständen des Einzelfalls ab. Daher dürften Gestaltungen in diesem Bereich mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden sein. Dessen ungeachtet sind Maßnahmen zum rechtssicheren Ausschluss denkbarer Gestaltungen sinnvoll.

bb. Regelungsvorschläge zur Vermeidung von Steuergestaltungen im Gutachten von Prof. Tappen

Prof. Tappen hat zum möglichen Abwehrmaßnahmen Folgendes ausgeführt (S. 85 bis 86):

• **Generalklausel nicht sinnvoll**

Eine einfache Generalklausel – vergleichbar § 42 AO – genügt nicht, um Gestaltungspotential im InvStG auszuschalten. Allein die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes dürften diesem Vorgehen entgegenstehen und letztlich damit die Grenzen des rechtsstaatlichen Gestaltungsspielraums überschreiten.

Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass fiskalpolitisch unerwünschte Strukturen auch durch gesetzgeberische Akte mit bestenfalls eingeschränkter Wirksamkeit wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit die wirtschaftliche Attraktivität von Steuergestaltungsstrukturen für bestimmte Investorenkreise genommen werden kann. Ob dies eine legitime Vorgehensweise sein kann, geht jedoch über die Funktion dieses Gutachtens hinaus und ist politisch zu bewerten. U.E. verfehlt ein solcher Ansatz das Gebot der Rechtsstaatlichkeit.

BMF: Die Meinung wird im Ergebnis geteilt. Eine zusätzliche Generalklausel zur Missbrauchsverhinderung im Investmentsteuerrecht dürfte kein effektives Instrument zur Gestaltungsabwehr sein. Wie bisher, wird es auch zukünftig erforderlich sein, erkannte Steuerspargestaltungen mit zielgerichteten Einzelregelungen auszuschießen.

- **Kein Handlungsbedarf bei fiskalpolitischen Abwägungsentscheidungen**

In einigen der dargestellten Szenarien ergibt sich das Gestaltungspotential schlicht aus der vorgenommenen fiskalpolitischen Abwägungsentscheidung zwischen den Anforderungen an eine praxisbezogene Steuerverwaltung (unter Berücksichtigung des Erklärungsaufwandes seitens der Steuerpflichtigen) und den Ansprüchen an eine dem Leistungsfähigkeitsprinzip verpflichtete Belastungsverteilung. Dies trifft insbesondere auf das Modell „Gemischter Aktien-Fonds“ zu.

- **Abwehrmaßnahme gegen Nießbrauchsgestaltungen in § 20 EStG**

U.E. handelt es sich bei Steuergestaltungen mittels Nießbrauchss nicht um ein spezifisches investmentsteuerrechtliches Phänomen, sondern vielmehr um den Einsatz eines zivilrechtlichen Instruments bei der Ausgestaltung von (hier) kapitaleinkünftebezogenen Investmentsentscheidungen. Erfolgsverlagerungen mittels Nießbrauchsgestaltung knüpfen im Unterschied z.B. zu Treuhandgestaltungen nicht zwingend an eine Übertragung wirtschaftlichen Eigentums an, so dass Regelungen, die zur Bekämpfung von Gestaltungsmissbrauch hierauf Bezug nehmen, zwangsläufig zu kurz greifen müssen. Im Ergebnis sollte daher überlegt werden, die steuerlichen Folgen von Nießbrauchsgestaltungen im Rahmen des § 20 EStG zu adressieren. Das Investmentsteuerrecht könnte sich dann auf einen Verweis auf diese Regelung beschränken. Eine solche Regelung muss vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung zur Zurechnung von Kapitaleinkünften bei Nießbrauchsgestaltungen gesehen werden. Danach tritt der Nießbraucher nicht in die Rolle des Überlassers von Kapitalvermögen ein, sondern realisiert nur den aufgrund des Nießbrauchs erworbenen Ertragnisanspruch.

U.E. sollte daher zur Vermeidung von Besteuerungslücken gesetzgeberisch geregelt werden, dass der Erwerb von Ertragnisansprüchen dem Erwerb des Stammrechts

gleichgestellt wird. Über einen Verweis des InvStG auf den entsprechend ergänzten § 20 EStG wäre u.E. die oben skizzierte Besteuerungslücke geschlossen

BMF: Es sind bislang keine konkreten Nießbrauchs-Gestaltungsmodelle bekannt. Gleichwohl wird eine Rechtsänderung geprüft.

d. Befragung von Ländern und Verbänden zu Steuergestaltungen

Das BMF hat die nachfolgend aufgelisteten Fragen an die Länder und Verbände gerichtet, dabei wurden eine Vielzahl an Anmerkungen vorgebracht. Im Folgenden wurde der Übersichtlichkeit halber eine Auswahl der Anmerkungen aufgenommen.

Vorbemerkung zu den Antworten:

Die **Länder** haben mitgeteilt, dass ihre Betriebsprüfungsstellen bislang noch keine fundierten Erfahrungswerte hinsichtlich der Besteuerungspraxis des neuen Investmentsteuerrechts gesammelt haben. Daher konnten die Länder keine auf praktischen Erfahrungen basierende Einschätzung der Wirksamkeit von Abwehrregelungen abgeben. D. h. die Länder haben entweder keine Einschätzung abgegeben oder es wurde die Wirksamkeit aus theoretischer Sicht beurteilt.

Die **Verbände** haben fast durchgehend geantwortet, dass ihnen keine Erkenntnisse zu Steuergestaltungen vorliegen und dementsprechend diese Fragen nicht beantworten können.

- *Wie beurteilen Sie die Regelung in § 36 Absatz 2 Nummer 2 zweiter Halbsatz InvStG im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und ihre Administrierbarkeit?*

Auswertung der Antworten:

Die Regelung in § 36 Absatz 2 Nummer 2 InvStG dient der Verhinderung von Steuergestaltungen, bei denen die Spezial-Investmentfonds die Besteuerung von Zinsen und Dividenden mit Hilfe von Swap-Verträgen umgehen. Die meisten Länder haben keine Einschätzung abgegeben. Soweit eine Einschätzung abgegeben wurde, sind diese Länder sowohl von der Wirksamkeit als auch von der Administrierbarkeit der Norm ausgegangen. Zwei Verbände kritisieren die schlechte Administrierbarkeit der Norm. Die Regelung erzeuge sehr hohen und fehleranfälligen Arbeitsaufwand bei der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen, ohne dass dies einen wesentlichen Einfluss auf die Höhe der steuerlichen Bemessungsgrundlage habe. Nur bei Zinsswaps stünden die erforderlichen Informationen zur Ermittlung der steuerpflichtigen Zinsanteile zur Verfügung; bei Aktienswaps meist dagegen nicht.

- *Reichen die Regelungen des § 39 Absatz 3 InvStG aus, um Kopplungsgeschäfte bei Spezial-Investmentfonds auszuschließen oder werden nach Ihren Erkenntnissen weiterhin die oben beschriebenen Kopplungsgeschäfte von Spezial-Investmentfonds durchgeführt? Falls Sie der Auffassung sind, dass § 39 Absatz 3 InvStG nicht ausreicht, welche weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen kämen zur Gestaltungsverhinderung in Betracht?*

Auswertung der Antworten:

Konkrete Erkenntnisse liegen den Ländern derzeit nicht vor. Die Regelung des § 39 Absatz 3 InvStG zur Verhinderung von Kopplungsgeschäften wird aber von Länderseite in starkem Maße begrüßt. Der Abzug von Verlusten aus Finanzderivaten als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EStG erscheint aus deren Sicht eine zielführende Maßnahme zur Vermeidung der Kopplungsgeschäfte. So kann vermieden werden, dass ein Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung gezielt Gegengeschäfte vornimmt, mit denen einerseits Verluste aus Finanzderivaten und andererseits in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EStG herbeigeführt werden.

Aus Sicht eines Verbandes erfüllen die Regelungen ihren Zweck und verhindern wirksam sogenannte steuerschädliche Kopplungsgeschäfte. Ein anderer Verband kritisiert den erheblichen administrativen Mehraufwand.

- *Hat sich aus Ihrer Sicht die Abschaffung des Ertragsausgleichs und die Einführung der besitzzeitanteiligen Zurechnung von Erträgen bewährt? Falls nein, welche gesetzgeberischen Alternativen sehen Sie?*

Auswertung der Antworten:

Die drei Ländern, die sich zu dieser Frage geäußert haben, gehen davon aus, dass die Abschaffung des Ertragsausgleichs sinnvoll war, um Gestaltungspotential zu verringern.

Aus Sicht eines Verbandes wurde die Zielsetzung des Gesetzgebers durch die Einführung der besitzzeitanteiligen Zurechnung von Erträgen erfüllt. Dadurch sei jedoch der Komplexitätsgrad in der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen enorm erhöht worden. Mittlerweile sei insbesondere im Wertpapierbereich – auch dank des ausführlichen BMF-Schreibens – die besitzzeitanteilige Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen weitestgehend technisch/automatisiert durchgeführt. Eine Alternative zur besitzzeitanteiligen Ermittlung wird derzeit nicht gesehen.

Ein anderer Verband vertritt die Ansicht, dass sich die geforderte besitzanteilige Zurechnung von Erträgen bei Mehr-Anleger-Fonds, vor allem in Fällen des unterjährigen Wechsels von Anteilseignern, nicht bewährt habe. Einerseits führe die Abschaffung des Ertragsausgleichsverfahrens zu einem hohen bzw. fast nicht durchführbaren administrativen Mehraufwand und damit einhergehender Fehlerquote. Andererseits liefen nun das investmentrechtliche Fondsergebnis und das investmentsteuerrechtliche Fondsergebnis komplett

auseinander, da im Investmentrecht das Ertragsausgleichsverfahren weiterhin angewendet wird. Vielfach könne man sich im Ergebnis heute nur noch auf die IT-Programme verlassen, ohne die Ergebnisse letztlich im Detail nachvollziehen zu können.

- *Haben sich aus Ihrer Sicht die Regelungen in § 16 Absatz 4 und § 34 Absatz 3 Satz 2 InvStG bewährt? Bestehen nach Ihren Erkenntnissen weiterhin Möglichkeiten zur zweckwidrigen Ausnutzung von Abkommensvorteilen durch Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds?*

Auswertung der Antworten:

In Doppelbesteuerungsabkommen ist regelmäßig die Anwendung der Freistellungs- methode für den Fall vorgesehen, dass eine inländische Kapitalgesellschaft Ausschüttungen von einer im anderen Vertragsstaat ansässigen Kapitalgesellschaft erhält, an der sie eine qualifizierte Beteiligung hält (sog. Schachtelbeteiligung). Die Schachtelbeteiligung soll eine mehrfache Steuerbelastung des gleichen Gewinns in Konzernstrukturen vermeiden. Die Inanspruchnahme einer Schachtelfreistellung wird in § 16 Absatz 4 und § 34 Absatz 3 Satz 2 InvStG von zwei Voraussetzungen abhängig gemacht:

1. Der ausschüttende Investmentfonds unterliegt in seinem Ansässigkeitsstaat der allgemeinen Ertragsbesteuerung.
2. Die Ausschüttung muss zu mehr als 50 % auf nicht steuerbefreiten Einkünften des Investmentfonds beruhen.

Unter dem Vorbehalt, dass keine praktischen Erfahrungen vorliegen, hat sich die Regelung aus Ländersicht bewährt.

- *Reichen die Regelungen in § 36 Absatz 5 InvStG aus, um dauerhafte oder sehr langfristige Steuerstundungen auszuschließen? Mit welchen Rechtsänderungen könnte eine zeitnähere Besteuerung sichergestellt werden?*

Auswertung der Antworten:

Die Regelungen in § 36 Absatz 5 InvStG ermöglichen dem Steuerpflichtigen die steuer- neutrale Thesaurierung der in § 36 Absatz 2 InvStG definierten Kapitalerträge längstens bis zum Ablauf des 15. Geschäftsjahres, das dem Geschäftsjahr der Vereinnahmung folgt. Dauerhafte Steuerstundungen sind damit im Gegensatz zur vormaligen Rechtslage unter- bunden. Auch der Katalog der steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge wurde im neuen Recht eingeschränkt.

Steuerstundungen sind allerdings zumindest für einen Zeitraum von 15 Jahren weiterhin möglich. Ob ein solcher Zeitraum als „sehr langfristig“ bezeichnet werden kann, ist nach Auffassung eines Landes eine Frage des jeweiligen Begriffsverständnisses. In Anbetracht der Geltungsdauer des InvStG 2004 (2004 bis 2017) erscheine der Zeitraum aus

Ländersicht als durchaus großzügig bemessen. Für die Überwachung bzw. Prüfung im Rahmen von Betriebsprüfungen bedeute dies einen nicht zu unterschätzenden Aufwand. Allerdings stelle das investmentsteuerrechtliche Thesaurierungsprivileg ein zentrales Wesensmerkmal des semi-transparenten Besteuerungssystems dar.

Um eine zeitnähere Besteuerung zu erreichen, würde es als gesetzgeberische Maßnahme lediglich einer zeitlichen Verkürzung bis hin zu einer gänzlichen Abschaffung des Thesaurierungsprivilegs bedürfen. Denkbar wäre nach Sicht der Länder auch, den Umfang der steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge weiter einzuschränken.

Weiterhin wurde darauf hingewiesen, dass Gewinne aus der Veräußerung von Inhaberschuldverschreibungen, die einen Anspruch auf Lieferung physischen Golds verbiefen, nicht erfasst seien (vgl. hierzu BFH-Urteile vom 12. Mai 2015 (VIII R 35/14 und VIII R 4/15), vom 6. Februar 2018 (IX R 33/17) sowie vom 16. Juni 2020 (VIII 7/17)). D. h. diese Erträge können derzeit grundsätzlich zeitlich unbeschränkt steuerfrei thesauriert werden. Ähnliches gelte für Gewinne aus der Veräußerung von Kryptowerten außerhalb der Jahresfrist für private Veräußerungsgeschäfte. BMF wird eine Rechtsänderung prüfen.

Zwei Verbände betonen die Wichtigkeit des Thesaurierungsprivilegs. Es sei seit Jahrzehnten ein überaus bedeutendes und anerkanntes Prinzip in der Besteuerung von Investmentfonds. Es unterstütze beispielsweise eine aus Kunden- und Unternehmenssicht sinnvolle und wünschenswerte Steuerung des Kapitalanlageergebnisses. Die Möglichkeit dieser Steuerung sei u. a. Basis für das Geschäftsmodell von Personenversicherungsunternehmen zur Sicherstellung einer gleichmäßigen sowie langfristig kalkulierbaren Verzinsung der zugunsten der Versicherungsnehmer angelegten Mittel.

Mit der Begrenzung auf 15 Fondsgeschäftsjahre sei das Thesaurierungsprinzip bereits stark aufgeweicht worden. Es bestehe kein Bedarf, die Besteuerung weiter vorzuziehen.

- *Haben sich aus Ihrer Sicht die Regelungen zur Zinsschranke in § 46 InvStG und insbesondere die Gegenrechnung von Zinsaufwendungen nach § 46 Absatz 2 Nummer 3 und 4 InvStG bewährt? Bestehen Möglichkeiten zur Umgehung der Zinsschranke mit Hilfe von Spezial-Investmentfonds?*

Auswertung der Antworten:

§ 46 Absatz 1 Satz 2 InvStG ordnet an, dass Beträge, die nach § 35 Absatz 6 InvStG als Substanzbeträge gelten, keine Zinserträge im Sinne der Zinsschrankenregelung darstellen können. Durch diese Vorschrift wird verhindert, dass sich die Anleger auf der Ebene des Fonds angefallene Zinserträge „einkaufen“ können.

Bislang war es möglich, kurz vor dem Geschäftsjahresende des Fonds Anteile an diesem zu erwerben, mit der Folge, dass alle während des Geschäftsjahres angefallenen Zinserträge zugunsten des Anlegers im Rahmen der Zinsschranke berücksichtigt wurden.

Nach § 46 Absatz 2 InvStG ist der für die Zinsschranke maßgebliche Zinsbetrag als Brutto-Betrag der Zinseinnahmen abzüglich nachfolgend erläuteter Ausgaben und Aufwendungen zu ermitteln. In den Nummern 1 und 2 des § 46 Absatz 2 InvStG ist geregelt, dass die Direktkosten und die anteiligen Allgemeinkosten vom Brutto-Zinsertrag abzuziehen sind. Die Nummern 3 und 4 sehen vor, zukünftig die auf der Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen Zinsaufwendungen sowie die negativen Kapitalerträge aus § 20 Absatz 1 Nummer 7 und Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 EStG bei der Ermittlung der Zinsschranke zu berücksichtigen. Dies betrifft beispielsweise den Verlust aus einer risikobehafteten Hochzinsanleihe.

Aus Sicht der Betriebsprüfungsstellen der Länder wird durch die Neuregelung verhindert, dass sich die Ausgabe von Investmentanteilen auf die Erträge im Sinne der Zinsschranke der Anleger auswirkt. Das gesetzgeberische Ziel wird dadurch erreicht. Es sei momentan keine Möglichkeit zur Umgehung der Zinsschranke mit Hilfe von Spezial-Investmentfonds bekannt. Zur Gestaltungsverhinderung trage auch die besitzzeitanteilige Zurechnung von Erträgen und die Abschaffung des Ertragsausgleichs bei.

Ein Verband hat erläutert, dass die Zinsschranke für die meisten Anleger irrelevant sei und die Regelung des § 46 InvStG nicht hinterfragt werde. Die Regelung solle – mutmaßlich zur Vermeidung von Umstellungsaufwand – unverändert bleiben.

- *Sind neuen Steuersparmodelle aufgetreten, die die ab dem 1. Januar 2018 geltenden Besteuerungsregelungen für Investmentfonds ausnutzen und wenn ja, welche? Bieten die Besteuerungsregelungen für Investmentfonds noch Ansatzpunkte für Steuersparmodelle und wenn ja, welche? Wie könnten etwaige neue Steuersparmodelle oder Ansatzpunkte für Steuersparmodelle bei Investmentfonds wirksam ausgeschlossen werden?*

Auswertung der Antworten:

Die Länder haben mitgeteilt, dass bislang keine neuen Steuersparmodelle bei Investmentfonds aufgedeckt worden seien. Es gäbe allerdings insbesondere die folgenden Themenkomplexe, die beobachtet würden:

- **Vermeidung von inländischen Beteiligungseinnahmen**

Es gibt Hinweise, dass mitunter gezielt die steuerpflichtigen Beteiligungseinnahmen aus inländischen Aktien im Sinne des § 6 Absatz 3 Nummer 1 InvStG durch auf Fondsebene nicht steuerbare Gewinne aus Zertifikaten im Sinne des § 20 Absatz 2 Nummer 7 EStG ersetzt werden.

- **Investmentfonds in der Rechtsform einer GmbH**

Die Öffnung des InvStG nach § 1 Absatz 2 InvStG i. V. m. § 1 Absatz 1 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) hat in der Praxis den Einsatz von Rechtsformen

ermöglicht, die nach der gesetzgeberischen Konzeption dafür nicht vorgesehen waren. Infolgedessen werden inzwischen zunehmend Investmentfonds in der Rechtsform einer GmbH aufgelegt. Der Gesellschafterkreis setze sich in der Regel aus wenigen vermögenden Privatpersonen oder von diesen Personen gegründeten Kapital- oder Personengesellschaften zusammen. Die Attraktivität solcher Vehikel speise sich zum einen aus der stark verminderten aufsichtsrechtlichen Kontrolle, zum anderen aus einer relativ niedrigen Vorabpauschale in Verbindung mit der Steuerbefreiung des Investmentfonds als solchem.

○ **Nachweismöglichkeit des Anlegers zur Teilfreistellung nach § 20 Absatz 4 InvStG**

Mit der Regelung des § 20 Absatz 4 InvStG wird den Anlegern eine individuelle Nachweismöglichkeit zur Anwendung einer Teilfreistellung im Sinne des § 20 Absatz 1 bis 3 InvStG eingeräumt. Weist ein Anleger nach, dass der Investmentfonds während des gesamten Jahres die jeweiligen Anlagegrenzen tatsächlich eingehalten hat, ist die entsprechende Teilfreistellung – unabhängig von der Ausgestaltung der Anlagebedingungen des Investmentfonds – in der Veranlagung des Anlegers zu berücksichtigen. Es besteht die Gefahr, dass die Anleger im Falle eines Gewinns die Teilfreistellung geltend machen und bei Verlusten keinen Nachweis erbringen und damit den Verlust in voller Höhe geltend machen. Ein Land regt an, dass die im BMF-Schreiben zur Anwendung des Investmentsteuergesetzes in Rzn. 22.7 und 22.8 enthaltenen Gegenmaßnahmen in eine gesetzliche Regelung überführt werden sollten.

○ **Bezug von inländischen Immobilienerträgen über eine ausländische gewerbliche Personengesellschaft**

Es wird in der Beraterschaft mitunter die Rechtsauffassung vertreten, dass die über eine ausländische gewerbliche Personengesellschaft bezogenen inländischen Immobilienerträge eines Investmentfonds sonstige inländische Einkünfte im Sinne des § 6 Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 InvStG seien. Derartige Einkünfte seien nur steuerpflichtig, wenn der Investmentfonds seine Einkunftsquelle aktiv unternehmerisch bewirtschaftete, was häufig nicht der Fall sei. Diese Rechtsauffassung wird nicht von der Finanzverwaltung geteilt. Vielmehr sind die inländischen Immobilienerträge nach § 6 Absatz 4 InvStG zu versteuern, so dass es auf das Merkmal der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung nicht ankommt.

Anpassungen der Anlagestrategie werden aus Sicht eines Verbandes nicht als Steuersparmodell eingestuft. Im Übrigen seien keine Steuersparmodelle bekannt, die die ab dem 1. Januar 2018 geltenden Besteuerungsregelungen für Investmentfonds ausnutzen.

- *Sind neue Steuersparmodelle aufgetreten, die die ab dem 1. Januar 2018 geltenden Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds ausnutzen und wenn ja, welche? Bieten die Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds noch Ansatzpunkte für Steuersparmodelle und wenn ja, welche? Wie könnten etwaige neuen Steuersparmodelle oder Ansatzpunkte für Steuersparmodelle bei Spezial-Investmentfonds wirksam ausgeschlossen werden?*

Auswertung der Antworten:

Den Ländern und Verbänden sind bislang keine neuen Steuersparmodelle bei Spezial-Investmentfonds bekannt geworden.

- *Mit welchen Rechtsänderungen außerhalb des Investmentsteuergesetzes (z. B. im Kapitalertragsteuerrecht) könnten etwaige Steuersparmodelle bei Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds verhindert oder eventuell vorhandene Gestaltungsmöglichkeiten reduziert werden?*

Auswertung der Antworten:

Ein Land regt an zu prüfen, ob durch die Anlage in Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds die Wegzugsbesteuerung nach § 6 Außensteuergesetz (AStG) umgangen werden kann. Im Übrigen wird derzeit kein Regelungsbedarf gesehen.

4. Steuervereinfachung

a. Beschreibung der angestrebten Vereinfachung

Die Grundidee der vor 2018 geltenden Investmentbesteuerung war das Prinzip der steuerlichen Transparenz. Danach sollte der Investmentanleger die Erträge aus den über einen Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenständen so versteuern, als ob er diese Gegenstände selbst halten würde. Das steuerliche Transparenzprinzip führte in der Praxis zu einem beträchtlichen administrativen Aufwand. Danach waren bei jeder Ausschüttung und Ertragstheaurierung bis zu 33 unterschiedliche Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln und zu veröffentlichen. Verluste waren in bis zu zwölf verschiedene Verlustverrechnungskategorien zu unterteilen. Der durch den Transparenzansatz verursachte administrative Aufwand stieg weiter an, wenn er über mehrere Ebenen von Investmentfonds (sog. Dach-Zielfonds-Konstruktionen) hindurch vorgenommen werden sollte.²

„Um eine transparente Besteuerung der Investmentfondsanleger zu ermöglichen, obliegt es den Investmentfonds, ihre Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, durch einen Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer prüfen und mit einer Richtigkeitsbescheinigung versehen zu lassen und dann im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Die Investmentfonds wenden hierfür schätzungsweise 50 Mio. Euro pro Jahr auf.“³

Diese, im vorigen Absatz beschriebenen Daten übernehmen die Kreditinstitute, bei denen die Anleger ihre Investmentanteile verwahren lassen, und legen diese für die Bemessung des Kapitalertragsteuerabzugs und für die Ausstellung von Steuerbescheinigungen zu Grunde. Diese bescheinigten Daten werden üblicherweise von den Anlegern in ihrer Steuererklärung übernommen und auch die für die Veranlagung des Anlegers zuständigen Finanzbeamten wenden diese Daten weitgehend ungeprüft an. Die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen ist derart komplex und setzt eine Kenntnis der Geschäftsvorgänge des Investmentfonds voraus, dass weder den Anlegern – selbst wenn diese steuerlich beraten sind – noch den Veranlagungsbeamten eine Überprüfung möglich ist.“⁴

Dieses nach Auffassung des Gesetzgebers aufwendig zu handhabende und in Teilen schwer zu überprüfende Verfahren wird durch ein neues Verfahren abgelöst, das mit der Zielsetzung verbunden ist, die Handhabung und Überprüfbarkeit zu erleichtern. Hierzu führt die Gesetzesbegründung aus:

² Vgl. BT-Drs. 18/8045, S. 52.

³ BT-Drs. 18/8045, S. 52.

⁴ BT-Drs. 18/8045, S. 52.

„Zielsetzung des Investmentsteuerreformgesetz ist es, bei den auf private Anleger ausgerichteten Publikums-Investmentfonds ein einfaches, verständliches und gut administrierbares Besteuerungssystem zu schaffen. Die Besteuerungsregelungen werden so ausgestaltet, dass sie weitestgehend ohne Mitwirkung der Investmentfonds umsetzbar sind.

Zukünftig sind für die Besteuerung nur noch vier Kennzahlen erforderlich:

- 1. Höhe der Ausschüttung.*
- 2. Wert des Fondsanteils am Jahresanfang.*
- 3. Wert des Fondsanteils am Jahresende.*
- 4. Handelt es sich um einen Aktienfonds, einen Mischfonds, einen Immobilienfonds oder um einen sonstigen Fonds?*

Diese Informationen lassen sich relativ leicht vom Steuerpflichtigen beschaffen und von dem Finanzamt des Steuerpflichtigen überprüfen. Es ist daher zukünftig ohne steuerliche Nachteile möglich, in ausländische Investmentfonds zu investieren, die keine deutschen Besteuerungsgrundlagen ermitteln. Damit wird das Investmentsteuerrecht auch der steigenden Mobilität der Bürger gerecht. Wer vorübergehend in einem anderen Land arbeitet, erwirbt mitunter auch dortige Kapitalanlageprodukte.“⁵

b. Zweck und Funktionsweise der Vorabpauschale

Im Zuge der Investmentsteuerreform wurden die ausschüttungsgleichen Erträge des alten Rechts durch die Vorabpauschale ersetzt. Die ausschüttungsgleichen Erträge waren Ertragsbestandteile eines Investmentfonds (insbesondere Dividenden, Zinsen und Immobilienerträge), die auch im Falle der Thesaurierung (= Erträge bleiben im Fondsvermögen) jährlich vom Anleger zu versteuern waren. Die ausschüttungsgleichen Erträge haben auf Seiten der Fondsbranche und der Finanzverwaltung für relativ hohen administrativen Aufwand gesorgt. Dies sollte durch die Vorabpauschale vereinfacht werden.

Die Vorabpauschale wird erhoben, wenn ein Investmentfonds Wertsteigerungen erzielt, aber nichts oder nur in sehr geringem Maße ausschüttet. Mit der Vorabpauschale soll die Nutzung von Investmentfonds als Steuerstundungsmodell verhindert werden. Außerdem soll eine Verstärkung des Steueraufkommens erreicht werden.

Die Höhe der Vorabpauschale bestimmt sich nach dem Wert des Investmentanteils am Jahresanfang multipliziert mit 70 % des Basiszinses. Dieser Basiszins ist ein einmal jährlich durch die Bundesbank ermittelter Durchschnittszinssatz öffentlicher Anleihen. In den letzten Jahren wurden folgende Basiszinsätze ermittelt:

⁵ BT-Drs. 18/8045, S. 53.

Jahr	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Basiszins	0,87 %	0,52 %	0,07 %	0,00 %	0,00 %	2,55 %

Es werden nur 70 % des Basiszinses angesetzt (also ein Abschlag von 30 % gemacht), um auf pauschale Art die bei der Fondsverwaltung anfallenden Kosten zu berücksichtigen.

Die Vorabpauschale gilt am ersten Werktag des folgenden Kalenderjahres als zugeflossen. Sofern der Steuerpflichtige einen Freistellungsauftrag gestellt hat und das Freistellungsvolumen ausreicht, kann die Vorabpauschale von der Besteuerung freigestellt werden. Da die Vorabpauschale zu Beginn des Jahres zufließt, sollte in den meisten Fällen der Freistellungsauftrag noch nicht in Anspruch genommen sein. Ansonsten müssen die zum Steuerabzug verpflichteten Kreditinstitute (Entrichtungspflichtige) die für die Besteuerung der Vorabpauschale erforderlichen Geldmittel vom Konto des Steuerpflichtigen einziehen und an den Fiskus abführen. Sofern die fällige Kapitalertragsteuer nicht durch den Entrichtungspflichtigen eingezogen werden kann, hat der Entrichtungspflichtige dies dem Finanzamt anzuzeigen.

Um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, wird schließlich auch die Vorabpauschale bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns abgezogen. Bei einem Veräußerungsverlust führt der Abzug der Vorabpauschale zu einem höheren steuerlich zu berücksichtigenden Verlust.

Im Rahmen der Evaluation ist zu überprüfen, ob das Erhebungsverfahren funktioniert und ggf. verbessert werden kann.

c. Durchführung der Evaluation

Zur Evaluation setzt das BMF die bereits oben dargestellten Instrumente ein:

- Vergabe eines Forschungsgutachtens (hier federführend: Professor Anzinger)
- Schriftliche Abfrage bei den Länderfinanzbehörden und dem BZSt,
- Bitte um Stellungnahme gegenüber Verbänden, und
- Expertenworkshop.

d. Gutachten von Prof. Anzinger

In dem als **Anlage 4** beigefügten Gutachten von Prof. Anzinger wird in zusammengefasster Form Folgendes festgestellt (vgl. Seite 138 bis 139):

aa. Bewertung der Vereinfachungswirkung der Reform

- *Für die im Massenfallrecht der Anlegerbesteuerung besonders bedeutsamen Investmentfonds hat das InvStG 2018 sein Ziel einer rechtlichen und administrativen Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands erreicht.*
- *Der Übergang zum Trennungsprinzip hat die rechtliche Komplexität und die Reduktion der Berichts- und Qualifikationselemente den administrativen Aufwand verringert.*
- *Relativiert wurden die Vereinfachungswirkungen durch die unterschiedlichen Teilfreistellungssätze und die Rückausnahmen bei steuerbegünstigten Anlegern.*

BMF: Eine Reduzierung bzw. Vereinheitlichung der Teilfreistellungssätze wird geprüft. Die Rückausnahmen für steuerbegünstigte Anleger (gemeint sind die Steuerbefreiungsregelungen in §§ 8 bis 10 InvStG) werden weiterhin als erforderlich betrachtet.

bb. Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung

(1) Vereinfachungsmöglichkeiten bei Investmentfonds

- *Die Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung der Besteuerung der Investmentfonds und ihrer Anleger und zur weiteren Reduktion des administrativen Aufwands hängen wesentlich von Faktoren außerhalb des Investmentsteuerrechts ab, solange das **Ziel der Gleichbehandlung mit der Direktanlage** nicht aufgegeben werden soll.*
- *Die **Teilfreistellungssätze** ließen sich nur dann spannungsfrei in den Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Typisierung vollständig vereinheitlichen, wenn auch bei der Direktanlage eine einheitliche Behandlung der unterschiedlichen Formen der Kapitalerträge hergestellt würde. An unterschiedliche Vorbelastungen in- und ausländischer Fonds anknüpfende Differenzierungen oder solche zwischen betrieblichen und privaten Anlegern sind dabei zwar grundsätzlich zulässig, in ihren Vereinfachungswirkungen dem geltenden Recht aber nicht offensichtlich überlegen.*
- *Für **steuerbegünstigte Anleger** könnte allenfalls erwogen werden, diese in einer Fondskategorie zu konzentrieren, die sich, wie die in § 10 InvStG vorgesehene Form, ausschließlich an steuerbegünstigte Anleger richtet.*
- *Das System der **Vorabpauschale** sollte beibehalten und weiterentwickelt werden.*
 - *Die Vorabpauschale könnte verwaltungsrärmer ausgestaltet werden und dazu zum einen mit einem Freibetrag verknüpft und zum anderen für die Einziehung und die Berücksichtigung außerhalb des Steuerabzugs mit einer De-Minimis-Regel verbunden werden.*
 - *Der Gesetzgeber könnte schließlich auch in Erwägung ziehen, die Bemessungsgrundlage marktnäher auszugestalten. Marktnäher und daher überzeugender wäre*

eine anlagenklassenbezogene Durchschnittsrendite. Bei Aktienfonds wäre ein Maßstab angemessen, der den Basiszins zzgl. einer typisierten oder dynamisierten Marktrisikoprämie abbildet. Alternativ wäre eine Anknüpfung an die tatsächliche Wertsteigerung des Fonds verbunden mit einem Volatilitätsabschlag von z.B. 30 % denkbar.

BMF: Modifikationen der Vorabpauschale werden geprüft.

(2) Vereinfachungsmöglichkeiten bei Spezial-Investmentfonds

- *Bei Spezial-Investmentfonds zeigen sich verschiedene Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung der geltenden Regeln, um den administrativen Aufwand für die Wirtschaft, die Bürger und die Finanzverwaltung zu reduzieren.*
- *Der Gesetzgeber könnte insbesondere in Erwägung ziehen, die Vorschriften über die Anlagebedingungen in § 26 Nummer 4 bis 6 zu streichen und damit einen Gleichlauf zwischen dem Aufsichtsrecht und dem Investmentsteuerrecht herstellen.*

BMF: Die angesprochenen Vorschriften sollen sicherstellen, dass ein Spezial-Investmentfonds tatsächlich Vermögensanlage betreibt und nicht als unternehmerische Holdinggesellschaft genutzt wird.

- *Der Gesetzgeber könnte weiter vereinfachte Berichtspflichten für Ein-Anleger-Spezial-Investmentfonds vorsehen und damit für eine große Gruppe dieser Fonds eine administrative Vereinfachung bewirken.*

BMF: Das BMF-Schreiben zur Anwendung des Investmentsteuergesetzes enthält bereits eine Vielzahl von Vereinfachungsregelungen für Ein-Anleger-Spezial-Investmentfonds. Etwaige darüberhinausgehende Vereinfachungsregelungen sollten ebenfalls im BMF-Schreiben umgesetzt werden.

- *Am Übergang vom Ertragsausgleichsverfahren zur besitzanteiligen Zurechnung sollte der Gesetzgeber schon im Interesse der Stetigkeit festhalten.*
- *Spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften ließen sich nur um den Preis der parallelen Streichung besonderer Vergünstigungsvorschriften, etwa des Thesaurierungsprivilegs bei Spezial-Investmentfonds streichen.*
- *Übergreifendes Vereinfachungspotential besteht in den Übergangsregeln, die der Gesetzgeber noch weiterentwickeln könnte.*
 - *Erwogen werden könnte zunächst eine Begrenzung des Berücksichtigungszeitraums in der Vergangenheit versteuerter ausschüttungsgleicher Erträge.*
 - *Um den Übergang zu beschleunigen, könnte ein Wahlrecht eingeführt werden, mit dem der Besteuerungsaufschub der zum 1.1.2018 in der Veräußerungsfiktion*

festgestellten Veräußerungsgewinne oder -verluste vorzeitig, auch für Teilbeträge, beendet werden kann. Verfassungsrechtlich zulässig wäre dazu auch ein Lenkungsanreiz in Gestalt einer moderat ermäßigten Besteuerung im Falle fiktiver Veräußerungsgewinne. Eine solche Optionslösung könnte mit einem Enddatum verbunden werden, bis zu dem die Veräußerungsgewinne spätestens realisiert sein müssen.

- *Weiter mit dieser Lösung verbunden werden könnte der Vorschlag im Schrifttum, auf Antrag des Steuerpflichtigen die in der Vergangenheit bereits in die Veranlagung einbezogenen ausschüttungsgleichen Erträge bei thesaurierenden ausländischen Investmentfonds festzustellen. Damit verbinden ließe sich eine Vereinfachung in Gestalt einer Durchschnittsbetrachtung und einer pauschalen Verrechnung.*
- *Erhebliches Potential besteht schließlich in den Möglichkeiten der Digitalisierung. Hier sollte der Gesetzgeber dringend zumindest den ersten Schritt eines Medienwandels anstoßen, damit der Grundstein für weitere Schritte gelegt ist, um besonders im Investmentsteuerrecht sich aufdrängende Möglichkeiten für den Einsatz zentraler und dezentraler Register und des automatisierten Vollzugs anstoßen zu können.*

BMF: In der Zwischenzeit wurde die Möglichkeit der elektronischen Abgabe von Feststellungserklärungen geschaffen. Das Verfahren befindet sich derzeit in mehreren Ländern in der Erprobungsphase. Darüber hinaus wird auch die Bearbeitung durch die Finanzämter digitalisiert.

(3) Braucht man weiterhin unterschiedliche Besteuerungsregime für Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds?

- *In der Praxis besteht weiter ein erhebliches Bedürfnis, das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds im Sinne des Kapitel 3 des InvStG 2018 beizubehalten. Es speist sich nur zum Teil aus günstigeren Steuerbelastungswirkungen, etwa aus dem Thesaurierungsprivileg, wird aber wohl noch stärker durch die Wahrnehmung einer höheren Flexibilität genährt.*
- *Wollte der Gesetzgeber längerfristig beide Systeme zusammenführen, müsste er die Attraktivität der Investmentfonds weiter erhöhen oder die der Spezial-Investmentfonds durch einen Abbau damit verbundener Vorteile verringern.*
- *Verlässliche Informationen zur Anzahl der Fonds, die zuvor die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nach § 15 InvStG 2004 oder nach § 26 InvStG erfüllt haben und in die Form eines Investmentfonds nach Kapitel 2 gewechselt sind, ließen sich nicht erheben.*

BMF: Anhand der Anzahl der Fonds, die aus dem Besteuerungsregime von Spezial-Investmentfonds in das Besteuerungsregime für Investmentfonds gewechselt

werden, sollte geklärt werden, ob das Besteuerungsregime für Investmentfonds hinreichend attraktiv genug ist, so dass ggf. ein zweites Besteuerungsregime entbehrlich wäre. Hierfür liegen aber bislang keine hinreichenden Erkenntnisse vor.

e. Befragung von Ländern und Verbänden zur Steuervereinfachung

Das BMF hat die nachfolgend aufgelisteten Fragen an die Länder und Verbände gerichtet, dabei wurden eine Vielzahl an Anmerkungen vorgebracht. Im Folgenden wurde eine Auswahl der Anmerkungen aufgenommen.

aa. Investmentfonds (Vereinfachung)

- *Wie beurteilen Sie die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für Investmentfonds in Bezug auf die steuerlichen Rechte und Pflichten des Investmentfonds durch die Investmentsteuerreform? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Vereinfachung, 10 = hohe Vereinfachung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.*

Auswertung der Antworten:

Bewertung	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Keine
16 Länder und BZSt						II	II	I	I (8,5)		XI
Verbände					I	I	I				I

Die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für Investmentfonds hinsichtlich steuerlicher Rechte und Pflichten des Investmentfonds wurde von den Ländern durchschnittlich mit ca. 7, von den Verbänden durchschnittlich mit 6 bewertet.

Aus den Stellungnahmen der Länder sticht vor allem heraus, dass die Vereinfachung bei Investmentfonds, die ausschließlich dem Steuerabzug unterliegende Einkünfte erzielen, als besonders hoch betrachtet wird. Bei Investmentfonds mit ausschließlich dem Steuerabzug unterliegenden Einkünften entfällt die Veranlagungstätigkeit, im Ergebnis liegt daher nach Rückmeldung eines Landes ein um ca. 95 % geminderter Erklärungseingang vor. Zudem wurde insbesondere der Wegfall der Prüfung der Veröffentlichung der Besteuerungsgrundlagen im Sinne des § 5 InvStG 2004 im Bundesanzeiger als deutliche Arbeits erleichterung angeführt. Bei Immobilienfonds wird dagegen nur eine geringe Vereinfachung gesehen.

Aus Sicht der Verbände ist durch die Investmentsteuerreform die dem Transparenzprinzip geschuldete, aufwendige Ermittlung und Veröffentlichung von täglichen Steuerzahlen (Zwischengewinn, Aktiengewinn, Immobilien) sowie von ausgeschütteten und

ausschüttungsgleichen Erträgen weggefallen. Allerdings seien im Zusammenhang mit der Überwachung und dem Nachweis der Aktien- bzw. Immobilienquoten neue Anforderungen geschaffen worden, die mit hohem administrativem Aufwand verbunden seien.

Durch das Konzept der Teilfreistellung sei ein ausgewogenes Besteuerungsverfahren geschaffen worden, das in weiten Teilen auch für Privatanleger gut nachvollziehbar sei.

Die Verbände der Altersvorsorgeeinrichtungen haben die Reform aus Ihrer Sicht als insgesamt gelungen bezeichnet. Die Umsetzung der Neuerungen habe sich in den letzten Jahren zunehmend eingespielt und eine gewisse Grundvertrautheit wäre erreicht worden. Daher sollten aus deren Sicht keine weiterreichenden Änderungen an dem Investmentsteuergesetz vorgenommen werden.

- *Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Verifikation im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung? (Frage an die Länder)*

Auswertung der Antworten:

Aus dem Veranlagungsbereich wurden für Privatanleger keine bzw. wenige administrativ aufwändigen Schritte beschrieben. Nach Rückmeldung der Länder besteht aber insbesondere größerer Aufwand für die Finanzverwaltung bei den folgenden Prozessschritten:

- Ausstellung und Rückforderung von Statusbescheinigungen (§ 7 Absatz 4 InvStG), insbesondere durch die geballte Antragsstellung aufgrund des für Investmentfonds häufig übereinstimmenden Ablaufdatums
 - Prüfung der Voraussetzungen für die Qualifikation als Investmentfonds in besonderen Zweifelsfällen (z. B. Investmentfonds in der Rechtsform einer GmbH oder ausländischen Rechtsformen)
 - Auswertung der Anlagebedingung für die Anwendung der Teilfreistellung
 - Prüfung eines Wechsels des anwendbaren Teilfreistellungssatzes
 - Überprüfung der vom Investmentfonds einzureichenden Einkünfteermittlung im Sinne des § 6 Absatz 7 InvStG bei Bezug nicht dem Steuerabzug unterliegender Einkünfte in Rahmen der Veranlagung (überwiegend bei Immobilienfonds)
 - Einholen der Ansässigkeitsbescheinigungen für Quellensteuerzwecke
- *Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Deklaration oder der Wahlrechtsausübung im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung? (Frage an die Verbände)*

Auswertung der Antworten:

Auch aus den Verbandsstellungen ergab sich, dass das turnusgemäße Beantragen der Statusbescheinigungen als ein großer Aufwand gesehen wurde. Zusätzlich wurden insbesondere die folgenden Prozesse als besonders aufwändig eingestuft:

- Erstattung deutscher Kapitalertragsteuer auf Dividenden an steuerbefreite Anleger
 - Teilfreistellungen (insbesondere Überwachung von Mindestanlagequoten und Bereitstellung von Daten für den Nachweis nach § 20 Absatz 4 InvStG)
 - Berücksichtigung der Nicht-Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben gemäß § 21 InvStG im Rahmen der Teilfreistellungen
 - Ermittlung und Fortführung des fiktiven Veräußerungsgewinns beim Übergang vom alten auf das neue Recht
-
- *Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Investmentfonds hinsichtlich deren steuerlichen Rechte und Pflichten weiter vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?*

Auswertung der Antworten:

Die Länder führen in ihrer Rückmeldung an, dass für eine digitale Prüfung der Körperschaftsteuererklärung von Investmentfonds eine entsprechende Taxonomie bzw. standardisierte Einkünfteberechnung hilfreich wäre. Zudem würden eine Umstellung auf eine elektronische Hinterlegung der Gültigkeit und Ordnungsnummer von Statusbescheinigung sowie die Verlängerung des maximalen Gültigkeitszeitraum eine deutliche Vereinfachung darstellen. Weiter würde die Verlängerung der Gültigkeit der Ansässigkeitsbescheinigungen für Investmentfonds für Quellensteuerzwecke eine Erleichterung darstellen.

Von den Verbänden wird insbesondere Vereinfachungspotential bei dem System der Teilfreistellungssätze gesehen. Hier wird angeregt auf bewertungstägliche Anlagequoten zu verzichten und stattdessen auf einen periodischen Nachweis abzustellen (z. B. zum Halbjahres- und Jahresabschluss). Zudem wird gefordert, im Zusammenhang mit der Ermittlung der Teilfreistellung klarzustellen, dass Investmentfonds im Rahmen der Ermittlung der Quoten auf die Angaben bei WM Datenservice vertrauen dürfen (z. B. Qualifikation eines Wertpapiers als Kapitalbeteiligung, Angaben von Ziel-Investmentfonds). Eine rückwirkende Änderung bei WM Datenservice sollte demnach zu keiner rückwirkenden Korrekturpflicht beim z. B. Dach-Investmentfonds führen.

Ein weiterer Punkt ist die Vereinfachung in Bezug auf die Statusbescheinigungen, hier wird ein Verzicht von Statusbescheinigungen bei OGAW durch die Verbände vorgeschlagen.

bb. Anleger von Investmentfonds (Vereinfachung)

- *Wie beurteilen Sie die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für die Anleger von Investmentfonds durch die Investmentsteuerreform? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Vereinfachung, 10 = hohe Vereinfachung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.*

Auswertung der Antworten

Bewertung	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Keine
16 Länder und BZSt			I	I	I	II	II	III		I	VI
Verbände	I				I	I					

Die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für die Anleger wurde von den Ländern durchschnittlich mit ca. 6,5 bewertet einzuordnen. Dabei ist anzumerken, dass Bewertungen zwischen 3 und 10 abgegeben wurden, also die Meinungen sehr unterschiedlich waren.

Bei den Verbänden wird die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für die Anleger mit durchschnittlich 4 bewertet, wobei Bewertungen zwischen 1 und 6 abgegeben wurden.

Ausschlaggebend für die niedrigen Bewertungen sind insbesondere die Übergangsregelungen nach § 56 InvStG, die von den meisten Ländern als sehr komplex für den Anleger bewertet werden. Zudem wurden die durch das neue Recht neu eingeführten Fachbegriffe als teilweise schwer zu durchdringen eingeordnet. Ebenfalls wurde die Möglichkeit des Nachweises des tatsächlichen Teilfreistellungssatzes nach § 20 Absatz 4 InvStG als potentiell problematische Norm hervorgehoben. Als deutliche Vereinfachung wird jedoch die Behandlung von Investmentanteilen gesehen, die nach der Reform, ab den 1. Januar 2018, im Privatvermögen erworben wurden, da hier die Übergangsregelungen keine Rolle spielen.

Auch die Verbände sehen insbesondere in den Übergangsregelungen des § 56 InvStG einen entscheidenden Faktor, weshalb die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für die Anleger durch die Investmentsteuerreform nicht sehr hoch bewertet wird. Ein Verband hat deutlich gemacht, dass die Übergangsregelungen für die Steuerpflichtigen nur sehr schwer nachvollziehbar seien, aber für den Systemwechsel notwendig gewesen seien. Darüber hinaus wird der Wechsel des anwendbaren Teilfreistellungssatzes sowie die Erstattung nach § 8 InvStG bei steuerbefreiten Anlegern als die Komplexität erhöhend eingeschätzt.

Positiv wird insbesondere eine deutliche Vereinfachung durch den Wegfall der Erklärungsspflichten herausgestellt.

- *Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Anleger von Investmentfonds weiter vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?*

Auswertung der Antworten

Ein einheitlicher Teilfreistellungssatz für Aktienfonds, Mischfonds und sonstige Investmentfonds (mit Ausnahme von Immobilienfonds) würde aus Ländersicht eine wesentliche Vereinfachung darstellen.

Für bestimmte Anlegergruppen wäre eine deutliche Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens dadurch zu erreichen, dass die in § 21 InvStG geregelte Kürzung von Betriebsausgaben und Werbungskosten in Höhe der Teilfreistellung durch eine pauschalierende Regelung ersetzt würde. Alternativ käme auch eine vollumfängliche Streichung des § 21 InvStG in Betracht. Um die Steuermindereinnahmen zu begrenzen müsste aber im gleichen Schritt eine Minderung der Teilfreistellungssätze als Ausgleich stattfinden.

Der nachholende Kapitalertragsteuerabzug bei der Veräußerung von Alt-Anteilen an ausländischen thesaurierenden Investmentfonds nach § 56 Absatz 3 Satz 6 InvStG i. V. m. § 7 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 InvStG 2004 führe bei der Geltendmachung der Kapitalertragsteuer regelmäßig sowohl seitens der Anleger als auch bei den Veranlagungsstellen zu erheblichem Nachweis- bzw. Ermittlungsaufwand. Hier könne ein Verzicht auf die Nacherhebung der Kapitalertragsteuer erwogen werden.

Die Verbände sehen ebenfalls den Selbstnachweis nach § 20 Absatz 4 InvStG als mit hohem Aufwand verbunden und fordern hier eine Erleichterung des Selbstnachweises, dagegen sind die Länder eher für eine Streichung der Norm (siehe hierzu Erläuterungen aus EU-rechtlicher Sicht unter III.2.f).

Ein weiterer Punkt ist die Abschaffung der Vorabpauschale. Nach Ansicht der Verbände würde eine nachgelagerte Besteuerung beim Verkauf der Anteile ausreichend sein. Die Abschaffung würde gerade betriebliche Anleger entlasten, die dafür Ausgleichsposten in der Bilanz zu führen haben.

cc. Entrichtungspflichtige (Vereinfachung)

- *Wie beurteilen Sie die Auswirkungen der Investmentsteuerreform auf die Aufgaben der Entrichtungspflichtigen im Steuerabzugsverfahren gegenüber Investmentfonds und gegenüber deren Anleger?*

Auswertung der Antworten

Den Ländern wird aus der Praxis von einem (einmalig) sehr hohen Implementierungsaufwand der Investmentsteuerreform berichtet. Nach der Umstellung der IT-Systeme wird aber davon ausgegangen, dass sich der Aufwand für die Entrichtungspflichtigen in einem Großteil der Fälle in einem überschaubaren Umfang bewegt, welcher dem durch die Gesetzessystematik angezeigten Massenverfahren gerecht wird.

Auf der Fondseingangsseite ergibt sich ein deutlicher Mehraufwand in Bezug auf das Steuerabzugsverfahren. Hierbei sind insbesondere auch die Erstattungen der Kapitalertragsteuer auf inländische Beteiligungseinnahmen an steuerbefreite Investoren nach §§ 8 und 9 InvStG zu nennen.

Auf der Fondsausgangsseite haben sich einige Erleichterungen im Steuerabzugsverfahren ergeben. Die Länder nehmen von der Finanzbranche regelmäßig Kritik an der Vorabpauschale wahr. Dabei ist jedoch nach Einschätzung der Länder im Vergleich zum Steuerabzug auf die ausschüttungsgleichen Erträge eine Vereinfachung eingetreten. Der Mehraufwand bezüglich der Vorabpauschale ließe sich auf die „Beschaffung“ der Liquidität für den Steuereinbehalt beschränken. In einer Vielzahl der Fälle handele es sich hierbei jedoch um Klein- und Kleinstbeträge, sodass der Aufwand oft in einem Missverhältnis zum Ertrag stehe.

Ein erheblicher Mehraufwand wird von den Ländern und Verbänden für die Entrichtungspflichtigen zudem durch den Systemwechsel gesehen. Dies läge insbesondere daran, dass die Ergebnisse der fiktiven Veräußerung nach § 56 Absatz 2 InvStG zum 31. Dezember 2017 und die Auswirkung von Wertveränderungen auf die Besteuerung ab dem Jahr 2018 bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage für den Kapitalertragsteuerabzug in Korrelation ausgewertet werden müssen.

Die Verbände führen weiter an, dass der für die depotführenden Stellen mit § 17 InvStG (Erträge bei Abwicklung eines Investmentfonds) verbundene Aufwand in einem deutlichen Missverhältnis zu den nur temporären Wirkungen beim Anleger und der tatsächlichen Bedeutung der Abwicklungsfälle in der Praxis stehe. § 17 InvStG betreffe den eher seltenen Fall der Abwicklung von Investmentfonds, löse aber extrem viel Aufwand bei den depotführenden Stellen aus. Gemäß § 44b Absatz 1 EStG sei auf Fondsausschüttungen einbehaltene Kapitalertragsteuer zu Beginn des Folgejahres vom depotführenden Institut dem Anleger wieder zu erstatten, soweit die Ausschüttungen nach § 17 InvStG nicht als Ertrag gelten. Es gebe außerdem komplizierte Wechsel- und Folgewirkungen für Veräußerungen und Depotüberträge (weil die steuerfreien Substanzausschüttungen die Anschaffungskosten der Anteile mindern). Als sehr arbeitsintensiv für die Verwahrstellen als Entrichtungspflichtige wird auch das als sehr komplex ausgestaltet empfundene Erstattungsverfahren für steuerbegünstigte Anleger nach §§ 8 ff. InvStG eingeschätzt, hier wird beispielhaft die Prüfung der Haltedauer aufgezeigt.

Nach Ansicht eines Verbandes, führt der generelle Ausschluss der Personengesellschaften aus dem Anwendungsbereich des InvStG (§ 1 Absatz 3 Nummer 2 InvStG) bei bestimmten Auslandsfondsstrukturen zu einem hohen administrativen Mehraufwand, weil es in diesem Falle notwendig sei, dass ausländische Recht auf gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellungserklärungen (§§ 179-183 Abgabenordnung - AO) überzuleiten. Hier sei eine Öffnungsklausel angebracht, dass auf Antrag des Anlegers statt der Regeln für Personengesellschaften die Regelungen des InvStG zur Anwendung kommen könnten.

- *Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Steuerabzugsverfahren für Entrichtungspflichtige vereinfacht oder administrativ erleichtert werden?*

Auswertung der Antworten

Aus Sicht der Entrichtungspflichtigen sowie der Betriebsstättenfinanzämter könnte eine Abstandnahme für die Besteuerung der Vorabpauschale bei „Kleinstbeträgen“ sinnvoll sein. Von einzelnen Verbänden wird eine generelle Abschaffung der Vorabpauschale gefordert. Der Einbehalt sei zum einen sehr aufwändig, zum anderen bedürfe es einer vom Anleger / Kunden bereitgestellten Liquidität. Sofern eine Belastung der Steuer auf die Vorabpauschale beim Kunden nicht gelinge, seien Meldungen an die Finanzverwaltung erforderlich. Die Einschätzung bezüglich der Kleinstbeträge wird von den Ländern grundsätzlich geteilt, es wird jedoch auch angeführt, dass durch den Zufluss der Vorabpauschale am ersten Werktag des Folgejahres eine Verrechnung mit dem zu diesem Zeitpunkt noch in voller Höhe zu Verfügung stehenden Sparer-Pauschbetrag ausreichend sein sollte. Häufig falle eine Steuer lediglich an, weil kein Freistellungsauftrag in ausreichender Höhe gestellt werde.

Ein Verband kritisiert die Regelungen in § 17 InvStG, die eine steuerneutrale Auszahlung von Kapital in der Abwicklungsphase eines Investmentfonds ermöglicht. Danach müssen die depotführenden Stellen bereits einbehaltene Kapitalertragsteuer an die Steuerpflichtigen wieder zurückzahlen, wenn sich nach Ablauf des Kalenderjahres zeigt, dass die Ausschüttungen nicht auf einer Wertsteigerung basieren, sondern bei wirtschaftlicher Betrachtung nur Kapitalrückzahlungen darstellen. Aus Sicht des Verbandes ist die Anwendung der Regelung in § 17 InvStG sehr komplex und sollte lieber abgeschafft werden.

Für die Entrichtungspflichtigen würde zudem eine Verminderung der (nachrichtlichen) Angaben in den Steuerbescheinigungen eine Erleichterung bedeuten.

Weiterhin schlagen die Verbände vor, das Widerspruchsrecht des Kunden gegen die Belastung seiner Konten in Fällen unbarer Kapitalerträge abzuschaffen (§ 44 Absatz 1 Satz 7 ff. EStG). Dieses Recht werde in der Praxis so gut wie nicht genutzt, trotzdem müsse ein kostenverursachendes Verfahren von den Kreditinstituten vorgehalten werden. Die Abschaffung würde nicht zu Mindereinnahmen für den Fiskus führen, sondern zu weniger Veranlagungsfällen für die Finanzverwaltung (Vermeidung von Meldungen an das Betriebsstättenfinanzamt).

dd. Vorabpauschale (Vereinfachung)

- *Die Höhe der Vorabpauschale wird derzeit anhand eines Basiszinses ermittelt, der sich nach der langfristigen Rendite von Bundesanleihen bemisst. Halten Sie diese Bemessungsgrundlage für die Vorabpauschale für sachgerecht?*

Auswertung der Antworten

(Hinweis: Der Zweck und die Funktionsweise der Vorabpauschale werden oben unter 4.b. erläutert.)

Die Bemessungsgrundlage für die Vorabpauschale wird von Verbänden und Ländern gleichermaßen als sachgerecht erachtet, insbesondere da nicht realitätsfern geschätzt würde und die Vorabpauschale verhältnismäßig einfach zu errechnen sei. Bei Pauschalen liege es in der Natur der Sache, dass Vereinfachungen in Kauf genommen werden müssen.

Da in den Jahren 2018 bis 2020 der für die Vorabpauschale maßgebende Basiszins relativ niedrig war (2018: 0,87 %, 2019: 0,52 %, 2020: 0,07 %) und in den Jahren 2021 und 2022 sogar 0 % betragen hat, besteht aber bei einigen Ländern der Eindruck, dass keine angemessene laufende Besteuerung der Erträge erreicht wurde. Als Abhilfe wird in den Raum gestellt, einen Mindestbetrag für den anzuwendenden Basiszins gesetzlich festzulegen, da insbesondere Aktien- und Mischfonds auch in einer Niedrigzinsphase Erträge und Wertsteigerungen erzielen würden. Durch den Berechnungsmodus der Vorabpauschale (§ 18 Absatz 1 Satz 3 InvStG) sei sichergestellt, dass es bei einer negativen Entwicklung nicht zu einer Besteuerung kommt.

Von den Verbänden wird vertreten, dass bei der Vorabpauschale gerade kein tatsächlicher Geldfluss vorliegt und der Anleger deswegen keiner zu hohen Besteuerung unterliegen sollte. Es sei sachgerecht in Niedrigzinsphasen auf die Erhebung der Vorabpauschale zu verzichten.

- *Welche anderen Bemessungsgrundlagen für die Vorabpauschale kämen aus Ihrer Sicht in Betracht.*

Auswertung der Antworten

Von einigen Ländern wurden Überlegungen vorgetragen, die Vorabpauschale z. B. stärker an die tatsächliche Wertentwicklung des Fonds zu koppeln oder je nach Fondsausrichtung eine typisierte anlageklassenbezogene Wertentwicklung zu unterstellen. Es wurden jedoch gleichzeitig eigene Bedenken zu diesen Überlegungen mitgeteilt, da diese Varianten nicht mit der Gesetzesintention der risikolosen Marktverzinsung gedeckt wären und auch teilweise zu einem größeren Ermittlungsaufwand führten.

Von den Verbänden werden keine Alternativen zur derzeitigen Bemessungsgrundlage der Vorabpauschale gesehen.

- *Teilen Sie die Auffassung, dass ohne die Vorabpauschale Investmentfonds dazu verwendet werden könnten, dauerhaft oder sehr langfristig Kapitaleinkünfte vor der jährlichen Besteuerung abzuschirmen? Anders ausgedrückt: Sehen Sie die Gefahr, dass vermögende*

Steuerpflichtige (bei denen die Kapitaleinkünfte nicht oder nur zu einem geringen Teil zur Bestreitung Ihres Lebensunterhalts herangezogen werden) Investmentfonds als Steuerstundungsinstrument einsetzen?

Auswertung der Antworten

Die Auffassung, dass ohne die Vorabpauschale Investmentfonds dazu verwendet werden könnten, dauerhaft oder sehr langfristig Kapitaleinkünfte vor der jährlichen Besteuerung abzuschirmen, wird durch die Länder geteilt. Ohne die Vorabpauschale könnten Investmentfonds strukturell als Thesaurierungsvehikel genutzt werden. Die Besteuerung beim Anleger sei in Niedrigzinsphasen – in den die Vorabpauschale sehr niedrig ist – abhängig von Ausschüttungen und Veräußerungen, so dass eine dauerhafte Abschirmung vor der jährlichen Besteuerung möglich erscheint.

Die Verbände tragen vor, dass Investmentfonds in den weit überwiegenden Fällen nicht aus steuerlichen Gründen genutzt würden, sondern dem langfristigen Vermögensaufbau dienen würden. Hierbei führe eine niedrige Besteuerung über die Haltedauer zu einem zusätzlichen positiven Effekt auf die Gesamtrendite und fördere die Attraktivität des Sparens. Es wird aber auch gesehen, dass einzeln vermögende Kunden ihre Steuerbelastung durch Investmentfonds, aber auch mit Hilfe von Zertifikaten oder in- und ausländischer Gesellschaften in die Zukunft verlagern könnten. Diese sollte nach Aussage der Verbände aber kein Argument für eine Mehrbelastung der verbleibenden Millionen anderer Anleger sein. Zudem wird auf den Vergleich mit der Direktanlage hingewiesen. Bei einer Direktinvestition in Aktien habe der Anleger auch nur die Dividendenzuflüsse und bei der Direktanlage in Immobilien die Mietzuflüsse zu versteuern.

- *Mit welchen anderen gesetzlichen Regelungen könnte man die Nutzung von Investmentfonds als Steuerstundungsinstrument ausschließen bzw. welche Alternativen sehen Sie zur Vorabpauschale?*

Auswertung der Antworten

Die Länder sehen für die Vorabpauschale derzeit wenig geeignete Alternativen. Mit anderen Regelungen entstünde voraussichtlich ein erhöhter Dokumentations- und Prüfungsaufwand. Als denkbare Alternativen wurde Folgendes genannt:

- Zeitliche Befristung von Thesaurierungsmöglichkeiten durch Teilbesteuerung der Wertzuwächse ggfs. unter Eröffnung einer Verrechnungsmöglichkeit für angefallene Wertminderungen in Folgejahren
- Gesetzliche Zwangsausschüttung unter Möglichkeit der Wiederanlage der (Netto-) Ausschüttungsbeträge
- Eine Mindestbesteuerung in Form fester Zins-/Ertragssätze bzw. fester Mindestbeträge in Abhängigkeit von der Wertsteigerung

ee. Teilfreistellungswechsel (Vereinfachung)

- *Nach § 22 Absatz 1 InvStG gilt ein Investmentanteil als veräußert, wenn sich der für einen Investmentfonds anwendbare Teilfreistellungssatz ändert. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Investmentfonds zunächst die Voraussetzungen eines Aktienfonds nach § 2 Absatz 6 Satz 1 InvStG und damit die Voraussetzungen für die Aktienteilfreistellung nach § 20 Absatz 1 erfüllt hat, dann aber weniger als 50 % seines Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegt. Das Instrument der fiktiven Veräußerung soll verhindern, dass unterschiedliche Teilfreistellungssätze für Steuergestaltungen ausgenutzt werden. Beispielsweise könnten zunächst bewusst Investorsträge unter Anwendung eines hohen Teilfreistellungssatzes erzeugt werden um dann später künstlich erzeugte Verluste aus der Veräußerung des Investmentanteils ohne Anwendung einer Teilfreistellung geltend zu machen. Wie beurteilen Sie vor diesem Hintergrund die Notwendigkeit der Regelungen zur fiktiven Veräußerung bei einem Teilfreistellungssatzwechsel?*

Auswertung der Antworten

Die fiktive Veräußerung ist in einem System mit (ggf.) wechselnden Teilfreistellungssätzen nach Einschätzung der Länder zwingend notwendig, um die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit herzustellen und Gestaltungen zu verhindern. Die Teilfreistellung gehe typisierend davon aus, dass die steuerliche Vorbelastung auf Fondsebene je Fondsart differiere und daher im Sinne der Vermeidung einer übermäßigen Besteuerung über die Teilfreistellungshöhe auszugleichen sei. Konsequenterweise erfolge bei einem Wechsel des anwendbaren Teilfreistellungssatzes, der durch eine veränderte Anlagestruktur ausgelöst wird, eine fiktive Veräußerung nach § 22 InvStG.

Auch die Verbände bejahen die Regelung als sachgerecht zur notwendigen Abgrenzung von Perioden mit unterschiedlichen Höhen des anwendbaren Teilfreistellungssatzes. Sie sehen dabei jedoch nicht das in der Frage beschriebene Gestaltungspotential. Zudem sehen sie es teilweise als problematisch an, dass der Anleger die Folgen von Änderungen tragen muss, auf die er keinen Einfluss hat.

- *Wie viele Fälle von fiktiver Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels gab es in den Jahren 2018 bis 2020? (Bitte pro Jahr und danach aufschlüsseln, ob ein Aktien-, ein Misch-, ein Immobilien- oder ein Auslands-Immobilienfonds von dem Teilfreistellungswechsel betroffen ist.)*

Auswertung der Antworten

Den Ländern liegen keine genauen Angaben zu den Fallzahlen vor. Die Lieferung aussagekräftiger Daten durch die Finanzverwaltung ist nicht möglich. Bei Privatanlegern seien Teilfreistellungswechsel nicht deklarationspflichtig, erst bei tatsächlicher Veräußerung könnten Erkenntnisse dazu vorliegen. Jedoch fehle es auch dann an der Verkennzifferung in den Erklärungsvordrucken. Bei betrieblichen Anlegern soll die fiktive Veräußerung

über eine entsprechende steuerliche Rücklage abgebildet werden. Entsprechend eindeutig bezeichnete Taxonomiepositionen standen zum Abfragezeitpunkt in der E-Bilanz nicht zur Verfügung.

Laut der Auswertung die ein Verband aus den Daten von WM Datenservice vorgenommen hat, gab es in den Jahren von 2018 bis 2020 insgesamt 1.095 Gattungen / Fälle mit Teilfreistellungswechsel auf Fondsebene.

	2018	2019	2020
Aktienfonds	11	381	114
Mischfonds	39	151	83
Immobilienfonds	0	8	0
Auslandsimmobilienfonds	0	0	0
Fonds ohne Teilfreistellung	23	218	67
Insgesamt	73	758	264

- „Wie hoch schätzen Sie den administrativen Aufwand ein, der durch die Fälle von fiktiver Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels verursacht wird? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringer Aufwand, 10 = hoher Aufwand) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.“

Auswertung der Antworten

Bewertung	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Keine
16 Länder und BZSt				I	I	I		I		I	XII

Der administrative Aufwand, der durch die Fälle von fiktiver Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels verursacht wird, wurde von den Ländern sehr unterschiedlich bewertet. Die durchschnittliche Bewertung liegt bei ca. 6,5 bei abgegebenen Bewertungen zwischen 4 und 10. Diese Zahl ist jedoch nur begrenzt aussagekräftig, da je nach Rückmeldung eines Landes unterschiedliche Adressaten (Veranlagungsbezirk des Investmentfonds oder Veranlagungsbezirk der Anleger) oder Sachverhalte (Veräußerungen mit oder ohne Steuerabzug) im Fokus standen.

Die Länder haben mitgeteilt, dass der größte administrative Aufwand auf Seiten des Entrichtungspflichtigen liegt, so dass bei dem Steuerabzug unterliegenden Fällen kein hoher administrativer Aufwand auf Seiten der Verwaltung entsteht. Höherer bis hoher Aufwand wird dagegen bei der Steuerfestsetzung der Anleger von Investmentfonds mit nicht dem Steuerabzug unterliegenden Einkünften erkannt.

Die Rückmeldungen der Verbände sind ähnlich wie die Einschätzung der Länder. Berichtet wurde, dass der Mehraufwand für die Kapitalverwaltungsgesellschaften nur gering ausfällt, der Aufwand der Entrichtungspflichtigen dagegen umso höher.

Die meisten Verbände haben keine Bewertung des Aufwands in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 abgegeben. Daher wurde in die o. a. Tabelle keine Werte für die Verbände eintragen und kein Mittelwert gebildet.

- *Wie beurteilen Sie eine etwaige gesetzliche Änderung, nach der ein einheitlicher Teilfreistellungssatz für Aktien- Misch- und alle sonstigen Investmentfonds eingeführt und daneben nur gesonderte Teilfreistellungssätze für Immobilien- und Auslands-Immobilienfonds fortgeführt werden?*

Auswertung der Antworten

Einen einheitlichen Teilfreistellungssatz für alle Fondsarten sehen sowohl Länder als auch Verbände kritisch. Die Teilfreistellung gehe typischerweise davon aus, dass die steuerliche Vorbelastung auf Fondsebene je nach Fondsart differiert. Dies liege darin begründet, dass die tatsächliche steuerliche Vorbelastung abhängig vom Anlageschwerpunkt schwanke. Eine Gleichstellung der Teilfreistellungssätze für Aktienfonds (regelmäßig 15 % Quellensteuerabzug auf Dividenden) und sonstige Investmentfonds (z. B. Geldmarktfonds ohne Quellensteuerabzug auf Zinsen) erscheine vor diesem Hintergrund als nicht zielführend.

Als Vorschlag einzelner Länder könnte eine Vereinfachung aber darin bestehen vergleichbare Fondsgruppen in einem Teilfreistellungssatz zusammenzufassen und so die Anzahl der Freistellungssätze weiter zu reduzieren. Z. B. könne eher ein einheitlicher Teilfreistellungssatz für Aktien- und Mischfonds sowie ein einheitlicher Teilfreistellungssatz für Immobilien- und Auslandsimmobilienfonds gebildet werden. Mit der Reduzierung der Teilfreistellungssätze würde die Komplexität auf Anlegerebene verringert und ggf. die Zahl fiktiver Veräußerungen nach § 22 InvStG gesenkt werden können

- *Welche anderen gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten sehen Sie, um den administrativen Aufwand durch die fiktiven Veräußerungen aufgrund eines Teilfreistellungswechsels zu reduzieren?*

Auswertung der Antworten

Nach Meldung der Länder werden aktuell wenig bis keine Möglichkeiten zur Reduzierung des administrativen Aufwands für fiktive Veräußerungen aufgrund eines Teilfreistellungswechsels gesehen, ohne dass sich dadurch ein wesentlicher Einfluss auf das steuerliche Ergebnis ergibt. Lediglich durch die Streichung der Nachweismöglichkeit in § 20 Absatz 4 InvStG wird die Möglichkeit gesehen, die Anzahl der Fälle zu verringern.

Von den Verbänden wird kein Anlass zur Änderung gesehen.

ff. Spezial-Investmentfonds und Anleger (Vereinfachung)

- *Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Spezial-Investmentfonds hinsichtlich deren steuerlichen Rechte und Pflichten vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?*

Auswertung der Antworten:

Die Länder haben insbesondere in zwei Bereichen Vereinfachungspotential gesehen. Zum einen organisatorischer Art im Bereich des Feststellungsverfahrens von Spezial-Investmentfonds, zum anderen rechtlicher Art bei der Ermittlung der Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds.

Das Feststellungsverfahren von Spezial-Investmentfonds war zu Beginn der Evaluierung der Investmentsteuerreform und somit bei der Abfrage analog in Papierform ohne elektronische Abgabemöglichkeit. Aus diesem Grund wurde die elektronische Abgabemöglichkeit der Feststellungserklärung eines Spezial-Investmentfonds und eine nachfolgende elektronische Bescheiderstellung als hohes Vereinfachungspotential gesehen.

In der Zwischenzeit wurde die Möglichkeit der elektronischen Abgabe von Feststellungserklärungen geschaffen. Da das Verfahren aktuell erst anläuft, kann bislang keine Aussage über die konkrete Vereinfachung durch die elektronische Abgabemöglichkeit der Feststellungserklärung getroffen werden. Das BMF geht aber – nach einem Umstellungsaufwand der IT-Systeme – von einer erheblichen Vereinfachung durch die elektronische Abgabe der Feststellungserklärung aus.

Darüber hinaus wurde eine vereinfachte Feststellungserklärung für Spezial-Investmentfonds mit ausschließlich steuerbefreiten Anlegern als Vereinfachungspotential durch die Länder herausgestellt. Das BMF prüft derzeit, ob eine stark vereinfachte Feststellungserklärung von Spezial-Investmentfonds mit ausschließlich steuerbefreiten Anlegern in Betracht kommt und wie diese ausgestaltet werden könnte.

An Vereinfachungspotential rechtlicher Art haben die Länder insbesondere die Einschränkung des Thesaurierungsprivilegs der Spezial-Investmentfonds sowie eine Änderung bei der Ermittlung des Fonds-Teilfreistellungsgewinns genannt.

Beim Fonds-Teilfreistellungsgewinn im Sinne des § 48 Absatz 6 InvStG handelt es sich um eine Nettogröße, die aufgrund der je nach Art des Anlegers unterschiedlich hohen Teilfreistellungssätze, jeweils getrennt für die in § 20 Absatz 1 InvStG genannten Arten von Anlegern zu ermitteln ist. Dies steht im Kontrast zur Ermittlung der sonstigen Besteuerungsgrundlagen, die in der Regel als Bruttogröße ermittelt werden. Vorbehaltlich der Prüfung der Angemessenheit der Höhe der Teilfreistellungssätze wird angeregt, dass zur Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens eine Umstellung der Ermittlung der Fonds-

Teilfreistellungsgewinne von einer Ermittlung als Nettogröße, jeweils getrennt für die unterschiedlichen Arten von Anlegern, hin zu einer Ermittlung als Bruttogröße jeweils getrennt für unterschiedlichen Arten von Investmentfonds in Betracht gezogen wird.

Die Verbände haben organisatorisches Vereinfachungspotential im Feststellungsverfahren in ähnlichen Bereichen wie die Länder (elektronische Abgabe der Feststellungserklärung und Verzicht auf eine Feststellungserklärung bei Spezial-Investmentfonds mit ausschließlich steuerbefreiten Anlegern) gesehen.

Bei Ein-Anleger-Fonds sollte aus Sicht der Verbände die anlegerspezifischen Thesaurierungen bei Veräußerung von Anteilen wegfallen. Stattdessen sollte diese einheitlich am Geschäftsjahresende des Spezial-Investmentfonds bzw. im Zusammenhang mit dem entsprechenden Ausschüttungsbeschluss erfasst werden.

Schließlich schlagen die Verbände eine Verringerung der Ertragskategorien vor. Mit Ertragskategorien sind unterschiedliche Arten von Erträgen gemeint, die auf der Fondsebene nicht miteinander verrechnet, sondern getrennt ausgewiesen werden müssen, weil für sie unterschiedliche Besteuerungsregelungen gelten.

- *Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Verifikation im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung? (Frage an die Länder)*
- *Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Deklaration oder der Wahlrechtsausübung im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung? (Frage an die Verbände)*

Auswertung der Antworten:

An dieser Stelle wurden zwei differenzierte Fragen an die Länder und die Verbände übersendet. Die Frage an die Länder hat die Verifikation des Verfahrens im Fokus, die Frage an die Verbände die Deklaration oder die Wahlrechtsausübung. Im Folgenden sind die Antworten zu beiden Fragen zusammengefasst.

Bei der Zusammenfassung der Antworten von Ländern und Verbänden haben sich insbesondere die nachfolgenden Bereiche des Verfahrens herausgestellt, die zu administrativem Aufwand führen. Sie sind nicht nach der Höhe des Aufwands, sondern chronologisch nach dem Ablauf im Besteuerungsverfahren geordnet:

- Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen / Reporting:

Die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen zeichne sich durch einen hochgradig detaillierten Ermittlungsaufwand wegen der besitzzeitanteiligen Zurechnung der Erträge aus. Darüber hinaus seien die nachfolgenden Anforderungen besonders aufwändig:

- Einhaltung und das Reporting der umfangreichen Anlagebestimmungen gemäß § 26 InvStG, insbesondere die Einhaltung der sog. „Schmutzgrenze“ gemäß § 26 Nummer 4 InvStG
 - § 36a EStG-Reporting bei Ausübung der Transparenzoption nach § 31 InvStG
 - Berücksichtigung der Regelungen zur doppelten Transparenz in mehrstufigen Investmentstrukturen sowie der in diesen Fällen erforderliche Datenaustausch zwischen Dach- und Ziel-Spezial-Investmentfonds
 - Überwachung und Fortschreibung der steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge
 - Ermittlung und Fortführung des fiktiven Veräußerungsgewinns nach § 56 InvStG
 - Umsetzung der Bewertungssperre nach § 56 Absatz 2 Satz 5 InvStG
- o Erstellung und Abgabe der Feststellungserklärung:
Die Erstellung und Abgabe der Feststellungserklärungen im analogen Papierverfahren wird sowohl von den Verbänden als auch den Ländern als immenser administrativer Aufwand ausgemacht. Die hier ausgewerteten Antworten haben die Länder und Verbände zu einem Zeitpunkt abgegeben, in dem noch nicht absehbar war, dass zeitnah eine elektronische Abgabemöglichkeit der Feststellungserklärung geschaffen wird.
 - o Durchführung des Feststellungsverfahrens durch die Finanzämter:
Die (zum Zeitpunkt der Abfrage) fehlende elektronische Unterstützung führte nach Auffassung der Länder zum mit weitem Abstand größten Aufwand beim täglichen Verwaltungsvollzug. In der Praxis sei die kooperative Zuarbeit der Kapitalverwaltungsgesellschaften für Korrekturen unabdingbar. Auch hier dürfte nach Auffassung des BMF das elektronische Feststellungsverfahren eine große Vereinfachung bieten, sobald es angelaufen und etabliert ist.
- *Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Anleger von Spezial-Investmentfonds vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?*

Auswertung der Antworten

Konkrete Maßnahmen zur deutlichen Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für die Anleger von Spezial-Investmentfonds, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde, konnten die Länder nicht benennen. Bei Beibehaltung des semitransparenten Besteuerungssystems nach Kapitel 3 des InvStG könnten deutliche Vereinfachungen in Konkurrenz zum Ziel der Gestaltungsabwehr treten. Darüber hinaus müssten die Erkenntnisse aus den Betriebsprüfungen bei Spezial-Investmentfonds und deren Anlegern mit einbezogen werden, die zu Berichtserstellung noch nicht vorlagen.

Die Verbände haben insbesondere folgende Punkte zur Vereinfachung genannt:

- Bessere Muster der Feststellungserklärung
Durch eine Verbesserung der Muster der Feststellungserklärung und einen besseren Bezug der Feststellungserklärung zur Körperschaftsteuererklärung der Anleger könne man eine Vereinfachung für die Anleger von Spezial-Investmentfonds erzielen. Durch die in der Zwischenzeit neu gestalteten Vordruckmuster ist diese Vereinfachung nach Auffassung des BMF erreicht worden. Nach den neuen Mustern sind die für die Besteuerung der Anleger relevanten Besteuerungsgrundlagen gebündelt ausgewiesen. Es ist vorgesehen, die Eintragungsmöglichkeiten in der Körperschaftsteuererklärung in ähnlicher Weise zu gestalten, um die Eintragung weiter zu vereinfachen.

 - Steuerneutraler Wechsel des Besteuerungsregimes
Je nach Anlagestrategie böten beide Besteuerungsregime im Investmentsteuergesetz Vor- und Nachteile. Da Anleger nur unter Aufdeckung der stillen Reserven das Besteuerungsregime von Kapitel 3 nach Kapitel 2 wechseln können, aber nicht umgekehrt, würde im Zweifel regelmäßig das transparente Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds bevorzugt. Oftmals habe dies keinen direkten Vorteil, sondern es solle durch diese Wahl lediglich verhindert werden, dass in der Zukunft ein Nachteil entstehe. Würde den Anlegern eine beiderseitige Wechselmöglichkeit unter Stundung der Besteuerung der stillen Reserven – so wie dies zunächst bei einem Wechsel vom Spezial-Investmentfondsregime in das Investmentfondsregime möglich war – erlaubt, würde sich nach Auffassung eines Verbandes voraussichtlich die Zahl der Spezial-Investmentfonds reduzieren und die Anleger könnten die für sie einfachere Besteuerung von Investmentfonds in Anspruch nehmen, solange daraus kein steuerlicher Nachteil resultiere. Hierdurch würde sich die Komplexität der laufenden Besteuerung an die Bedürfnisse der Anleger anpassen und der Aufwand für Kapitalverwaltungsstellen und Finanzverwaltung sinken.
- *Wie viele Spezial-Investmentfonds wurden in den Jahren 2015 bis 2020 in Ihrem Land geführt? (Bitte pro Jahr aufschlüsseln.)*

Land / Jahr	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Baden-Württemberg	123	126	131	136	152	154
Bayern	449	427	460	471	438	449
Berlin	0	79	79	74	27	0
Hamburg	195	224	245	252	258	250
Hessen	2.695	2.683	2.559	2.456	2.393	2.408
Niedersachsen	111	105	115	54	54	49
Nordrhein-Westfalen	605	639	670	513	543	557

- *Wie viele Fonds, die zuvor die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nach § 15 InvStG 2004 oder nach § 26 InvStG erfüllt haben, haben in den Jahren 2018 bis 2020 den steuerlichen Status geändert und unterliegen seitdem den Besteuerungsregelungen für Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG? (Bitte pro Jahr aufschlüsseln.)*

Land / Jahr	Übergang zum 1.1.2018	2018	2019	2020
Baden-Württemberg	7			
Bayern		44	2	8
Hamburg	10			
Hessen	228			
Niedersachsen	61			
Nordrhein-Westfalen		9	22	4

- *Besteht aus Ihrer Sicht weiterhin Bedarf für gesonderte Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds oder wäre es vorzugswürdig, einheitlich für alle Fonds das Besteuerungsregime für Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG anzuwenden?*

Auswertung der Antworten:

Die Länder sehen keine Notwendigkeit darin, das Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds (Kapitel 3) beizubehalten. Eine Vereinheitlichung der Besteuerungsregelungen würde zu einer erheblichen Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens, einer besseren Administrierbarkeit und einer möglicherweise reduzierten Gestaltungsanfälligkeit führen. Die Länder gehen jedoch davon aus, dass eine derartige Rechtsänderung keine hinreichende Akzeptanz in der Wirtschaft finden würde.

Die Verbände sehen weiterhin Bedarf für ein eigenes Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds. Nur mit zwei Besteuerungssystemen könnten die Anforderungen der unterschiedlichen Anlegergruppen erfüllt werden. Die Umstellungen durch die Investmentsteuerreform seien kostenintensiv gewesen, aber der Aufwand der Besteuerung von Spezial-Investmentfonds und deren Anlegern würde sich mindern, sobald das System besser eingespielt sei.

gg. Finanzämter (Vereinfachung)

- *Wie könnte der Erfüllungsaufwand der Finanzämter für das Besteuerungsverfahren von Investmentfonds und deren Anlegern reduziert werden?*

Auswertung der Antworten:

Ein Land hat vorausgeschickt, dass der Erfüllungsaufwand der Finanzämter für das Besteuerungsverfahren von Investmentfonds durch die Investmentsteuerreform bereits deutlich reduziert worden ist. Möglichkeiten zu einer weitergehenden administrativen Vereinfachung werden Folgende gesehen:

- Abschaffung der Vorabpauschale (Anmerkung: Dieser Vorschlag wurde isoliert unter dem Blickwinkel der Vereinfachung gemacht. Aus fiskalischer Sicht halten die Länder die Vorabpauschale für erforderlich.)
- Keine Erhebung der Vorabpauschale bei Kleinstbeträgen
- Reduzierung der Anzahl der Teilfreistellungssätze
- Digitalisierung von Steuerbescheinigungen (ggf. mit automatischer Einfüllung in das Festsetzungsprogramm)
- Die Zuständigkeitsregelung des § 4 Absatz 2 Nummer 1 InvStG sollte für ausländische Immobilienfonds vereinfacht werden. Die Ermittlung des Belegenheitsortes des wertvollsten Teils des Vermögens sei bei größeren Immobilienfonds zeitaufwendig.
(Anmerkung: § 4 Absatz 2 Nummer 1 InvStG entspricht weitgehend der Zuständigkeitsregelung in § 20 Absatz 3 AO. Das Abstellen auf den wertvollsten Teil des Vermögens ist daher ein seit langer Zeit gängiges Verfahren. Es ist nicht ersichtlich, durch welche andere Zuständigkeitsregelung das Verfahren einfacher ausgestaltet werden könnte.)

- *Wie könnte der Erfüllungsaufwand der Finanzämter für das Besteuerungsverfahren von Spezial-Investmentfonds und deren Anlegern reduziert werden?*

Auswertung der Antworten:

Die größte Reduzierung des Erfüllungsaufwandes kann aus Ländersicht durch eine elektronische Unterstützung des Besteuerungsverfahrens erreicht werden. Hierzu ist anzumerken, dass inzwischen eine elektronische Abgabemöglichkeit für die Feststellungserklärungen von Spezial-Investmentfonds nach § 51 InvStG unter Federführung des Landes Hessens geschaffen wurde. Zudem wurde eine elektronische Verarbeitungsmöglichkeit programmiert. Beides befindet sich in der Erprobungsphase.

Darüber hinaus wurde von den Ländern als Vereinfachungsmöglichkeit des Besteuerungsverfahrens für Spezial-Investmentfonds u. a. die Abschaffung des Thesaurierungsprivilegs genannt.

f. Verbändevorschläge

Im Rahmen der Evaluation wurden von Seiten der Verbände insbesondere die nachfolgend dargestellten Vorschläge zur Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens gemacht. Bei dieser Gelegenheit haben die Verbände auch einige weitere gesetzliche Änderungen angeregt (z. B. Zulassung von geschlossenen Spezial-Investmentfonds, Erzeugung und Abgabe regenerativer Energie im Gebäudesektor, Förderung von Blockheizkraftwerken), die aber keinen Bezug zur Steuervereinfachung haben und daher nicht im Rahmen dieses Berichts erörtert werden.

- ***Dauerhafte Geltung von Statusbescheinigungen***

Statusbescheinigung, die bisher für max. drei Jahre ausgestellt wurde und den Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds weitgehend von Steuerabzügen befreien, sollen dauerhaft ausgestellt werden

BMF: Derzeit können Statusbescheinigungen mit einer Geltung von maximal drei Jahren ausgestellt werden. Eine Ausstellung für einen unbegrenzten Zeitraum würde aus Sicht der Praktiker der Länderfinanzbehörden Kontrolldefizite auslösen. Missbräuchliche Gestaltungen könnten schlechter oder erst später erkannt werden. Aus BMF-Sicht käme aber eine Verlängerung der Gültigkeit von Folgebescheinigungen in Betracht.

- ***Verzicht auf Statusbescheinigungen bei Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW)***

BMF: Auch bei OGAW können Kontrolldefizite entstehen und missbräuchliche Gestaltungen schlechter oder später erkannt werden. Daher wird auch für OGAW eine Beibehaltung der Statusbescheinigungen ratsam.

- ***Berücksichtigung von Grundlagenbescheiden erst im Jahr der Bekanntgabe***

Spezial-Investmentfonds investieren regelmäßig auch in andere Spezial-Investmentfonds oder Personengesellschaften. Da diese – genau wie der Spezial-Investmentfonds selbst – Feststellungserklärungen abgeben müssen, hat der Spezial-Investmentfonds bei der Ermittlung seiner Einkünfte und Erstellung seiner Feststellungserklärung häufig noch nicht alle Informationen dieser Beteiligungen in Form von Grundlagenbescheiden vorliegen. Er muss daher im Zweifel die Beteiligungseinkünfte schätzen. Wenn nun später die Grundlagenbescheide vorliegen oder sich aufgrund von Betriebsprüfungen bei den Beteiligungen etwas ändert, muss der Spezial-Investmentfonds seine Einkünfteermittlung und Feststellungserklärung ändern. Häufig haben diese Änderungen aber auch Auswirkungen auf die Einkünfteermittlungen der Folgejahre, so dass es dazu kommen kann, dass ein Spezial-Investmentfonds nicht nur die Feststellungserklärung des „Fehlerjahrs“ korrigieren muss, sondern auch die Nachfolgenden.

BMF: Der Vorschlag lässt unberücksichtigt, dass sich zwischen dem Jahr, für das ein Grundlagenbescheid ergangen ist („Ausgangsjahr“) und dem Jahr, in dem der Grundlagenbescheid bekannt gegeben wird („Bekanntgabjahr“), die Anleger geändert haben können. Es wäre unzulässig, einen Grundlagenbescheid gegenüber einem Anleger anzuwenden, der in dem Ausgangsjahr noch nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war.

- ***Keine Feststellungserklärung bei ausschließlich steuerbefreiten Anlegern***
Spezial-Investmentfonds, an denen ausschließlich steuerbefreite inländische Anleger beteiligt sind, sollen von der Abgabe einer Feststellungserklärung befreit werden.

BMF: Auch bei steuerbefreiten Anlegern kann es zu steuerpflichtigen Tatbeständen kommen. Beispielsweise können Dividenden steuerpflichtig sein, wenn die Voraussetzungen in § 31 Absatz 3 InvStG nicht erfüllt sind, die eine Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum-Geschäfte) verhindern sollen. Außerdem können auf Fondsebene umsatzsteuerpflichtige Leistungen angefallen sein. Diese Fälle lassen sich ohne eine Feststellungserklärung nicht überprüfen.

Derzeit wird geprüft, ob eine stark vereinfachte Feststellungserklärung von Spezial-Investmentfonds mit ausschließlich steuerbefreiten Anlegern in Betracht kommt und wie diese ausgestaltet werden könnte.

- ***Abschaffung der Regelungen zur Kapitalertragssteuer bei Spezial-Investmentfonds***

BMF: In einigen Teilbereichen könnte die Abschaffung der Regelungen zum Kapitalertragsteuerabzug erwogen werden. Ein vollständiger Verzicht würde aber zu einer erheblich späteren Steuerzahlung durch die Anleger und damit zu Liquiditätsnachteilen für den Staat führen. Zudem könnte der Anleger zwischenzeitlich insolvent werden und dadurch die Steuerzahlung gänzlich ausfallen.

5. Erfüllungsaufwand

a. Im Gesetzgebungsverfahren geschätzter Erfüllungsaufwand

Die Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft und der Verwaltung wurden im Gesetzentwurf wie folgt geschätzt:

aa. Geschätzter Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Die Zahl und die Art der steuerlichen Pflichten der Bürgerinnen und Bürger als Anleger von Publikums-Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds ändern sich durch dieses Gesetz im Grundsatz nicht. Wie im bisherigen Recht unterliegen die Erträge aus Investmentfonds bei Privatanlegern grundsätzlich einem nach § 43 Absatz 5 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) abgeltenden Steuerabzug. Fehlt es an einem Steuerabzug, insbesondere weil die Investorerträge im Ausland erzielt werden, sind diese – wie bisher – in der Steuererklärung anzugeben.

Einer grundlegenden Änderung unterliegt nur der Inhalt der Erklärungsspflichten. Während bisher bis zu 33 verschiedene Besteuerungsgrundlagen von den Steuerpflichtigen zu berücksichtigen sind, reichen zukünftig vier Kennzahlen aus (Höhe der Ausschüttung; Wert des Fondsanteils am Jahresanfang; Wert des Fondsanteils am Jahresende; Angabe, ob es sich um einen Aktienfonds, einen Mischfonds, einen Immobilienfonds oder um einen sonstigen Fonds handelt). Die Steuererklärungsspflichten werden dadurch inhaltlich wesentlich vereinfacht. Gleichwohl ergeben sich vielschichtige mögliche Konstellationen, zu denen keine belastbaren Daten vorliegen. Der inhaltliche Minderaufwand lässt sich daher nicht quantifizieren.

In der Übergangsphase zu dem neuen Recht entsteht den Bürgerinnen und Bürgern jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 63 Tsd. Stunden. Sachkosten entstehen nicht. Ein einmaliger Erfüllungsaufwand wird ebenfalls nicht verursacht.

bb. Geschätzter Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Für die Wirtschaft verringert sich der jährliche Erfüllungsaufwand um rund 43 Mio. Euro. Zudem wird ein einmaliger Erfüllungsaufwand von rd. 120 Mio. Euro verursacht.

		Jährlicher Erfüllungsaufwand in Euro	Einmaliger Erfüllungsaufwand in Euro
<i>Artikel 1 (Vorgabenliste)</i>	<i>Summe</i>	3.525.545	74.406.853
	<i>davon aus Informationspflichten</i>	3.458.505	74.406.853
	<i>Summe</i>	-48.901.000	0

<i>Wegfall von 3 Informationspflichten § 5 InvStG 2004</i>	<i>davon aus Informationspflichten</i>	<i>-48.901.000</i>	<i>0</i>
<i>Artikel 2 und 3</i>	<i>Summe</i>	<i>2.370.173</i>	<i>47.160.870</i>
	<i>davon aus Informationspflichten</i>	<i>1.985.531</i>	<i>3.645.000</i>
<i>Gesamt</i>	<i>Summe</i>	<i>-43.005.282</i>	<i>121.567.722</i>
	<i>davon aus Informationspflichten</i>	<i>-43.456.964</i>	<i>78.051.853</i>

Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Der Erfüllungsaufwand für das Bundeszentralamt für Steuern beziffert sich wie folgt:

<i>Kapitel</i>	<i>HH-Jahr</i>	<i>2017</i>	<i>2018</i>	<i>2019</i>	<i>Ab 2020</i>
		<i>in Tsd. Euro</i>			
<i>Einmalkosten</i>		<i>500</i>			
<i>laufende Kosten</i>		<i>132</i>	<i>325</i>	<i>226</i>	<i>226</i>
<i>Gesamt</i>	<i>1 409</i>				

Der Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln soll im Einzelplan 08 ausgeglichen werden. In den Ländern entsteht einmaliger automationstechnischer Umstellungsaufwand in Höhe von ca. 500 000 Euro.

Bei den Publikums-Investmentfonds ist aufgrund der Vereinfachungen mit tendenziell geringerem Erfüllungsaufwand zu rechnen.

Die deutlichsten Änderungen ergeben sich bei der Ermittlung und Prüfung der Besteuerungsgrundlagen von Publikums-Investmentfonds. Das bisher sehr komplexe Verfahren, welches – wie vom Bundesrechnungshof in der abschließenden Mitteilung über die Prüfung der Besteuerung der Anteilseigner von ausländischen thesaurierenden Investmentfonds (VIII 1 - 2013 - 0350) vom 2. Dezember 2014 festgestellt – zwangsläufig zu Vollzugsdefiziten geführt hat, wird deutlich vereinfacht. Durch die Neuregelung werden diese Vollzugsdefizite beseitigt und wird die Verwaltung wieder in die Lage versetzt, im Rahmen der bestehenden Verfahren und Ressourcen entsprechend den gesetzlichen Anforderungen zu handeln. Erhebliche Entlastungen mit quantifizierbaren Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand sind deshalb nicht zu erwarten.

Die im Gesetzentwurf enthaltenen Rechtsänderungen bezüglich der zu erwartenden Folgewirkungen des EuGH-Urteils vom 9. Oktober 2014 (C-326/12) dienen der frühzeitigen

Vermeidung von ansonsten in der Zukunft anfallendem Verwaltungsmehraufwand. Sie sind als solche jedoch nicht auszuweisen und aufgrund fehlender Fallzahlen auch nicht quantifizierbar.

Hinsichtlich der Änderungen bei den Spezial-Investmentfonds ist mit tendenziell höherem Aufwand zu rechnen.

Insgesamt betrachtet, ist auf Ebene der Länder und Kommunen mit einem gleichbleibenden Erfüllungsaufwand zu rechnen.

(4) Weitere Kosten

Der Wirtschaft, einschließlich mittelständischer Unternehmen, entstehen keine direkten weiteren Kosten.

Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

b. Ergebnisse der Nachmessung des Erfüllungsaufwands

aa. Nachgemessener Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen, Bürger

Die tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger und der Wirtschaft sind im Rahmen eines Berichts durch das Statistische Bundesamt zu ermitteln. Für diesen Zweck sind vom Statistischen Bundesamt Erhebungen und Befragungen von den betroffenen Verbänden und ggf. einzelner Unternehmen (insbesondere Kapitalverwaltungsgesellschaften und Kreditinstitute) vorzunehmen. Der Gesamtbericht vom Statistischen Bundesamt ist kurz vor der Fertigstellung des Zwischenberichtes eingegangen und wird derzeit ausgewertet, so dass ein Ergebnis erst in einem ergänzten Zwischenbericht oder im Abschlussbericht ausgenommen wird.

bb. Nachgemessener Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Siehe aa.

cc. Nachgemessener Erfüllungsaufwand der Finanzbehörden (Vollzugsaufwand)

Die vorliegenden Erkenntnisse aus dem Verwaltungsvollzug in den Ländern liefern keine Anhaltspunkte dafür, dass die Annahmen der ex-ante-Schätzung in Frage zu stellen wären. Erhebliche Entlastungen mit quantifizierbaren Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Finanzverwaltungen der Länder sind nicht eingetreten.

Methodische Grundlagen und Erhebungskonzept

Die Methodik zur Ermittlung des Erfüllungsaufwandes ergibt sich aus den im Leitfaden zur Schätzung des Erfüllungsaufwandes eines Regelungsvorhabens beschriebenen Grundsätzen.⁶ Für die Berechnung des Erfüllungsaufwands einer gesetzlichen Regelung wird der Erfüllungsaufwand für jede einzelne Vorgabe ermittelt.

Hierfür werden zunächst die Tätigkeiten erfasst, die zur Erfüllung einer Vorgabe notwendig sind. Für jede einzelne dieser Tätigkeiten werden Zeitwerte bei den jeweils betroffenen Normadressaten ermittelt. Dabei wird in der Regel auf Befragungen verzichtet, da auf Ergebnisse von Organisationsuntersuchungen in den Ländern sowie Berichte von Projektgruppen, die einzelne Aufgaben oder Teilbereiche eines Finanzamts untersucht haben, zurückgegriffen werden kann. Diese basieren auf dem Einsatz anerkannter Methoden der Organisationslehre (z.B. Zeitanschreibungen, Interviews und analytischem Schätzen). Alternativ können den Tätigkeiten Zeitwerte vergleichbarer Tätigkeiten aus den Organisationsuntersuchungen zugewiesen werden.

Die Ergebnisse der Untersuchungen und Projektgruppen werden von der Arbeitsgruppe „Personalbemessung“ der Steuerverwaltungen der Länder (AG PersBB) für die fortlaufende Aktualisierung der seit Jahrzehnten etablierten Personalbedarfsberechnung (PersBB) verwendet. Die Berechnungsgrundlagen werden regelmäßig an die sich stetig ändernden Rahmenbedingungen und Geschäftsprozesse angepasst. Hierbei berücksichtigt die AG PersBB die Veränderungen der Arbeitsabläufe in den Finanzämtern ebenso wie die rasche Fortentwicklung der informationstechnischen Unterstützung sowie die aktuelle Rechtsentwicklung.

In Abgrenzung zur Vollzugaufwandschätzung, bei der die Ermittlung des Erfüllungsaufwands vor Inkrafttreten („ex ante“) eines Gesetzes erfolgt, basiert die PersBB in der Regel auf etablierten Prozessen und damit (zumindest annähernd) feststehenden Mengengerüsten und bewertbaren Arbeitsschritten („ex post“-Betrachtung). Gleichwohl können Berechnungsgrundlagen aus der PersBB (z. B. Bearbeitungszeiten für Teilaufgaben) genutzt werden, die Folgen beabsichtigter Gesetzesänderungen vorab abschätzen oder retrospektiv evaluieren zu können. Für die Berechnung des mit einem Gesetz einhergehenden zeitlichen Mehr- oder Minderaufwandes werden die so ermittelten Zeitwerte sodann mit der Zahl der von der Neuregelung betroffenen Fälle multipliziert.

⁶ Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, Wiesbaden 2018. Verfügbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Buerokratiekosten/Publikationen/Downloads-Buerokratiekosten/erfuellungsaufwand-handbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (zuletzt aufgerufen am 05.06.2020)

Die Ermittlung des sich aus dem zeitlichen Mehr- oder Minderaufwandes ergebenden Personalbedarfs erfolgt unter Zugrundelegung des im jährlichen BMF-Rundschreiben veröffentlichten Wertes von 97.920 Jahresarbeitszeitminuten.

Dem für die Umsetzung einer Neuregelung erforderlichen Personal werden jeweils aktuelle Personalkostensätze zugeordnet, die den im jährlichen BMF-Rundschreiben veröffentlichten Personalkostensätzen entlehnt sind. Diese Kostensätze enthalten auch den Versorgungszuschlag, Personalnebenkosten, sächliche Verwaltungskosten, Aufwendungen für Büroräume und Investitionen. Darüber hinaus berücksichtigt die Methode auch Unterstützungsprozesse, für die ein Pauschalzuschlag von 16,5 % veranschlagt wird. Hierunter fallen z.B. Intendantaufgaben, Personalratstätigkeiten und Postverteilung.

Sofern die Neuregelung einmaligen Sachaufwand (umfangreiche Schulungen oder besondere Ausstattung) erforderlich machen sollte, wird dieser zusätzlich als einmaliger Sachaufwand bei der Darstellung des Erfüllungsaufwandes abgeschätzt und ausgewiesen.

6. Fondsstandort

Fragen zu der Auswirkung auf den Fondsstandort Deutschland durch die Reform der Investmentbesteuerung werden durch ein Forschungsgutachten untersucht. Auftragnehmer ist KPMG. Das Gutachten hat sich erheblich verzögert und derzeit liegt noch kein Termin für die Fertigstellung vor. Der Zwischenbericht wird daher ergänzt, wenn das Gutachten fertiggestellt und ausgewertet wurde.

7. Teilfreistellungssätze

Die Höhe der Teilfreistellungssätze richtet sich aufgrund der Vorbelastung auf Fondsebene nach dem Anlageverhalten des Investmentfonds und der Rechtsform des Anlegers. Die Teilfreistellungssätze des Investmentsteuerreformgesetzes wurden über empirisch ermittelte durchschnittliche Dividendenerträge festgelegt.

Es ist zu evaluieren, ob das System der Teilfreistellung und die Höhe der Teilfreistellungssätze noch immer ein angemessenes Ergebnis liefern oder es einer Anpassung bedarf. Hierzu wurde ein Forschungsgutachten an KPMG vergeben. Wie bereits unter 6. ausgeführt, hat sich das Gutachten erheblich verzögert, so dass der Zwischenbericht zu einem späteren Zeitpunkt ergänzt wird.

IV. Anlageverzeichnis

Diesem Zwischenbericht sind folgende Anlagen beigefügt:

- 1) Fragenkatalog, den das BMF am 18. November 2020 an die Länder übersandt hat
- 2) Fragenkatalog, den das BMF am 18. November 2020 an die Verbände übersandt hat
- 3) Tagungsbericht zum Workshop „Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018“
- 4) Gutachten der Professoren Anzinger, Tappen und Haslehner vom 30. November 2022

Anlagensammlung
zur
Evaluation
des Gesetzes zur Reform
der Investmentbesteuerung

– Zwischenbericht –

Stand April 2023

Inhaltsverzeichnis

Anlage 1 - Fragenbogen an die obersten Finanzbehörden der Länder	3
Anlage 2 - Fragebogen an die Verbände	13
Anlage 3 - Tagungsbericht zum Workshop im Bundesfinanzministerium „Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018“ am 9. März 2021	24
Anlage 4 - Forschungsstudie fe 14/19 „Auswirkungen der Investmentsteuerreform betreffend Vereinbarkeit mit EU-Recht, Verhinderung von Steuersparmodellen und Steuervereinfachung“	31



POSTANSCHRIFT Bundesministerium der Finanzen, 11016 Berlin

Nur per E-Mail

Oberste Finanzbehörden
der Länder

nachrichtlich:

Bundeszentralamt für Steuern

Unterabteilungsleiter IV C

HAUSANSCHRIFT Wilhelmstraße 97
10117 Berlin

TEL +49 (0) 30 18 682-

FAX +49 (0) 30 18 682-

E-MAIL IVC1@bmf.bund.de

DATUM 18. November 2020

BETREFF **Evaluation der Investmentsteuerreform**

GZ **IV C 1 - S 1980-1/19/10010 :005**

DOK **2020/0932835**

(bei Antwort bitte GZ und DOK angeben)

Ich bitte Sie um Unterstützung bei der Evaluation der Investmentsteuerreform.

Der Gesetzgeber hat das Investmentsteuergesetz durch das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung vom 19. Juli 2016 (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG, BGBl. I 2016, S. 1730) grundlegend neu gestaltet. Mit der Reform der Investmentbesteuerung sollten

- EU-rechtliche Risiken ausgeräumt werden,
- einzelne Steuersparmodelle (insbesondere die Umgehung der Dividendenbesteuerung) verhindert werden,
- steuerliches Gestaltungspotential eingeschränkt werden,
- administrativer Aufwand abgebaut werden und
- Systemfehler des geltenden Rechts korrigiert werden.

Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestags hat bereits bei Verabschiedung des Gesetzes das BMF gebeten zu evaluieren, inwieweit diese Ziele erreicht wurden. Insbesondere soll geklärt werden, ob und welche Verbesserungsmöglichkeiten bestehen. Bei der Evaluation sollen die Veranlagungszeiträume 2018 bis einschließlich 2020 betrachtet werden. Es ist davon auszugehen, dass für den Veranlagungszeitraum 2020 erst im Jahr 2022 oder 2023 hinreichende Erfahrungen vorliegen. Die aus der Evaluierungspraxis bekannten Vorlaufzeiten

ergeben sich aus Festsetzungsfristen und der Arbeitsauslastung der Betriebsprüfungsstellen, die oftmals erst einige Jahre nach dem Ablauf des Veranlagungszeitraums mit einer Prüfung beginnen können. Daher ist ein fundierter Abschluss der Evaluation erst im Jahr 2024 möglich. Aus diesen Gründen wird ein Zwischenbericht gegen Ende 2021 oder Anfang 2022 und ein finaler Evaluationsbericht bis Ende 2024 angestrebt.

Das BMF hat inzwischen zwei Forschungsgutachten in Auftrag gegeben, die die Zielerreichung untersuchen sollen. Darüber hinaus sollen auch die Erfahrungen der Wirtschaft und der Länderfinanzbehörden mit den neuen Besteuerungsregelungen und deren Bewertung in die Evaluation einbezogen werden.

Für diesen Zweck bitte ich Sie um eine erste Stellungnahme zu den nachfolgenden Fragen bis zum

30. Juni 2021.

Da die Betriebsprüfungsstellen und die Innendienste der Finanzämter erst sukzessive Erfahrungen mit dem reformierten Investmentsteuerrecht sammeln, bitte ich um eine weitere Stellungnahme bis zum

30. Juni 2022

und um eine finale Stellungnahme bis zum

30. Juni 2024.

Ihre Stellungnahme bitte ich per E-Mail an est@finmail.de sowie cc an Thomas.Redert@bmf.bund.de, Simon.Koenig@bmf.bund.de und Marius.Marterer@bmf.bund.de zur richten.

Weiterhin bitte ich Sie bis zum **30. Juni 2021** um Mitteilung bzw. Benennung von Experten im Bereich der Besteuerung von Kapitaleinkünften und der Investmentbesteuerung, die vom **20. bis 23. September 2021** an einem Workshop teilnehmen. Ein weiterer Workshop ist für den **19. bis 22. September 2022** vorgesehen. In den Workshops soll insbesondere Folgendes erörtert werden:

- Bestandsaufnahme zu etwaigen Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung
- Bestandsaufnahme zu Gestaltungen im Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts

- Gesetzliche und verwaltungsrechtliche Möglichkeiten zur Verhinderung dieser Gestaltungen.

Als Besprechungsgrundlage dienen insbesondere Ihre Antworten auf die nachfolgenden Fragen. Weiterhin sollen etwaige Erkenntnisse aus dem Informationsaustausch über grenzüberschreitende Steuergestaltungen (DAC 6 Mitteilungen) ausgewertet werden. Schließlich sollen auch die Zwischenergebnisse und die finalen Berichte aus den o.a. Forschungsgutachten berücksichtigt werden. Falls Sie weitere Erkenntnisquellen sehen, wäre ich für einen Hinweis dankbar.

Dieses Schreiben, das bereits vorab mit der AG InvStG erörtert wurde, beabsichtige ich in der ESt V/2020 kurz vorzustellen.

Fragen

I. Verhinderung der Umgehung der Dividendenbesteuerung

Um Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum-Geschäfte) zu verhindern, wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz mit Wirkung ab dem 1. Januar 2016 § 36a EStG eingeführt, der die Anrechenbarkeit der auf Dividenden erhobenen Kapitalertragsteuer davon abhängig macht, dass der Steuerpflichtige die Aktie für einen Mindestzeitraum hält und dabei ein Mindestmaß an wirtschaftlichem Risiko trägt.

Weiterhin wurde eine Steuerpflicht für inländische Dividenden auf Ebene von inländischen Investmentfonds eingeführt.

- a. Wie beurteilen Sie die Wirksamkeit dieser gesetzlichen Maßnahmen zur Verhinderung von Cum/Cum-Geschäften? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Wirkung, 10 = hohe Wirkung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- b. Werden nach Ihrer Kenntnis derzeit Cum/Cum-Geschäfte über Investmentfonds als Käufer von Aktien abgewickelt?
- c. Sind Ihnen ab 2016 praktizierte Formen von Cum/Cum-Geschäften bekannt? Wenn ja, beschreiben Sie diese bitte.
- d. Falls Ihnen ab 2016 praktizierte Formen von Cum/Cum-Geschäften bekannt sind: Wie könnten diese Gestaltungen unterbunden werden?

II. Ausschluss von bekannten Gestaltungsmöglichkeiten und Verringerung Gestaltungsmöglichkeiten

Mit dem Investmentsteuerreformgesetz sollten insbesondere die folgenden Steuergestaltungsmodelle ausgeschlossen werden.

- Mit Hilfe von Finanzderivaten konnte die jährliche Besteuerung von Zinsen und Dividenden umgangen werden. Zinsen und Dividenden mussten auch dann jährlich vom Anleger versteuert werden, wenn diese nicht ausgeschüttet, sondern von einem Fonds thesauriert wurden (sog. ausschüttungsgleiche Erträge). Um dies zu vermeiden, investierten „steueroptimierte“ Fonds nicht direkt in verzinsliche Anleihen oder Aktien, sondern nur mittelbar über ein Finanzderivat (z. B. mittels eines Swap-Vertrages zwischen dem Investmentfonds und einem Kreditinstitut). Durch diese Gestaltungen sollten keine steuerpflichtigen ausschüttungsgleiche Erträge, sondern nur steuerfrei thesaurierbare Gewinne aus Termingeschäften anfallen. Bei Investmentfonds ist die Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen durch die Vorabpauschale ersetzt worden. Bei Spezial-Investmentfonds ist jedoch die Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen fortgeführt worden. Um eine Steuerumgehung bei Spezial-Investmentfonds zu verhindern, sieht § 36 Absatz 2 Nummer 2 zweiter Halbsatz InvStG vor, dass die Erträge aus Swap-Verträgen der jährlichen Steuerpflicht unterworfen werden, soweit sie bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Surrogat für Zinsen oder Dividenden darstellen.
- Ein weiteres Gestaltungsmodell waren die sog. Kopplungsgeschäfte. Bei diesem Modell wurden von den Fonds gegenläufige Derivategeschäfte dergestalt abgeschlossen, dass garantiert Veräußerungsgewinne aus Aktien und in gleicher oder ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften entstanden. Kapitalgesellschaften sollten als Anleger des Fonds die Aktienveräußerungsgewinne steuerfrei vereinnahmen und gleichzeitig steuerwirksame Verluste aus Termingeschäften geltend machen können. Um diese Gestaltungen unattraktiv zu machen, sind nach § 39 Absatz 3 InvStG Verluste aus Finanzderivaten als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes herbeigeführt hat.
- Um Gestaltungsmodelle mittels des sog. Ertragsausgleichs auszuschließen (Beispiele hierzu unter BR-Drs. 119/16, S. 53 f.), wurde der Ertragsausgleich bei Spezial-

Investmentfonds durch das Instrument der besitzzeitanteiligen Zurechnung von Erträgen ersetzt (§ 36 Absatz 4 Satz 1 und § 35 Absatz 7 InvStG).

- Um die systemwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen durch Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds auszuschließen, wurden in § 16 Absatz 4 und § 34 Absatz 3 Satz 2 InvStG die Geltendmachung von Steuerfreistellungen aufgrund eines Abkommens zu Vermeidung der Doppelbesteuerung von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht. Dem gleichen Zweck dient die Regelung in § 26 Nummer 6 InvStG, nach der Spezial-Investmentfonds im Grundsatz keine Schachtelbeteiligungen halten dürfen.
- Vor der Investmentsteuerreform konnten Veräußerungsgewinne aus Aktien und Wertpapieren sowie Gewinne aus Termingeschäften unbeschränkt steuerfrei thesauriert werden. Um eine dauerhafte oder zumindest sehr lange Steuerstundung auszuschließen, sieht § 36 Absatz 5 InvStG vor, dass diese Gewinne nach Ablauf von 15 Geschäftsjahren als zugeflossen gelten und dann vom Anleger versteuert werden müssen.

Vor dem Hintergrund der geschilderten Steuergestaltungen und der gesetzgeberischen Gegenmaßnahmen bitte ich um die Beantwortung der folgenden Fragen:

- a. Wie beurteilen Sie die Regelung in § 36 Absatz 2 Nummer 2 zweiter Halbsatz InvStG im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und ihre Administrierbarkeit?
- b. Reichen die Regelungen des § 39 Absatz 3 InvStG aus, um Kopplungsgeschäfte bei Spezial-Investmentfonds auszuschließen oder werden nach Ihren Erkenntnissen weiterhin die oben beschriebenen Kopplungsgeschäfte von Spezial-Investmentfonds durchgeführt? Falls Sie der Auffassung sind, dass § 39 Absatz 3 InvStG nicht ausreicht, welche weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen kämen zur Gestaltungsverhinderung in Betracht?
- c. Hat sich aus Ihrer Sicht die Abschaffung des Ertragsausgleichs und die Einführung der besitzzeitanteiligen Zurechnung von Erträgen bewährt? Falls nein, welche gesetzgeberischen Alternativen sehen Sie?
- d. Haben sich aus Ihrer Sicht die Regelungen in § 16 Absatz 4 und § 34 Absatz 3 Satz 2 InvStG bewährt? Bestehen nach Ihren Erkenntnissen weiterhin Möglichkeiten zur zweckwidrigen Ausnutzung von Abkommensvorteilen durch Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds?

- e. Reichen die Regelungen in § 36 Absatz 5 InvStG aus, um dauerhafte oder sehr langfristige Steuerstundungen auszuschließen? Mit welchen Rechtsänderungen könnte eine zeitnähere Besteuerung sichergestellt werden?
- f. Haben sich aus Ihrer Sicht die Regelungen zur Zinsschranke in § 46 InvStG und insbesondere die Gegenrechnung von Zinsaufwendungen nach § 46 Absatz 2 Nummer 3 und 4 InvStG bewährt? Bestehen Möglichkeiten zur Umgehung der Zinsschranke mit Hilfe von Spezial-Investmentfonds?
- g. Sind neuen Steuersparmodelle aufgetreten, die die ab dem 1. Januar 2018 geltenden Besteuerungsregelungen für **Investmentfonds** ausnutzen und wenn ja, welche? Bieten die Besteuerungsregelungen für Investmentfonds noch Ansatzpunkte für Steuersparmodelle und wenn ja, welche? Wie könnten etwaige neue Steuersparmodelle oder Ansatzpunkte für Steuersparmodelle bei Investmentfonds wirksam ausgeschlossen werden?
- h. Sind neue Steuersparmodelle aufgetreten, die die ab dem 1. Januar 2018 geltenden Besteuerungsregelungen für **Spezial-Investmentfonds** ausnutzen und wenn ja, welche? Bieten die Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds noch Ansatzpunkte für Steuersparmodelle und wenn ja, welche? Wie könnten etwaige neuen Steuersparmodelle oder Ansatzpunkte für Steuersparmodelle bei Spezial-Investmentfonds wirksam ausgeschlossen werden?
- i. Mit welchen Rechtsänderungen außerhalb des Investmentsteuergesetzes (z. B. im Kapitalertragsteuerrecht) könnten etwaige Steuersparmodelle bei Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds verhindert oder eventuell vorhandene Gestaltungsmöglichkeiten reduziert werden?

III. Vereinfachung / Aufkommenssicherung

Ziel der Investmentsteuerreform war es, in den Massenbesteuerungsverfahren von (Publikums-)Investmentfonds und deren Anlegern eine rechtliche und administrative Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands zu erreichen. Bei Spezial-Investmentfonds wurde vom Gesetzgeber in Kauf genommen, dass die Komplexität und der Erfüllungsaufwand steigen, um das bisherige Besteuerungssystem beizubehalten und gleichzeitig EU-rechtliche Risiken, Steuersparmodelle und Gestaltungsmöglichkeiten ausschließen zu können.

Ein weiteres Ziel der Investmentsteuerreform war die Sicherung des Steueraufkommens. Der Aufkommenssicherung diene – neben den Regelungen zur Verhinderung von Gestaltungsmodellen – vor allem die Vorabpauschale. Der Gesetzgeber hat dabei der Aufkommenssicherung durch die Vorabpauschale eine höhere Bedeutung beigemessen als einer noch weitergehenden Vereinfachung durch eine ausschließliche Besteuerung der aus einem Investmentfonds an den Anleger fließenden Geldströme (reine Cash-flow-Besteuerung).

Vor diesem geschilderten Hintergrund wäre ich für die Beantwortung der folgenden Fragen dankbar.

1. Besteuerungsregelungen für Investmentfonds

- a. Wie beurteilen Sie die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für Investmentfonds in Bezug auf die steuerlichen Rechte und Pflichten des Investmentfonds durch die Investmentsteuerreform? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Vereinfachung, 10 = hohe Vereinfachung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- b. Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Verifikation im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung?
- c. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Investmentfonds hinsichtlich deren steuerlichen Rechte und Pflichten weiter vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?
- d. Wie beurteilen Sie die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für die Anleger von Investmentfonds durch die Investmentsteuerreform? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Vereinfachung, 10 = hohe Vereinfachung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- e. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Anleger von Investmentfonds weiter vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?
- f. Wie beurteilen Sie die Auswirkungen der Investmentsteuerreform auf die Aufgaben der Entrichtungspflichtigen im Steuerabzugsverfahren gegenüber Investmentfonds und gegenüber deren Anleger?

- g. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Steuerabzugsverfahren für Entrichtungspflichtige vereinfacht oder administrativ erleichtert werden?
- h. Die Höhe der Vorabpauschale wird derzeit anhand eines Basiszinses ermittelt, der sich nach der langfristigen Rendite von Bundesanleihen bemisst. Halten Sie diese Bemessungsgrundlage für die Vorabpauschale für sachgerecht?
- i. Welche anderen Bemessungsgrundlagen für die Vorabpauschale kämen aus Ihrer Sicht in Betracht.
- j. Teilen Sie die Auffassung, dass ohne die Vorabpauschale Investmentfonds dazu verwendet werden könnten, dauerhaft oder sehr langfristig Kapitaleinkünfte vor der jährlichen Besteuerung abzuschirmen? Anders ausgedrückt: Sehen Sie die Gefahr, dass vermögende Steuerpflichtige (bei denen die Kapitaleinkünfte nicht oder nur zu einem geringen Teil zur Bestreitung Ihres Lebensunterhalts herangezogen werden) Investmentfonds als Steuerstundungsinstrument einsetzen?
- k. Mit welchen anderen gesetzlichen Regelungen könnte man die Nutzung von Investmentfonds als Steuerstundungsinstrument ausschließen bzw. welche Alternativen sehen Sie zur Vorabpauschale?
- l. Nach § 22 Absatz 1 InvStG gilt ein Investmentanteil als veräußert, wenn sich der für einen Investmentfonds anwendbare Teilfreistellungssatz ändert. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Investmentfonds zunächst die Voraussetzungen eines Aktienfonds nach § 2 Absatz 6 Satz 1 InvStG und damit die Voraussetzungen für die Aktienteilfreistellung nach § 20 Absatz 1 erfüllt hat, dann aber weniger als 50 % seines Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegt. Das Instrument der fiktiven Veräußerung soll verhindern, dass unterschiedliche Teilfreistellungssätze für Steuergestaltungen ausgenutzt werden. Beispielsweise könnten zunächst bewusst Investmenterträge unter Anwendung eines hohen Teilfreistellungssatzes erzeugt werden um dann später künstlich erzeugte Verluste aus der Veräußerung des Investmentanteils ohne Anwendung einer Teilfreistellung geltend zu machen. Wie beurteilen Sie vor diesem Hintergrund die Notwendigkeit der Regelungen zur fiktiven Veräußerung bei einem Teilfreistellungssatzwechsel?
- m. Wie viele Fälle von fiktiver Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels gab es in den Jahren 2018 bis 2020? (Bitte pro Jahr und danach aufschlüsseln, ob ein Aktien-, ein Misch-, ein Immobilien- oder ein Auslands-Immobilienfonds von dem Teilfreistellungswechsel betroffen ist.)

- n. Wie hoch schätzen Sie den administrativen Aufwand ein, der durch die Fälle von fiktiver Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels verursacht wird? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringer Aufwand, 10 = hoher Aufwand) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- o. Wie beurteilen Sie eine etwaige gesetzliche Änderung, nach der ein einheitlicher Teilfreistellungssatz für Aktien- Misch- und alle sonstigen Investmentfonds eingeführt und daneben nur gesonderte Teilfreistellungssätze für Immobilien- und Auslands-Immobilienfonds fortgeführt werden?
- p. Welche anderen gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten sehen Sie, um den administrativen Aufwand durch die fiktiven Veräußerungen aufgrund eines Teilfreistellungswechsels zu reduzieren?

2. Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds

- a. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Spezial-Investmentfonds hinsichtlich deren steuerlichen Rechte und Pflichten vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?
- b. Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Verifikation im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung?
- c. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Anleger von Spezial-Investmentfonds vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?
- d. Wie viele Spezial-Investmentfonds wurden in den Jahren 2015 bis 2020 in Ihrem Land geführt? (Bitte pro Jahr aufschlüsseln.)
- e. Wie viele Fonds, die zuvor die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nach § 15 InvStG 2004 oder nach § 26 InvStG erfüllt haben, haben in den Jahren 2018 bis 2020 den steuerlichen Status geändert und unterliegen seitdem den Besteuerungsregelungen für Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG? (Bitte pro Jahr aufschlüsseln.)

- f. Besteht aus Ihrer Sicht weiterhin Bedarf für gesonderte Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds oder wäre es vorzugswürdig, einheitlich für alle Fonds das Besteuerungsregime für Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG anzuwenden?

3. Erfüllungsaufwand der Finanzverwaltung

- a. Wie könnte der Erfüllungsaufwand der Finanzämter für das Besteuerungsverfahren von Investmentfonds und deren Anlegern reduziert werden?
- b. Wie könnte der Erfüllungsaufwand der Finanzämter für das Besteuerungsverfahren von Spezial-Investmentfonds und deren Anlegern reduziert werden?

Im Auftrag
Rennings

Dieses Dokument wurde elektronisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.



POSTANSCHRIFT Bundesministerium der Finanzen, 11016 Berlin

Nur per E-Mail

Arbeitsgemeinschaft für betriebliche
Altersversorgung e. V. (aba)
Wilhelmstraße 138
10963 Berlin

Arbeitsgemeinschaft kommunale und kirchliche
Altersversorgung e. V. (AKA)
Denninger Straße 37
81925 München

Arbeitsgemeinschaft berufsständischer
Versorgungseinrichtungen e. V. (ABV)
Luisenstraße 17
10117 Berlin

Association of the Luxembourg
Fund Industry (ALFI)
12, rue Erasme
L-1468 Luxembourg

Bundessteuerberaterkammer KdöR
Behrenstraße 42
10117 Berlin

Bundesverband Alternative Investments e. V. (BAI)
Poppelsdorfer Allee 106
53115 Bonn

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI)
Steuern- und Finanzpolitik
Breite Straße 29
10178 Berlin

Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungs-
gesellschaften (BVK)
Residenz am Deutschen Theater
Reinhardtstraße 27c
10117 Berlin

Referatsleiterin IV C 1

HAUSANSCHRIFT Wilhelmstraße 97
10117 Berlin

TEL +49 (0) 30 18 682-

FAX +49 (0) 30 18 682-

E-MAIL IVC1@bmf.bund.de

DATUM 18. November 2020

Seite 2 Bundesverband Investment und
Asset Management e. V. (BVI)
Bockenheimer Anlage 15
60322 Frankfurt am Main

Bundesverband der Deutschen
Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.
Schellingstraße 4
10785 Berlin

Bundesverband deutscher Banken e. V.
Burgstraße 28
10178 Berlin

Bundesverband öffentlicher Banken
Deutschlands e. V.
Lennéstraße 11
10785 Berlin

Clearstream Banking AG
Tax Support Frankfurt
Mergenthalerallee 61
65760 Eschborn

Deutsche Bundesbank
Wilhelm-Epstein-Straße 14
60431 Frankfurt am Main

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V. (DSGV)
Charlottenstraße 47
10117 Berlin

Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Littenstraße 10
10179 Berlin

Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW)
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf

Verband deutscher Pfandbriefbanken e. V.
Georgenstraße 21
10117 Berlin

Gesamtverband der Deutschen Versicherungs-
wirtschaft e. V. (GDV)
Wilhelmstraße 43/43G
10117 Berlin

Seite 3 Kommissariat der deutschen Bischöfe
- Katholisches Büro in Berlin -
Hannoversche Straße 5
10115 Berlin

Verband der Auslandsbanken (VAB)
Weißfrauenstraße 12-16
60311 Frankfurt am Main

Wirtschaftsprüferkammer
Rauchstraße 26
10787 Berlin

Zentraler Immobilien Ausschuss e. V. (ZIA)
Unter den Linden 42
10117 Berlin

BETREFF **Evaluation der Investmentsteuerreform**

GZ **IV C 1 - S 1980-1/19/10010 :005**

DOK **2020/0932835**

(bei Antwort bitte GZ und DOK angeben)

Hiermit gebe ich Ihnen Gelegenheit für eine Stellungnahme im Rahmen der Evaluation der Investmentsteuerreform.

Der Gesetzgeber hat das Investmentsteuergesetz durch das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung vom 19. Juli 2016 (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG, BGBl. I 2016, S. 1730) grundlegend neu gestaltet. Mit der Reform der Investmentbesteuerung sollten

- EU-rechtliche Risiken ausgeräumt werden,
- einzelne Steuersparmodelle (insbesondere die Umgehung der Dividendenbesteuerung) verhindert werden,
- steuerliches Gestaltungspotential eingeschränkt werden,
- administrativer Aufwand abgebaut werden und
- Systemfehler des geltenden Rechts korrigiert werden.

Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestags hat bereits bei Verabschiedung des Gesetzes das BMF gebeten zu evaluieren, inwieweit diese Ziele erreicht wurden. Insbesondere soll geklärt werden, ob und welche Verbesserungsmöglichkeiten bestehen. Bei der Evaluation sollen die Veranlagungszeiträume 2018 bis einschließlich 2020 betrachtet werden. Es ist davon auszugehen, dass für den Veranlagungszeitraum 2020 erst im Jahr 2022 oder 2023 hinreichende Erfahrungen vorliegen. Die aus der Evaluierungspraxis bekannten Vorlaufzeiten ergeben sich aus Festsetzungsfristen und der Arbeitsauslastung der Betriebsprüfungsstellen, die oftmals erst einige Jahre nach dem Ablauf des Veranlagungszeitraums mit einer Prüfung

beginnen können. Daher ist ein fundierter Abschluss der Evaluation erst im Jahr 2024 möglich. Aus diesen Gründen wird ein Zwischenbericht gegen Ende 2021 oder Anfang 2022 und ein finaler Evaluationsbericht bis Ende 2024 angestrebt.

Das BMF hat inzwischen zwei Forschungsgutachten in Auftrag gegeben, die die Zielerreichung untersuchen sollen. Darüber hinaus sollen auch die Erfahrungen der Wirtschaft mit den neuen Besteuerungsregelungen und deren Bewertung in die Evaluation einbezogen werden.

Für diesen Zweck bitte ich Sie um eine erste Stellungnahme zu den nachfolgenden Fragen bis zum

30. Juni 2021.

Sofern sich weitere Erkenntnisse bei Ihnen ergeben, bitte ich um eine weitere Stellungnahme bis zum

30. Juni 2022.

Fragen

I. Verhinderung der Umgehung der Dividendenbesteuerung

Um Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum-Geschäfte) zu verhindern, wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz mit Wirkung ab dem 1. Januar 2016 § 36a EStG eingeführt, der die Anrechenbarkeit der auf Dividenden erhobenen Kapitalertragsteuer davon abhängig macht, dass der Steuerpflichtige die Aktie für einen Mindestzeitraum hält und dabei ein Mindestmaß an wirtschaftlichem Risiko trägt.

Weiterhin wurde eine Steuerpflicht für inländische Dividenden auf Ebene von inländischen Investmentfonds eingeführt.

- a. Wie beurteilen Sie die Wirksamkeit dieser gesetzlichen Maßnahmen zur Verhinderung von Cum/Cum-Geschäften? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Wirkung, 10 = hohe Wirkung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- b. Werden nach Ihrer Kenntnis derzeit Cum/Cum-Geschäfte über Investmentfonds als Käufer von Aktien abgewickelt?

- c. Sind Ihnen ab 2016 praktizierte Formen von Cum/Cum-Geschäften bekannt? Wenn ja, beschreiben Sie diese bitte.
- d. Falls Ihnen ab 2016 praktizierte Formen von Cum/Cum-Geschäften bekannt sind: Wie könnten diese Gestaltungen unterbunden werden?

II. Ausschluss von bekannten Gestaltungsmöglichkeiten und Verringerung Gestaltungsmöglichkeiten

Mit dem Investmentsteuerreformgesetz sollten insbesondere die folgenden Steuergestaltungsmodelle ausgeschlossen werden.

- Mit Hilfe von Finanzderivaten konnte die jährliche Besteuerung von Zinsen und Dividenden umgangen werden. Zinsen und Dividenden mussten auch dann jährlich vom Anleger versteuert werden, wenn diese nicht ausgeschüttet, sondern von einem Fonds thesauriert wurden (sog. ausschüttungsgleiche Erträge). Um dies zu vermeiden, investierten „steueroptimierte“ Fonds nicht direkt in verzinsliche Anleihen oder Aktien, sondern nur mittelbar über ein Finanzderivat (z. B. mittels eines Swap-Vertrages zwischen dem Investmentfonds und einem Kreditinstitut). Durch diese Gestaltungen sollten keine steuerpflichtige ausschüttungsgleiche Erträge, sondern nur steuerfrei thesaurierbare Gewinne aus Termingeschäften anfallen. Bei Investmentfonds ist die Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen durch die Vorabpauschale ersetzt worden. Bei Spezial-Investmentfonds ist jedoch die Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen fortgeführt worden. Um eine Steuerumgehung bei Spezial-Investmentfonds zu verhindern, sieht § 36 Absatz 2 Nummer 2 zweiter Halbsatz InvStG vor, dass die Erträge aus Swap-Verträgen der jährlichen Steuerpflicht unterworfen werden, soweit sie bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Surrogat für Zinsen oder Dividenden darstellen.
- Ein weiteres Gestaltungsmodell waren die sog. Kopplungsgeschäfte. Bei diesem Modell wurden von den Fonds gegenläufige Derivategeschäfte dergestalt abgeschlossen, dass garantiert Veräußerungsgewinne aus Aktien und in gleicher oder ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften entstanden. Kapitalgesellschaften sollten als Anleger des Fonds die Aktienveräußerungsgewinne steuerfrei vereinnahmen und gleichzeitig steuerwirksame Verluste aus Termingeschäften geltend machen können. Um diese Gestaltungen unattraktiv zu machen, sind nach § 39 Absatz 3 InvStG Verluste aus Finanzderivaten als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste

aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes herbeigeführt hat.

- Um Gestaltungsmodelle mittels des sog. Ertragsausgleichs auszuschließen (Beispiele hierzu unter BR-Drs. 119/16, S. 53 f.), wurde der Ertragsausgleich bei Spezial-Investmentfonds durch das Instrument der besitzzeitanteiligen Zurechnung von Erträgen ersetzt (§ 36 Absatz 4 Satz 1 und § 35 Absatz 7 InvStG).
- Um die systemwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen durch Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds auszuschließen, wurden in § 16 Absatz 4 und § 34 Absatz 3 Satz 2 InvStG die Geltendmachung von Steuerfreistellungen aufgrund eines Abkommens zu Vermeidung der Doppelbesteuerung von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht. Dem gleichen Zweck dient die Regelung in § 26 Nummer 6 InvStG, nach der Spezial-Investmentfonds im Grundsatz keine Schachtelbeteiligungen halten dürfen.
- Vor der Investmentsteuerreform konnten Veräußerungsgewinne aus Aktien und Wertpapieren sowie Gewinne aus Termingeschäften unbeschränkt steuerfrei thesauriert werden. Um eine dauerhafte oder zumindest sehr lange Steuerstundung auszuschließen, sieht § 36 Absatz 5 InvStG vor, dass diese Gewinne nach Ablauf von 15 Geschäftsjahren als zugeflossen gelten und dann vom Anleger versteuert werden müssen.

Vor dem Hintergrund der geschilderten Steuergestaltungen und der gesetzgeberischen Gegenmaßnahmen bitte ich um die Beantwortung der folgenden Fragen:

- a. Wie beurteilen Sie die Regelung in § 36 Absatz 2 Nummer 2 zweiter Halbsatz InvStG im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und ihre Administrierbarkeit?
- b. Reichen die Regelungen des § 39 Absatz 3 InvStG aus, um Kopplungsgeschäfte bei Spezial-Investmentfonds auszuschließen oder werden nach Ihren Erkenntnissen weiterhin die oben beschriebenen Kopplungsgeschäfte von Spezial-Investmentfonds durchgeführt? Falls Sie der Auffassung sind, dass § 39 Absatz 3 InvStG nicht ausreicht, welche weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen kämen zur Gestaltungsverhinderung in Betracht?
- c. Hat sich aus Ihrer Sicht die Abschaffung des Ertragsausgleichs und die Einführung der besitzzeitanteiligen Zurechnung von Erträgen bewährt? Falls nein, welche gesetzgeberischen Alternativen sehen Sie?

- d. Haben sich aus Ihrer Sicht die Regelungen in § 16 Absatz 4 und § 34 Absatz 3 Satz 2 InvStG bewährt? Bestehen nach Ihren Erkenntnissen weiterhin Möglichkeiten zur zweckwidrigen Ausnutzung von Abkommensvorteilen durch Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds?
- e. Reichen die Regelungen in § 36 Absatz 5 InvStG aus, um dauerhafte oder sehr langfristige Steuerstundungen auszuschließen? Mit welchen Rechtsänderungen könnte eine zeitnähere Besteuerung sichergestellt werden?
- f. Haben sich aus Ihrer Sicht die Regelungen zur Zinsschranke in § 46 InvStG und insbesondere die Gegenrechnung von Zinsaufwendungen nach § 46 Absatz 2 Nummer 3 und 4 InvStG bewährt? Bestehen Möglichkeiten zur Umgehung der Zinsschranke mit Hilfe von Spezial-Investmentfonds?
- g. Sind neuen Steuersparmodelle aufgetreten, die die ab dem 1. Januar 2018 geltenden Besteuerungsregelungen für **Investmentfonds** ausnutzen und wenn ja, welche? Bieten die Besteuerungsregelungen für Investmentfonds noch Ansatzpunkte für Steuersparmodelle und wenn ja, welche? Wie könnten etwaige neue Steuersparmodelle oder Ansatzpunkte für Steuersparmodelle bei Investmentfonds wirksam ausgeschlossen werden?
- h. Sind neue Steuersparmodelle aufgetreten, die die ab dem 1. Januar 2018 geltenden Besteuerungsregelungen für **Spezial-Investmentfonds** ausnutzen und wenn ja, welche? Bieten die Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds noch Ansatzpunkte für Steuersparmodelle und wenn ja, welche? Wie könnten etwaige neuen Steuersparmodelle oder Ansatzpunkte für Steuersparmodelle bei Spezial-Investmentfonds wirksam ausgeschlossen werden?
- i. Mit welchen Rechtsänderungen außerhalb des Investmentsteuergesetzes (z. B. im Kapitalertragsteuerrecht) könnten etwaige Steuersparmodelle bei Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds verhindert oder eventuell vorhandene Gestaltungsmöglichkeiten reduziert werden?

III. Vereinfachung / Aufkommenssicherung

Ziel der Investmentsteuerreform war es, in den Massenbesteuerungsverfahren von (Publikums-)Investmentfonds und deren Anlegern eine rechtliche und administrative Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands zu erreichen. Bei Spezial-Investmentfonds wurde vom Gesetzgeber in Kauf genommen, dass die Komplexität

und der Erfüllungsaufwand steigen, um das bisherige Besteuerungssystem beizubehalten und gleichzeitig EU-rechtliche Risiken, Steuersparmodelle und Gestaltungsmöglichkeiten ausschließen zu können.

Ein weiteres Ziel der Investmentsteuerreform war die Sicherung des Steueraufkommens. Der Aufkommenssicherung diente – neben den Regelungen zur Verhinderung von Gestaltungsmodellen – vor allem die Vorabpauschale. Der Gesetzgeber hat dabei der Aufkommenssicherung durch die Vorabpauschale eine höhere Bedeutung beigemessen als einer noch weitergehenden Vereinfachung durch eine ausschließliche Besteuerung der aus einem Investmentfonds an den Anleger fließenden Geldströme (reine Cash-flow-Besteuerung).

Vor diesem geschilderten Hintergrund wäre ich für die Beantwortung der folgenden Fragen dankbar.

1. Besteuerungsregelungen für Investmentfonds

- a. Wie beurteilen Sie die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für Investmentfonds in Bezug auf die steuerlichen Rechte und Pflichten des Investmentfonds durch die Investmentsteuerreform? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Vereinfachung, 10 = hohe Vereinfachung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- b. Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Deklaration oder der Wahlrechtsausübung im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung?
- c. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Investmentfonds hinsichtlich deren steuerlichen Rechte und Pflichten weiter vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?
- d. Wie beurteilen Sie die Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens für die Anleger von Investmentfonds durch die Investmentsteuerreform? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringe Vereinfachung, 10 = hohe Vereinfachung) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- e. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Anleger von Investmentfonds weiter vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?

- f. Wie beurteilen Sie die Auswirkungen der Investmentsteuerreform auf die Aufgaben der Entrichtungspflichtigen im Steuerabzugsverfahren gegenüber Investmentfonds und gegenüber deren Anleger?
- g. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Steuerabzugsverfahren für Entrichtungspflichtige vereinfacht oder administrativ erleichtert werden?
- h. Die Höhe der Vorabpauschale wird derzeit anhand eines Basiszinses ermittelt, der sich nach der langfristigen Rendite von Bundesanleihen bemisst. Halten Sie diese Bemessungsgrundlage für die Vorabpauschale für sachgerecht?
- i. Welche anderen Bemessungsgrundlagen für die Vorabpauschale kämen aus Ihrer Sicht in Betracht.
- j. Teilen Sie die Auffassung, dass ohne die Vorabpauschale Investmentfonds dazu verwendet werden könnten, dauerhaft oder sehr langfristig Kapitaleinkünfte vor der jährlichen Besteuerung abzuschirmen? Anders ausgedrückt: Sehen Sie die Gefahr, dass sehr vermögende Steuerpflichtige (bei denen die Kapitaleinkünfte nicht oder nur zu einem geringen Teil zur Bestreitung Ihres Lebensunterhalts herangezogen werden) Investmentfonds als Steuerstundungsinstrument einsetzen?
- k. Mit welchen anderen gesetzlichen Regelungen könnte man die Nutzung von Investmentfonds als Steuerstundungsinstrument ausschließen bzw. welche Alternativen sehen Sie zur Vorabpauschale?
- l. Nach § 22 Absatz 1 InvStG gilt ein Investmentanteil als veräußert, wenn sich der für einen Investmentfonds anwendbare Teilfreistellungssatz ändert. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Investmentfonds zunächst die Voraussetzungen eines Aktienfonds nach § 2 Absatz 6 Satz 1 InvStG und damit die Voraussetzungen für die Aktienteilfreistellung nach § 20 Absatz 1 erfüllt hat, dann aber weniger als 50 % seines Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegt. Das Instrument der fiktiven Veräußerung soll verhindern, dass unterschiedliche Teilfreistellungssätze für Steuergestaltungen ausgenutzt werden. Beispielsweise könnten zunächst bewusst Investorerträge unter Anwendung eines hohen Teilfreistellungssatzes erzeugt werden um dann später künstlich erzeugte Verluste aus der Veräußerung des Investmentanteils ohne Anwendung einer Teilfreistellung geltend zu machen. Wie beurteilen Sie vor diesem Hintergrund die Notwendigkeit der Regelungen zur fiktiven Veräußerung bei einem Teilfreistellungssatzwechsel?

- m. Wie viele Fälle von fiktiver Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels gab es in den Jahren 2018 bis 2020? (Bitte pro Jahr und danach aufschlüsseln, ob ein Aktien-, ein Misch-, ein Immobilien- oder ein Auslands-Immobilienfonds von dem Teilfreistellungswechsel betroffen ist.)
- n. Wie hoch schätzen Sie den administrativen Aufwand ein, der durch die Fälle von fiktiver Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels verursacht wird? Geben Sie hierzu bitte eine Bewertung in Form einer Zahl zwischen 1 und 10 ab (1 = geringer Aufwand, 10 = hoher Aufwand) und erläutern Sie bitte Ihre Bewertung in Textform.
- o. Wie beurteilen Sie eine etwaige gesetzliche Änderung, nach der ein einheitlicher Teilfreistellungssatz für Aktien- Misch- und alle sonstigen Investmentfonds eingeführt und daneben nur gesonderte Teilfreistellungssätze für Immobilien- und Auslands-Immobilienfonds fortgeführt werden?
- p. Welche anderen gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten sehen Sie, um den administrativen Aufwand durch die fiktiven Veräußerungen aufgrund eines Teilfreistellungswechsels zu reduzieren?

2. Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds

- a. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Spezial-Investmentfonds hinsichtlich deren steuerlichen Rechte und Pflichten vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?
- b. Welches sind aus Ihrer Sicht die drei mit dem größten administrativen Aufwand verbundene Prozessschritte bei der Deklaration oder der Wahlrechtsausübung im neugestalteten Verfahren der Investmentbesteuerung?
- c. Mit welchen gesetzlichen Änderungen und / oder Änderungen von Verwaltungsregelungen könnte das Besteuerungsverfahren für die Anleger von Spezial-Investmentfonds vereinfacht werden, ohne dass dies zu erheblichen Steuermindereinnahmen führen würde?
- d. Wie viele Fonds, die zuvor die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nach § 15 InvStG 2004 oder nach § 26 InvStG erfüllt haben, haben in den Jahren 2018 bis 2020 den steuerlichen Status geändert und unterliegen seitdem den Besteuerungsregelungen für Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG? (Bitte pro Jahr aufschlüsseln.)

- e. Besteht aus Ihrer Sicht weiterhin Bedarf für gesonderte Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds oder wäre es vorzugswürdig einheitlich für alle Fonds das Besteuerungsregime für Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG anzuwenden?

Im Auftrag
Buchwald

Dieses Dokument wurde elektronisch versandt und ist nur im Entwurf gezeichnet.

Tagungsbericht

Workshop im Bundesfinanzministerium "Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018" am 9. März 2021

Tobias Behrendt und Simon Wehe¹

Das Investmentsteuerrecht hat durch das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung vom 19. Juli 2016² eine grundlegende Neugestaltung erfahren. Im Gesetzgebungsverfahren hatte der Bundestag angeregt, die Auswirkungen dieser Reform nach ihrer Umsetzung zu evaluieren. In diesem Kontext ist ein Forschungsvorhaben im Auftrag des Bundesfinanzministeriums an der Universität Ulm (Prof. Dr. Heribert Anzinger³), an der Université du Luxembourg (Prof. Dr. Werner Haslehner⁴) und an der Hochschule Worms (Prof. Dr. Falko Tappen⁵) angesiedelt. Den ersten Teil dieses Forschungsvorhabens bilden unionsrechtliche Fragen, zum einen nach der Beseitigung diskutierter unionsrechtlicher Risiken im alten Recht und zum anderen nach der Vereinbarkeit des neuen Rechts mit dem Unionsrecht. Die dazu von Prof. Dr. Werner Haslehner vorbereiteten Thesen waren Gegenstand eines öffentlichen Workshops in den virtuellen Räumen des Bundesfinanzministeriums am 9. März 2021. Mit mehr als 250 Teilnehmerinnen und Teilnehmern diskutierten Judith Mertesdorf-Perathoner⁶, Manfred Dietrich⁷, Dr. Martin Klein⁸, Holger Sedlmaier⁹, Kerstin Friedheim¹⁰ und Thomas Redert¹¹ die vom Referenten vorgestellten Zwischenergebnisse der Evaluation. Geleitet wurde das Panel von den Professoren Anzinger und Tappen.

1. Einleitung

In seiner einleitenden Begrüßung ordnete Ministerialdirektor Dr. Rolf Möhlenbrock die Reform des Investmentsteuerrechts in den europarechtlichen Kontext ein. Er verwies auf die Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, die sich auf ganz unterschiedliche Investmentsteuersysteme in verschiedenen Mitgliedstaaten beziehen. Deutschland habe hierdurch – und auch durch die Rechtsprechung des BFH, etwa im Vorabentscheidungsersuchen zur Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Immobilienfonds mit ausschließlich ausländischen Anlegern¹² – erkennen müssen, dass das Investmentsteuerrecht bis zur Reform 2018 europarechtlich mit Rechtsunsicherheiten verbunden war. In den Mittelpunkt rückte Dr. Möhlenbrock sodann das neue Recht und unterstrich die Komplexität, in Fondsstrukturen eine mehrfache Steuerbelastung zu vermeiden, gleichzeitig das nationale Besteuerungsrecht zu sichern und zugleich das System unionsrechtskonform auszugestalten. Im Schrifttum sei das reformierte InvStG vor diesem Hintergrund positiv aufgenommen worden. Und auch

¹ Tobias Behrendt ist Diplomjurist und Rechtsreferendar am Landgericht Ulm. Er ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Anzinger. Simon Wehe ist Student der Steuerlehre an der Hochschule Worms und wissenschaftliche Hilfskraft bei Prof. Dr. Falko Tappen.

² Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung vom 19. Juli 2016, Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG, BGBl. I 2016, S. 1730.

³ Prof. Dr. Heribert Anzinger ist Universitätsprofessor für Wirtschafts- und Steuerrecht an der Universität Ulm.

⁴ Prof. Dr. Werner Haslehner ist Universitätsprofessor an der Universität Luxemburg, wo er den ATOZ Stiftungslehrstuhl für Europäische und internationale Besteuerung innehat.

⁵ Prof. Dr. Falko Tappen, StB, ist Professor für betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Hochschule Worms und Mitherausgeber von Baur/Tappen/Mehrkhah, Investmentgesetze.

⁶ Leiterin Fondsbesteuerung, Franklin Templeton International Services S. a. r. l. sowie Co-Vorsitzende des Ausschusses für deutsches Steuerrecht der Association of the Luxembourg fund industrie (ALFI), Luxemburg.

⁷ Partner, Norton Rose Fulbright LLP, Luxemburg.

⁸ Partner der Anwaltssozietät Hengeler Mueller in Frankfurt.

⁹ Leiter der Abteilung „Steuern und Altersvorsorge“ beim Bundesverband Investment und Asset Management e. V. (BVI) in Frankfurt.

¹⁰ Referentin für Europarecht beim Bundesministerium der Finanzen.

¹¹ Referent, Bundesministerium der Finanzen.

¹² Verfahren vor dem BFH, BVerfG und EuGH, C-537/20, Vorinstanz BFH v. 18.12.2019, I R 33/17.

aus dem EuGH-Urteil zur PKW-Maut¹³ würden sich im Hinblick auf die Teilfreistellung keine neuen unionsrechtlichen Risiken ableiten lassen. Diese und weitere Punkte seien Gegenstand der Evaluation und des Workshops, der eine Gelegenheit zur offenen Diskussion bieten sollte.

2. Darstellung des Status quo ante

Die Eröffnung seines Impulsvortrages widmete Prof. Dr. Werner Haslehner der Entwicklung der für die Beurteilung der Europarechtskonformität des deutschen Investmentsteuerrechts maßgeblichen EuGH-Rechtsprechung. Vorangestellt hatte er die Einschätzung, dass die Investmentsteuerreform grundsätzlich gelungen sei. Gleichwohl seien einzelne europarechtliche Risiken zu diskutieren.

Zusammenfassend stellte er fest, dass in der Zeit bis 2016¹⁴ der EuGH eine unionsrechtswidrige Investmentbesteuerung schon dann angenommen habe, wenn das jeweilige Steuerrecht eine Differenzierung zwischen einem ausländischen Investmentfonds und einem inländischen Investmentfonds vornimmt. Nicht maßgeblich sei gewesen, ob auf Ebene der Anlegerbesteuerung eine Kompensation dieser Ungleichbehandlung erfolgt sei. Diese strenge Behandlung durch den EuGH sei letztlich auch mitursächlich für die Reform durch das InvStRefG gewesen.

In der Zeit seit 2016¹⁵ – mithin seit Konzeption der Investmentsteuerreform 2018¹⁶ – sei es zu einer mitgliedersstaatsfreundlichen Rechtsprechungswandlung gekommen. Berücksichtigt wurden beispielsweise die Zielsetzung der Regelungen des Investmentsteuerrechts (Rs.: „Pensioenfonds Metaal en Techniek“) oder der Umstand, dass bei einer Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Investmentfonds auf Ebene der Anleger eine Kompensation beim Anleger des ausländischen Fonds (Rs.: „Fidelity Funds“, „Köln-Aktienfonds Deka“) stattfinden muss.

Haslehner hielt fest, dass eine steuerliche Ungleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Investmentfonds letztlich stets den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit berühre. Ob dann eine nicht zu rechtfertigende Verletzung des Schutzbereichs vorliegt, sei vor allem anhand des Gesetzeszwecks zu bestimmen, nach dem auch die Vergleichbarkeit im engeren Sinne zu bestimmen ist.

3. Die Vereinbarkeit der Fondsbesteuerung unter dem InvStG 2018 mit Europarecht

Im zweiten Teil des Vortrages ging *Haslehner* auf die Europarechtskonformität der Fondsbesteuerung ein. Einführend stellte er dabei fest, dass durch den Systemwechsel hin zu einer intransparenten Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds durch das InvStG 2018 die unter dem alten Investmentsteuerrecht noch geltenden europarechtlichen Risiken – namentlich die Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Fonds, die Pauschalbesteuerung sog. intransparenter Fonds, sowie Anrechnungsbeschränkungen inländischer Steuern bei Investitionen über ausländische Fonds ausgeräumt worden seien. Der eigentliche Zweck der Untersuchung lag jedoch in der Beantwortung der Frage, ob auch nach der Investmentsteuerreform europarechtliche Bedenken bestehen.

¹³ EuGH, Urteil v. 18.06.2019, C-591/17.

¹⁴ Genannt wurden in diesem Zusammenhang insbesondere die EuGH-Rechtssachen „Orange European Smallcap Fund“ (Az.: C-194/06), „Aberdeen Property“ (Az.: C-303/07), „Santander Asset Management“ (Az.: C-338/11), „Kommission / Spanien“ (Az.: C-678/11), „Emerging Markets“ (Az.: C-190/12), „Van Caster“ (Az.: C-326/12).

¹⁵ Bezug genommen wurde hierzu auf die EuGH-Rechtssachen „Pensioenfonds Metaal en Techniek“ (Az.: C-252/14), „Fidelity Funds“ (Az.: C-480/16), „Köln-Aktienfonds Deka“ (Az.: C-156/17), „College Pension Plan of British Columbia“ (Az.: C-641/17), „A Fonds“ (Az.: C-598/17), „UBS Real Estate KAG mbh“ (Az.: C-478/19 und C-479/19), „Sofina“ (Az.: C-575/17).

¹⁶ Der erste Referentenentwurf des InvStRefG stammt vom 16. Dezember 2015.

Zunächst sei festzustellen, dass sowohl in- als auch ausländische Investmentfonds der Körperschaftsteuer unterworfen seien, sodass eine rechtliche Gleichstellung erzielt werde. Einzelne Stimmen in der Literatur würden jedoch eine de facto diskriminierende Belastung ausländischer Investmentfonds darin sehen, dass an ausländischen Investmentfonds typischerweise hauptsächlich ausländische Anleger beteiligt seien, die ihrerseits nicht von der Teilfreistellung (§ 20 InvStG 2018) profitieren würden.¹⁷ Diese Meinung fuße vor allem auf einer Übertragung der Rechtsgedanken aus dem EuGH-Verfahren Deutschland/Österreich in dem PKW-Maut-Verfahren¹⁸ (Einführung einer Infrastrukturabgabe einerseits, Senkung der Kfz-Steuer andererseits) auf den hier fraglichen Sachverhalt (Einführung der Körperschaftsteuer einerseits, Teilfreistellung für inländische Einkünfte andererseits). Unabhängig davon, ob man das Urteil im betreffenden Sachverhalt für überzeugend halte oder – so wie *Haslehner* – nicht, scheitere jedenfalls eine Übertragung der Rechtsgedanken auf die vorliegende Fragestellung: So beträfe die Frage verschiedene Steuersubjekte (Belastung des Investmentfonds einerseits, Entlastung des Anlegers andererseits), wobei auch die jeweiligen Steuertatbestände nicht tatbestandlich miteinander verknüpft seien. Überdies führe die Teilfreistellung nicht, wie im oben genannten Fall, zu einer de facto vollen Entlastung, sondern bewirke nur eine pauschale Berücksichtigung der Vorbelastung. Auch müsse berücksichtigt werden, dass im Falle der PKW-Maut die Schaffung einer weiteren Einnahmequelle im Vordergrund stand, während sich die vorliegende Unsicherheit aus einer Neuordnung des Besteuerungsverfahrens ergab. Zuletzt sei nicht einzusehen, woraus sich eine Verbindung zwischen dem ausländischen Anleger, welcher der Steuerpflicht nicht unterliege und der eine Teilfreistellung nicht erhalte, und dem ausländischen Investmentfonds ergäbe.

Holger Sedlmaier ergänzte, dass sich die Teilfreistellung beim Fondsanleger nicht unmittelbar aus der anfallenden Steuer beim Investmentfonds ergebe; vielmehr folge die Teilfreistellung lediglich aus einer bestimmten Ausgestaltung der Anlagebedingungen des Fonds; es sei dabei vor allem nicht Voraussetzung, dass der Fonds in Deutschland investiert sei. Auch vor diesem Hintergrund bestehe kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Steuerpflicht und Teilfreistellung.

Kerstin Friedheim lehnte eine Übertragung der Grundsätze des „Maut-Urteils“ auf den angesprochenen Fall ebenfalls ab; die Urteilsbegründung kann ihrer Ansicht nach nicht verallgemeinert werden und werde in der Literatur zurecht kritisiert. Auch sieht sie die oben näher bezeichneten europarechtlichen Risiken des InvStG 2004 als beseitigt an.

*Jürgen Nagler*¹⁹ hält das PKW-Maut-Urteil des EuGH hingegen auf Investmentfonds transferierbar, da im Maut-Urteil das europarechtliche Problem eine gleichzeitige Be- und Entlastung von Inländern und somit eine Besserstellung gegenüber Ausländern sei. Eine solche Diskriminierung bestehe auch nach der Investmentsteuerreform für Investmentfonds mit gebietsfremden Anlegern fort.

Im Fortgang seines Vortrages ging *Haslehner* zunächst auf die in § 8 InvStG geregelte Steuerbefreiung für Investmentfonds mit steuerbegünstigten Anlegern ein.

Erfreulich sei insoweit zwar, dass auch „vergleichbare ausländische Anleger“ (§ 8 Abs 1 Nr. 1 InvStG) in den Kreis der steuerbegünstigten Anleger aufgenommen wurden. Man könne insoweit lediglich die Voraussetzung der Ansässigkeit der Anleger in einem Staat mit (Amts- und) Beitreibungshilfe kritisieren, da es um die Steuerbefreiung der Investmentfonds und nicht jene der Anleger gehe, sodass eine Beitreibung im Staat der Anleger selbst bei Nichtvorliegen der Vergleichbarkeit nicht notwendig erscheine. Jedoch sei das Tatbestandsmerkmal vor dem Hintergrund zu betrachten, dass der ausländische begünstigte Anleger zur Mithaftung für die Steuer des Investmentfonds herangezogen werden könne. Jedenfalls würde das Merkmal aber keine unverhältnismäßige Benachteiligung darstellen.

In Bezug auf § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG warf *Haslehner* die Frage auf, ob sich eine Ungleichbehandlung möglicherweise daraus ergeben könnte, dass es für ausländische Anbieter von Altersvorsorgeverträgen faktisch schwieriger sei, sich nach dem AltZertG zertifizieren zu lassen und diese deshalb nicht in

¹⁷ *Rehm/Nagler*, BB 2015, 1248; *dies.*, BB 2015, 2006.

¹⁸ EuGH, Urteil v. 18.06.2019, C-591/17.

¹⁹ Jürgen Nagler, RA, StB, ist Senior Manager im Bereich International Tax bei KPMG AG Frankfurt.

gleichem Maße eine Steuerbefreiung vermitteln könnten. Seiner Auffassung nach sei dies jedoch keine Frage des Investmentsteuerrechts und daher auch diesbezüglich nicht gleichbehandlungsrelevant.

Bei § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG bleibe für ihn unklar, ob auch inländische Immobilienträge von Fonds steuerbefreit bleiben, soweit ausländische vergleichbare Körperschaften des öffentlichen Rechts am Fonds beteiligt sind. Im Ergebnis könnte dies nur dadurch erzielt werden, dass die ausländischen Körperschaften des öffentlichen Rechts im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 InvStG die Steuerbefreiung auch für § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG vermitteln, so *Haslehner*. Der Wortlaut von § 8 Abs. 2 Nr. 2 InvStG spreche prima facie zwar gegen eine solche Auffassung, könnte aber wohl bei großzügiger Auslegung so aufgefasst werden. Ansonsten läge hier nach seiner Auffassung eine unionsrechtlich problematische Ungleichbehandlung in Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit vor.

In der späteren Diskussion der Thesen erläuterte *Thomas Redert*, dass im Rahmen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG eine Übertragung der Steuerbefreiung für den Fall der Beteiligung ausländischer vergleichbarer Körperschaften des öffentlichen Rechts der Systematik des Gesetzes widerspreche, da nur in der Nummer 2 des § 8 Abs. 2 InvStG aber nicht in der Nummer 1 auf vergleichbare ausländische Anleger abgestellt werde. Zudem wäre dies nicht mit dem Sinn und Zweck vereinbar, da der Staat nur bei wirtschaftlicher Aktivität besteuert werde, aber nicht, wenn der Staat - wie hier - nur Vermögensverwaltung betreibe. Es mache keinen Sinn, wenn der Staat sich bei der Vermögensverwaltung selbst besteuere. Diese Begründung lasse sich nicht auf ausländische Körperschaften des öffentlichen Rechts übertragen. Sollte die Regelung von der Rechtsprechung beanstandet werden, so wäre aus fiskalischer Sicht darüber nachzudenken, ob es besser sei, die Steuerbefreiung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG in Bezug auf inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts aufzuheben.

Diese Vorgehensweise wurde von *Dr. Martin Klein* kritisiert. Seiner Ansicht nach müssten auch ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts von § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG erfasst werden.

Kritisch betrachtete *Haslehner* im Folgenden auch die sich durch § 23 InvStG ergebende Beschränkung der Möglichkeit steuerneutraler Verschmelzungen von Investmentfonds auf inländische Fälle oder solche, die dem gleichen ausländischen Recht unterliegen. Dies stelle eine Benachteiligung grenzüberschreitender Verschmelzungen dar, soweit eine Steuerpflicht nach § 6 Abs 2 InvStG vorliege. Auch eine fehlende Steuerstundungsmöglichkeit in diesem Kontext stelle sich schon im Lichte der EuGH-Rechtsprechung in den Rechtssachen „*Cartesio*“²⁰ und „*National Grid Indus*“²¹ als bedenklich dar. Eine Rechtfertigung könne dies nur darin finden, dass es im Falle offener Investmentfonds schwierig sei, nachzuverfolgen, inwieweit die Wirtschaftsgüter noch fortbestehen. Allerdings sei dies wohl kein hinreichender Grund für die Besteuerung auf Anlegerebene, zumal mangels Verlust eines Besteuerungsrechts auf dieser Ebene die Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung insofern stark in Zweifel gezogen werden muss.

In Bezug auf die fehlende Möglichkeit einer steuerneutralen grenzüberschreitenden Verschmelzung merkte *Redert* an, dass hierdurch Steuergestaltungen vermieden und Abwanderungen in Staaten mit geringerer regulatorischer Kontrolldichte vermieden werden sollten. Zudem würden Verschmelzungen typischerweise innerstaatlich durchgeführt, so dass grenzüberschreitende Verschmelzungen eher selten seien. Faktisch dürfte es kaum derartige Fällen geben.

Klein gab zu bedenken, dass eine grenzüberschreitende Verschmelzung in der Regel vor allem dem Anleger dienen soll – etwa aufgrund einer nachteiligen Kostenstruktur – und weniger der Steuervermeidung oder der Umgehung von Regulation dienen soll. Zu berücksichtigen sei ferner, dass eine Verschmelzung beim Anleger nicht zu einem Mittelzufluss führe, dieser aber dennoch einen „Quasi-Veräußerungsgewinn“ zu versteuern habe.

²⁰ EuGH, Urteil v. 21.02.2008, C-201/06.

²¹ EuGH, Urteil v. 29.11.2011, C-371/10.

Die Vereinbarkeit mit unionsrechtlichem Sekundärrecht wurde von *Haslehner* zunächst in Bezug auf die ATAD erörtert. Deren Anwendbarkeit ergebe sich bereits aus der prinzipiellen Körperschaftsteuerpflicht in- und ausländischer Investmentfonds. In der Literatur wurde bisweilen die das Fehlen eines Motivtests nach dem Vorbild des AStG im Rahmen des InvStG 2018 als problematisch angesehen. Dies sei jedoch abzulehnen: Die Richtlinie stünde gemäß Art. 3 ATAD einer strengeren „Zurechnungsvorschrift“ als der in Art. 7 ATAD vorgesehenen nicht entgegen. Ebenso ist im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten kein Problem ersichtlich, da die „Zurechnungsregelungen“ des InvStG – mithin § 18 InvStG – unterschiedslos für in- und ausländische Investmentfonds gelten.

Schließlich könne man sich noch fragen, ob sich aus der Steuerbefreiung inländischer Investmentfonds hinsichtlich bestimmter beim Zahler abzugsfähiger Beträge eine Unvereinbarkeit mit der Anti-Hybrid-Regelung des Art. 9 Abs. 2 ATAD ergebe, etwa im Fall ausländischer Zinseinkünfte, die nach § 6 Abs. 2 InvStG 2018 steuerbefreit sind. Insofern bestehe im Ergebnis aber kein Risiko eines Unionsrechtsverstößes: Die doppelte Nichtbesteuerung folge hier nicht aus einer hybriden Gestaltung gemäß Art. 2 Nr. 9 ATAD.

Haslehner setzte seine Überlegungen zur Vereinbarkeit des InvStG mit der Mutter-Tochter-Richtlinie (MTRL)²² fort. Die MTRL sei im Zusammenhang mit dem InvStG aber nur dann anwendbar, wenn der Investmentfonds – im seltenen Einzelfall – als Gesellschaft und nicht als Zweckvermögen gegründet sei, der Investmentfonds – wenn es sich um einen ausländischen Fonds handelt – körperschaftsteuerpflichtig ist und eine mindestens zehnpromzentige Beteiligung an einem Unternehmen aufweise – dies wiederum sei für Spezial-Investmentfonds wegen § 26 Nr. 6 InvStG theoretisch ausgeschlossen.

Ist die Richtlinie anwendbar, so sei zumindest für ausländische Investmentfonds, an die unter die MTRL fallende inländische Beteiligungserträge ausgeschüttet werden, ein Verstoß gegen die Richtlinie nicht ersichtlich. Zu einem Verstoß könne es aber dann kommen, wenn inländische Investmentfonds ausländische Beteiligungserträge aus einer Schachtelbeteiligung erhalten. In diesem Fall sei die Anwendung der deutschen MTRL-Umsetzungsregelung des § 8b KStG gemäß § 6 Abs. 6 InvStG 2018 ausgeschlossen. Jedoch führe dies im Ausgangspunkt nicht zu einem Verstoß gegen die MTRL, da ausländische Beteiligungserträge schon nach § 6 Abs. 2 InvStG 2018 nicht zu den steuerpflichtigen Einkünften eines Investmentfonds zählen. Soweit die Erträge dem inländischen Fonds über eine inländische gewerbliche Betriebsstätte zufließen würden und daher gemäß § 6 Abs. 5 Nr. 1 InvStG 2018 iVm § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG steuerpflichtig seien, führe die Besteuerung in Deutschland aber zu einem Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 lit. a MTRL, von dem zur Herstellung der Unionsrechtskonformität Abstand zu nehmen sei.

Darüber hinaus sei zu beachten, dass im Fall von nach § 6 Abs. 2 InvStG 2018 steuerbefreiten ausländischen Gewinnausschüttungen eine Anwendbarkeit der MTRL denkbar sein könnte, sofern die Gewinnanteile im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft steuerlich abzugsfähig waren.

*Manfred Dietrich*²³ ergänzte, dass – zumindest aus luxemburgischer Sicht – die grenzüberschreitende Verschmelzung alternativer Investmentfonds keine besondere praktische Relevanz habe, diese jedoch im OGAW-Bereich gegeben sei. Seiner Einschätzung nach sei ein faktisches Verbot grenzüberschreitender Verschmelzungen nicht nötig, da die Relevanz in der gesamten Fondspraxis keine allzu große wäre. *Lutz Boxberger*²⁴ merkte an, dass § 53 InvStG einen deutschen Altersvorsorgefonds vorsieht, welcher allerdings nur funktionieren kann, wenn multinationale Unternehmen ihre Pension Assets auf ein deutsches Pooling Vehikel, namentlich den

²² Richtlinie 2011/96/EU vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten.

²³ Manfred Dietrich, RA ist Partner im Bereich Regulatory/Funds bei Norton Rose Fullbright Luxembourg SCS.

²⁴ Lutz Boxberger, RA, StB ist Managing Director im Bereich Structuring bei Golding Capital Partners.

Altersvorsorgevermögenfonds, verschmelzen können. Ein solcher Vorgang sei aktuell nicht grenzüberschreitend vorgesehen.

4. Die Vereinbarkeit der Anlegerbesteuerung unter dem InvStG 2018 mit Europarecht

In den sich anschließenden Thesen zu den unionsrechtlichen Fragen der Anlegerbesteuerung ging *Haslehner* zunächst auf die Versagung der Teilfreistellung für ausländische Anleger ein. Sie sei im Grundsatz unproblematisch, weil der ausländische Anleger mit seinen Investmenterträgen nicht der inländischen Besteuerung unterliege.

Eine nähere Betrachtung verdiene hingegen die Abhängigkeit der Teilfreistellungssätze von der Investition in eine besteuerte Kapitalgesellschaft. Seiner Auffassung nach ist die Mindestnominalbesteuerung ausschließlich ausländischer Kapitalgesellschaften fragwürdig; insbesondere könnte eine mögliche Rechtfertigung an der inkohärenten Umsetzung des Steuervorbelastungserfordernisses scheitern, da etwa ein vergleichbares Erfordernis bei börsennotierten (ausländischen) Kapitalgesellschaften nicht bestünde. Seine Schlussfolgerung war, dass mindestens eine Nachweismöglichkeit für eine Mindestbesteuerung für nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften geschaffen werden müsse.

Die Nachweismöglichkeit der tatsächlichen Besteuerung nannte *Haslehner* auch als Lösung der seines Erachtens risikobehafteten Regelung des § 16 Abs. 4 InvStG. Danach könne eine DBA-Freistellung nur gewährt werden, wenn der ausschüttende ausländische Investmentfonds in dem Staat, dem nach dem DBA das Besteuerungsrecht zusteht, einer effektiven Ertragsbesteuerung von mindestens 10% unterliegt. Weiter hat er die Nichtanwendung von § 8b KStG auf (Spezial-)Investmenterträge nach §§ 16 Abs. 3, 42 Abs. 2 InvStG für europarechtlich fragwürdig befunden, soweit der ausländische Investmentfonds in einer Rechtsform gegründet wird, die unter die MTRL fällt und einer persönlichen Steuerpflicht unterliegt, ohne von dieser befreit zu sein.

Redert führte dazu aus, dass die Teilfreistellungssätze nicht nur eine Kompensation für die Fondsbesteuerung schaffen sollen, sondern auch einen Ausgleich für die weggefallene Steuerbefreiung für Aktienveräußerungsgewinne nach § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG darstellen. Weiter hält er die Anwendung der Teilfreistellungssätze nur bei einer tatsächlichen Vorbelastung auf Ebene der Kapitalbeteiligungen für sachgerecht. Andernfalls könnten die Investmentfonds in nicht besteuerte Offshore-Kapitalgesellschaften investieren, die lediglich zur Erzielung von unversteuerten Zinserträgen benutzt werden. Im Hinblick auf die 10%-Grenze des § 16 InvStG sei eine Zusammenschau von Steuerbefreiungen und einer effektiven Ertragsteuerbelastung vorzunehmen. Außerdem sei es fraglich, welche der Grundfreiheiten in diesem Zusammenhang anwendbar seien. *Haslehner* ergänzte, dass er die Dienstleistungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit für anwendbar halte.

5. Vereinbarkeit der Formalanforderungen des InvStG 2018 mit dem Europarecht

Den Abschluss bildeten die Formalanforderungen im neuen Investmentsteuerrecht. Im Ergebnis stufte *Haslehner* die Vorschriften der §§ 3, 7 Abs. 3, 9 Abs. 2, 31 und 48 InvStG allesamt als unbedenklich ein. Vor dem Hintergrund der Fragestellung, ob die individuelle Nachweismöglichkeit des § 20 Abs. 4 InvStG im Hinblick auf die Rechtsache „Van Caster“²⁵ entfallen könne, erläuterte er, dass sich die Regelung von der im Urteil unterscheide. So werde im InvStG 2018 auf leicht beschaffbare Informationen abgestellt. Auch im Hinblick darauf, dass ein Interesse ausländischer Fonds an der Erfüllung der Kriterien für die Teilfreistellungssätze häufig fehlen dürfte, hält er einen gänzlichen Entfall der Nachweismöglichkeit für unverhältnismäßig. Die Norm könnte allenfalls eingengt werden, indem neben der faktischen Anlagepolitik zusätzlich auf die Anlagebedingungen eines Investmentfonds abgestellt würde.

²⁵ EuGH Urteil v. 09.10.2014, C-326/12.

Bezogen auf *Haslehners* Ausführungen zu § 20 Abs. 4 InvStG wandte *Judith Mertesdorf-Perathoner* ein, die Anforderungen an den Nachweis für Anleger ausländischer Investmentfonds seien zu hoch. Es sei nicht überzeugend, auf die Anlagebedingungen des Fonds abzustellen, da Fonds, die nicht speziell auf den deutschen Markt ausgerichtet sind, den Nachweis ohnehin nicht erbringen. Anstelle der recht komplexen Quoten hat sie angeregt, einen regelmäßigen Asset-Test einzuführen, mit welchem die Quoten nachprüfbar werden.

6. Schlusswort und Ausblick

Ogleich der Workshop in dem noch ungewohnten Format einer Videokonferenz stattfinden musste, kam ein fruchtbarer Diskurs zustande, an dem mehr als 250 Teilnehmerinnen und Teilnehmer im Meeting- und nicht nur im Webinar-Format teilnehmen konnten. Ganz besonderer Dank galt neben dem Referenten den aktiven Diskutantinnen und Diskutanten aus der Fonds-, Beratungs- und Verwaltungspraxis aus Luxemburg und Deutschland. Die Ergebnisse fließen in das Forschungsvorhaben zur Evaluation ein.



Auswirkungen der Investmentsteuerreform betreffend Vereinbarkeit mit EU-Recht, Verhinderung von Steuersparmodellen und Steuervereinfachung

**Prof. Dr. Heribert M. Anzinger, Universität Ulm
Prof. Dr. Werner Haslehner, Universität Luxemburg
Prof. Dr. Falko Tappen, Hochschule Worms**

30. November 2022

Forschungsstudie

fe14/19

für das

Bundesministerium der Finanzen
Wilhelmstraße 97, 10117 Berlin

**Auswirkungen der Investmentsteuerreform betreffend Vereinbarkeit mit EU-Recht,
Verhinderung von Steuersparmodellen und Steuervereinfachung**

Inhaltsübersicht

Kurzzusammenfassung.....	3
Brief Summary	5
Teil I: Vereinbarkeit mit EU-Recht	7
Teil II A: Verhinderung von Steuersparmodellen (ohne Cum/Cum-Gestaltungen).....	48
Teil II B: Verhinderung von Steuersparmodellen: Cum/Cum-Gestaltungen	80
Teil III: Steuervereinfachung	104

Kurzzusammenfassung

Vereinbarkeit mit EU-Recht

Die vor der Investmentfondssteuerreform gehegten unionsrechtlichen Bedenken sind durch das InvStG 2018 soweit ersichtlich ausgeräumt worden. Die Reform des Investmentsteuerrechts kann somit aus unionsrechtlicher Sicht als gelungen bezeichnet werden.

Explizite Ungleichbehandlungen, wie sie vor 2018 zulasten grenzüberschreitender Situationen bestanden, wurden mit dem InvStG 2018 nahezu lückenlos beseitigt. Im Lichte des Auftrages einer kritischen Betrachtung des Gesetzes sowohl aus primärrechtlicher als auch sekundärrechtlicher Perspektive greift dieses Gutachten Punkte auf, hinsichtlich derer ein gewisser Anpassungsbedarf konstatiert werden kann. Dabei handelt es sich durchwegs um Detailfragen, welche wohl nur einen relativ kleinen Anteil von Fällen betreffen. Für die große Mehrzahl der Regelungen und Fallgestaltungen bestehen keine Bedenken.

Hinsichtlich der Besteuerung von Spezial-Investmentfonds bestehen im Ergebnis keine besonderen primärrechtlichen Bedenken. Nur soweit ein Spezial-Investmentfonds selbst der Steuer unterliegt und in den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie fällt, was nur äußerst selten der Fall sein sollte, stellt sich der Ausschluss der Anwendung von § 8b KStG und § 43b EStG im Lichte der Richtlinienvorgaben als problematisch dar.

Die im Schrifttum wiederholt geäußerten Bedenken gegen die Einschränkung der Teilfreistellung auf steuerpflichtige Anleger greifen auch im Licht des EuGH-Urteils in Rs. C-591/17 Österreich/Deutschland nicht durch. Die Besteuerung der Anlegerebene weist aber in einzelnen Punkten unionsrechtliche Reibungspunkte hinsichtlich sowohl der Investmentfonds als auch der Spezial-Investmentfonds auf, die der Gesetzgeber zur Stärkung der Rechtssicherheit bezogen auf die Vereinbarkeit des Investmentsteuerrechts mit dem Unionsrecht noch adressieren könnte.

Verhinderung von Steuersparmodellen

Die mit der Investmentsteuerreform adressierten Steuersparmodelle, insbesondere die Modelle der Kopplungsgeschäfte, Zins- & Dividendensurrogate, des Ertragsausgleich Enhancements und des Luxemburger SPF werden durch die konzeptionellen Gegenmaßnahmen im InvStG 2018 grundsätzlich wirksam verhindert. Im Rahmen der Studie zeigten sich nur punktuell fortbestehende Gestaltungsmöglichkeiten im Kontext dieser Modelle. Die Neukonzeption der Investmentbesteuerung eröffnete zugleich, insbesondere in den unterschiedlichen Teilfreistellungsätzen und den optionseröffnenden Nachweiserfordernissen für die Teilfreistellungsquoten, die beschränkte Steuerpflicht, die Immobilienerträge und für steuerbegünstigte Anleger neue Räume für Steuergestaltungen. Neue Gestaltungsmöglichkeiten könnten auch mit Kryptowerten und Token entstehen. Zur Vermeidung einzelner Steuergestaltungen könnte der Gesetzgeber aufgezeigte Regelungsvorschläge aufgreifen.

Die Vorschrift des § 36a EStG wirkt Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum-Gestaltungen) weitgehend wirksam entgegen. Die zusätzlichen Anrechnungsvoraussetzungen mit der Mindesthaltedauer, dem Mindestwertänderungsrisiko und dem Weiterleitungsverbot sind hinreichend zielgenau gefasst, um Anreize für Umgehungsgestal-

tungen wirksam zu beseitigen. Um Rechtsunsicherheiten bei einzelnen grenzüberschreitenden Sachverhalten vorzubeugen, sollte der Gesetzgeber eine Klarstellung des Verhältnisses von § 36a EStG und § 50c EStG anstreben.

Auf der Rechtsfolgenseite kann die nur teilweise Anrechnungsversagung in Kombination mit einem antragsgebundenen Betriebsausgabenabzug die Anreize für Cum/Cum-Gestaltungen für in Nicht-Abkommenstaaten ansässige natürliche Personen nur teilweise dämpfen. Zugleich fokussiert die Vorschrift ihr Regelungsziel ungenau und führt im Nachweis an das Mindestwertänderungsrisiko zu hohem bürokratischem Aufwand. Der Gesetzgeber sollte daher weiter über Alternativen nachdenken. An deren erster Stelle steht eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung von Streubesitzdividenden und Veräußerungsgewinnen aus Streubesitzbeteiligungen sowohl bei inländischen wie auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.

Steuervereinfachung

Für die im Massenfallrecht der Anlegerbesteuerung besonders bedeutsamen Investmentfonds hat das InvStG 2018 sein Ziel einer rechtlichen und administrativen Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands erreicht. Relativiert wurden die Vereinfachungswirkungen durch die unterschiedlichen Teilfreistellungssätze und die Rückausnahmen bei steuerbegünstigten Anlegern.

Die Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung hängen bei Investmentfonds wesentlich von Faktoren außerhalb des Investmentsteuerrechts ab, solange das Ziel der Gleichbehandlung mit der Direktanlage nicht aufgegeben werden soll. Deshalb ließen sich die Teilfreistellungssätze nur dann spannungsfrei in den Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Typisierung vollständig vereinheitlichen, wenn auch bei der Direktanlage eine einheitliche Behandlung der unterschiedlichen Formen der Kapitalerträge hergestellt würde. Für steuerbegünstigte Anleger könnte erwogen werden, diese in einer Fondskategorie zu konzentrieren, die sich, wie die in § 10 InvStG vorgesehene Form, ausschließlich an steuerbegünstigte Anleger richtet. Das System der Vorabpauschale sollte beibehalten und weiterentwickelt werden.

Bei Spezial-Investmentfonds zeigen sich verschiedene Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung der geltenden Regeln. Der Gesetzgeber könnte insbesondere in Erwägung ziehen, die Vorschriften über die Anlagebedingungen in § 26 Nr. 4 - 6 InvStG zu streichen und damit einen Gleichlauf zwischen dem Aufsichtsrecht und dem Investmentsteuerrecht herstellen. Erhebliches Potential besteht in den Möglichkeiten der Digitalisierung. Hier sollte der Gesetzgeber zumindest den ersten Schritt eines Medienwandels anstoßen, damit der Grundstein für weitere Schritte gelegt ist, um besonders im Investmentsteuerrecht sich aufdrängende Möglichkeiten für den Einsatz zentraler und dezentraler Register und des automatisierten Vollzugs anstoßen zu können.

In der Praxis besteht weiter ein erhebliches Bedürfnis, das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds beizubehalten. Es speist sich zum Teil aus günstigeren Steuerbelastungswirkungen. Wollte der Gesetzgeber längerfristig beide Systeme zusammenführen, müsste er die Attraktivität der Investmentfonds weiter erhöhen oder die der Spezial-Investmentfonds durch einen Abbau damit verbundener Vorteile verringern.

Brief summary

Conformity with EU law

The InvStG 2018 addressed the various concerns raised from an EU law perspective prior to the reform. The reform of investment tax law can therefore be considered a success in this respect.

Explicit disadvantages for cross-border situations existing prior to the reform have been almost completely eliminated with the InvStG 2018. Nevertheless, following the mission to critically examine the law from both a primary law and secondary law perspective, this report highlights points with regard to which a certain need for adjustment can be stated. These are all questions of detail, which are expected to concern only a small number of cases. There are no concerns for the large majority of regulations and cases.

With regard to the taxation of special investment funds, no primary-law concerns arise. Only in the rare case where a special investment fund is itself subject to tax and comes within the scope of the Parent-Subsidiary Directive, does the exclusion the benefits granted by § 8b KStG and § 43b EStG appear problematic in the light of the Directive's requirements.

The concerns raised in academic literature regarding the restriction of the partial exemption to taxable investors have not been found warranted in the light of the Court of Justice's ruling in Case C-591/17 Austria/Germany. However, taxation at the investor level shows points of friction under EU law with regard to both investment funds and special investment funds, which the legislator might consider addressing in order to strengthen legal certainty with regard to the compatibility of investment fund taxation with EU law.

Preventing of Tax Avoidance Schemes

The tax saving models addressed by the investment tax reform, in particular the models of "Kopplungsgeschäfte", "Zins- & Dividendensurrogate", "Ertragsausgleich Enhancements" and with the Luxembourg SPF, are in principle effectively eliminated by the conceptual countermeasures in the InvStG 2018. Within the scope of the study, only selective tax avoidance options remained in the context of these models. At the same time, the new conception of investment taxation opened up new scope for tax structuring, particularly in the different partial exemption rates and the option-opening documentary requirements for the partial exemption rates, limited tax liability, real estate income and for tax-privileged investors. New tax structuring opportunities could also arise with cryptocurrencies and tokens. In order to avoid individual tax arrangements, the legislator could take up the regulatory proposals outlined in this report.

The provision of § 36a of the German Income Tax Act (EStG) is largely effective in counteracting arrangements to avoid dividend taxation (so-called cum/cum arrangements). The additional tax credit requirements with the minimum holding period, the minimum risk and the prohibition of onward transfer are sufficiently targeted to effectively eliminate incentives for avoidance schemes. In order to prevent legal uncertainties in individual cross-border situations, the legislator should strive to clarify the relationship between § 36a EStG and § 50c EStG.

On the legal consequences side, the only partial disallowance of tax credit in combination with an optional deduction of business expenses can only partially dampen the incentives for

cum/cum arrangements for natural persons resident in states not included in a double tax convention. At the same time, the provision focuses its regulatory objective imprecisely and leads to a high level of administrative costs in proving the minimum risk. The legislator should therefore continue to consider alternatives. First and foremost, dividends and capital gains from shareholdings below 10 % should be treated as equally as possible in both domestic and cross-border situations.

Simplification of taxation

For investment funds, which are particularly important in the mass case law of investment fund taxation, the InvStG 2018 has achieved its goal of legal and administrative simplification and thus a reduction of the compliance burden. These simplification effects have been relativised by the different partial exemption rates and the retroactive exemptions for tax-privileged investors.

The possibilities for further simplification in the case of investment funds (Chapter 2-Funds) depend essentially on factors outside investment tax law, as long as the goal of equal treatment with direct investment is not to be abandoned. Therefore, the partial exemption rates could only be completely standardised without tension within the limits of constitutionally permissible typification if a uniform treatment of the different forms of investment income were also established for direct investment. For tax-privileged investors, consideration could at most be given to concentrating them in a fund category which, like the form provided for in § 10 InvStG, is aimed exclusively at tax-privileged investors. The system of the advance lump sum (Vorabpauschale) should be retained and further developed.

In the case of special investment funds (Chapter 3-Funds), there are various possibilities for further simplification of the applicable rules. In particular, the legislator could consider deleting the provisions on investment conditions in § 26 no. 4 - 6 and thus establish a synchronisation between supervisory law and investment tax law. There is considerable potential in the possibilities of digitalisation. Here, the legislator should initiate at least the first step of a media change, so that the foundation for further steps is laid, in order to be able to initiate possibilities for the use of centralised and decentralised registers and automated declaration, verification and enforcement, especially in investment tax law.

In practice, there is still a considerable need to maintain the taxation regime for special investment funds. It is only partly fed by more favourable tax burden effects, but is probably fuelled even more by the perception of greater flexibility. If the legislator wanted to merge both systems in the longer term, it would have to further increase the attractiveness of investment funds or reduce that of special investment funds by reducing the associated advantages.

Teil I

Vereinbarkeit mit EU-Recht

„Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018“

Inhaltsverzeichnis

I.	Zusammenfassende Übersicht	10
1.	Ausräumung der unionsrechtlichen Bedenken vor der Reform	10
2.	Unionsrechtliche Beurteilung der Investmentfondsbesteuerung	10
3.	Unionsrechtliche Beurteilung der Spezial-Investmentfondsbesteuerung.....	11
4.	Unionsrechtliche Beurteilung der Anlegerbesteuerung	11
5.	Unionsrechtliche Beurteilung von Formalanforderungen des InvStG 2018.....	11
II.	Einführung	12
III.	Unionsrechtliche Bedenken vor der Reform	13
1.	Steuerbefreiung bloß inländischer Investmentfonds.....	13
2.	Andere unionsrechtlich bedenkliche Bestimmungen des InvStG 2004.....	14
a)	Anrechnungsmöglichkeit nach § 4 InvStG 2004	14
b)	Volltransparenz für beschränkt steuerpflichtige Steuerausländer mit inländischen Immobieneinkünften	14
IV.	Entwicklung der EuGH Rechtsprechung	15
1.	Stand der Rechtsprechung bei Einführung des InvStG 2018	15
2.	Einschlägige Rechtsprechung nach Einführung des InvStG 2018	16
3.	Weitere für die Beurteilung relevante Rechtsprechungsentwicklungen	20
4.	Zusammenfassung des aktuellen Standes der Rechtsprechung zur Investmentfondsbesteuerung	22
V.	Besteuerung von Investmentfonds nach dem InvStG 2018	23
1.	Investmentfonds	23
a)	Kurzdarstellung.....	23
b)	Europarechtliche Bedenken und Beurteilung	24
aa)	Primärrecht.....	24
(1)	Allgemeines.....	24
(2)	Steuerbefreiung aufgrund begünstigter Anleger nach § 8 Abs. 1 und 2 InvStG 2018.....	24
(3)	Verschmelzung ausländischer Investmentfonds nach § 23 Abs. 4 InvStG	26
(4)	De facto diskriminierende Belastung ausländischer Investmentfonds wegen fehlender Teilfreistellung auf der Fondsausgangsseite	28
(5)	Zwischenergebnis	28
bb)	Sekundärrecht	28
(1)	Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD).....	29
(2)	Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU)	30
(3)	Zwischenergebnis	31
2.	Spezial-Investmentfonds.....	32
a)	Kurzdarstellung.....	32
b)	Unionsrechtliche Bedenken und Beurteilung.....	32
aa)	Primärrecht.....	32
(1)	Bei Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds.....	32
(2)	Bei Steuerbefreiung des Spezial-Investmentfonds	33
bb)	Sekundärrecht	33
(1)	Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD).....	33
(2)	Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU)	34

VI.	Anlegerbesteuerung nach dem InvStG 2018	35
1.	Kurzdarstellung	35
a)	Investmentfonds.....	35
b)	Spezial-Investmentfonds	35
2.	Unionsrechtliche Bedenken und Beurteilung	36
a)	Teilfreistellung bloß bei steuerpflichtigen Anlegern	36
b)	Befreiung bestimmter Investorerträge nach § 16 Abs. 2 InvStG 2018	38
c)	Nichtanwendung von § 8b KStG nach § 16 Abs. 3 InvStG 2018.....	38
d)	DBA-Freistellung nur bei 10% Ertragsbesteuerung nach § 16 Abs. 4 InvStG 2018.....	38
e)	Teilfreistellungssätze abhängig von Investition in besteuerte Kapitalgesellschaft gemäß § 20 i.V.m. § 2 InvStG 2018	41
f)	(Teil)Freistellung bei Spezial-Investmentfonds nach § 42 InvStG 2018	43
3.	Zwischenergebnis.....	44
VII.	Formalanforderungen.....	44
1.	Gesetzlicher Vertreter nach § 3 InvStG 2018	45
2.	Erbringung einer Statusbescheinigung nach § 7 Abs. 3 InvStG 2018 zur Erlangung des niedrigeren Kapitalertragsteuersatzes.....	45
3.	Nachweis der Vergleichbarkeit zur Erlangung einer Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 2 InvStG 2018.....	45
4.	Informationspflicht des Investmentfonds nach § 31 InvStG 2018.....	45
5.	Fondsgewinnnachweis § 48 Abs. 2 InvStG 2018 als Voraussetzung für die (Teil-) Freistellung des Anlegers	45
6.	Nachweiserfordernis/-möglichkeit für Gewährung der Teilfreistellung (§ 20 Abs. 4 InvStG 2018).....	46

„Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018“

I. Zusammenfassende Übersicht

1. Ausräumung der unionsrechtlichen Bedenken vor der Reform

Die vor der Investmentfondssteuerreform gehegten – und zum Teil noch gerichtlich anhängigen – unionsrechtlichen Bedenken sind durch das InvStG soweit ersichtlich ausgeräumt worden. Die Reform des Investmentsteuerrechts kann somit aus unionsrechtlicher Sicht als gelungen bezeichnet werden.

Insbesondere entfällt mit der sowohl für in- wie ausländische Investmentfonds eingeführten KSt-Pflicht eine prima facie Ungleichbehandlung, wie sie mit Blick auf § 11 InvStG 2004 gerichtlich anhängig ist. Ebenso sind mitunter vorgebrachte unionsrechtliche Bedenken bezüglich § 4 InvStG 2004 und § 15 InvStG 2004 nach der Reform jedenfalls nicht mehr aufrechtzuerhalten.

2. Unionsrechtliche Beurteilung der Investmentfondsbesteuerung

Explizite Ungleichbehandlungen, wie sie vor 2018 zulasten grenzüberschreitender Situationen bestanden, wurden mit dem InvStG nahezu lückenlos beseitigt. Im Lichte des Auftrages einer kritischen Betrachtung des Gesetzes sowohl aus primärrechtlicher als auch sekundärrechtlicher Perspektive greift dieses Gutachten Punkte auf, hinsichtlich derer ein gewisser Anpassungsbedarf konstatiert werden kann. Dabei handelt es sich durchwegs um Detailfragen, welche wohl nur einen relativ kleinen Anteil von Fällen betreffen. Für die große Mehrzahl der Regelungen und Fallgestaltungen bestehen keine Bedenken.

Die Bestimmungen der §§ 6-24 InvStG werfen folgende primärrechtliche Fragen auf:

- Die Einschränkung der Vermittlung der Steuerbefreiung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG auf Fälle, in denen Anteile über Vorsorgeverträge nach dem AltZertG gehalten werden, kann unter Umständen zu Nachteilen für ausländische Anbieter führen. Dem könnte durch Verweis auf vergleichbare ausländische Vorsorgeverträge abgeholfen werden.
- Der Ausschluss ausländischer juristischer Personen des öffentlichen Rechts als eine Steuerbefreiung nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG vermittelnde Anleger, soweit diese nicht unter § 8 Abs. 2 Nr. 2 InvStG fallen. Insofern kommt eine unionsrechtskonforme Auslegung ohne Änderung des Gesetzestextes in Betracht.
- Die Beschränkung der Regelung zur Verschmelzung in § 23 InvStG auf Investmentfonds, die dem gleichen Recht unterliegen (Ausschluss grenzüberschreitender Fonds-Verschmelzungen), ist vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit kritisch zu sehen.

Darüber hinaus bestehen in eng umschriebenen Fallgestaltungen mögliche Verstöße gegen Sekundärrecht:

- Soweit Investmentfonds unter den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie (MTRL) fallen, ist für ausgeschüttete Gewinnanteile ausländischer Schachtelbeteiligungen, die nach dem Gesetz nach § 6 Abs. 5 InvStG der Steuerpflicht unterliegen, eine Steuerbefreiung zu gewähren. Steuerpflichtige können sich insofern unmittelbar auf die Befreiungsbestimmungen der MTRL berufen, eine gesetzliche Klarstellung wäre dem aber vorzuziehen.

- Die Steuerbefreiung des § 6 Abs. 2 InvStG kann außerdem zu weit gehen, wenn ein inländischer Investmentfonds ausländische Dividenden im Anwendungsbereich der MTRL vereinnahmt, die bei der leistenden Gesellschaft abzugsfähig waren (Art. 4 lit. a MTRL). Da § 6 Abs. 2 InvStG keine dem § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG vergleichbare Korrespondenzregelung enthält, bedarf es allerdings einer gesetzlichen Umsetzung der Steuerpflicht, da eine analoge Anwendung des § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG bzw. eine unmittelbare Anwendung des Art. 4 lit. a MTRL zulasten des Steuerpflichtigen nicht in Betracht kommt.

3. Unionsrechtliche Beurteilung der Spezial-Investmentfondsbesteuerung

Hinsichtlich der Besteuerung von Spezial-Investmentfonds bestehen im Ergebnis keine besonderen primärrechtlichen Bedenken.

Nur soweit ein Spezial-Investmentfonds selbst der Steuer unterliegt und in den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie fällt, was nur äußerst selten der Fall sein sollte, stellt sich der Ausschluss der Anwendung von § 8b KStG und § 43b EStG im Lichte der Richtlinienvorgaben als problematisch dar.

4. Unionsrechtliche Beurteilung der Anlegerbesteuerung

Die Besteuerung der Anlegerebene wirft einige Bedenken hinsichtlich sowohl der Investmentfonds als auch der Spezial-Investmentfonds auf:

- Die im Schrifttum wiederholt geäußerten Bedenken gegen die Einschränkung der Teilfreistellung auf steuerpflichtige Anleger greifen auch im Licht des EuGH-Urteils in Rs. C-591/17 Österreich/Deutschland nicht durch.
- Ist eine inländische Kapitalgesellschaft als Anleger an einem ausländischen Investmentfonds, der ebenfalls in den Anwendungsbereich der MTRL fällt – was derzeit einen seltenen Ausnahmefall darstellt –, zu mindestens 10 % beteiligt, so ist bei Berufung auf die MTRL ungeachtet des § 16 Abs. 3 InvStG die Befreiung nach § 8b KStG anzuwenden. Diesbezüglich wäre eine Klarstellung wünschenswert.
- Die Voraussetzung einer mindestens 10 %-igen nominellen Ertragsbesteuerung für eine DBA-Freistellung ist vor dem Hintergrund der EuGH Rechtsprechung zur horizontalen Diskriminierung als mögliches Risiko zu sehen, sodass eine Anpassung überlegt werden sollte. Als Lösung käme eine Nachweismöglichkeit der tatsächlichen, auf ausgeschütteten Erträgen lastenden hinreichenden Besteuerung in Betracht.
- Problematisch ist die Höhe der Teilfreistellungen in Abhängigkeit von der Erfüllung von Anlagegrenzen, die auf die Definition von „Kapitalbeteiligungen“ abstellt, da letztere hinsichtlich bestimmter Drittstaatengesellschaften benachteiligend ausgestaltet ist. Ein kohärent und verhältnismäßig ausgestaltetes System sollte auch für Beteiligungen an in Drittstaaten ansässigen Kapitalgesellschaften, die generell einer niedrigeren als 15 %-igen Ertragsteuer unterliegen, die Möglichkeit eines Nachweises vorsehen, dass eine dem Inlandsfall vergleichbare steuerliche Vorbelastung auf Ebene des Investmentfonds vorliegt, insbesondere durch eine Quellensteuer auf die an den Investmentfonds getätigten Ausschüttung.

5. Unionsrechtliche Beurteilung von Formalanforderungen des InvStG

Hinsichtlich der geprüften Formalanforderungen an Investmentfonds bestehen keine unionsrechtlichen Bedenken.

Die Möglichkeit des Individualnachweises für die Erlangung der Teilfreistellung kann nicht zur Gänze entfallen, könnte aber wohl auf die Erfüllung entsprechender Kriterien in den Fonds-Anlagebedingungen eingeschränkt werden.

II. Einführung

Mit der Reform des Investmentsteuergesetzes im Jahr 2016 verfolgte der Gesetzgeber unter anderem das Ziel, unionsrechtliche Risiken des damaligen Investmentsteuerrechts auszuräumen. Insbesondere wurde die ungleiche Behandlung ausländischer im Vergleich zu inländischen Publikumsfonds – wonach nur letztere gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 grundsätzlich steuerbefreit waren – als potentieller Verstoß gegen die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit angesehen. In Reaktion auf die einer möglichen Unionsrechtswidrigkeit entspringenden Haushaltsrisiken hat sich der Gesetzgeber zu einer Systemänderung bei der Investmentfondsbesteuerung – zumal im Bereich der Publikumsfonds – entschieden, wonach nunmehr inländische und ausländische Investmentfonds gleichermaßen der Steuerpflicht unterliegen.¹ Die durch das InvStG 2018 eingeführte Reform wird gemeinhin als eine Umstellung vom System der eingeschränkten oder Semi-Transparenz zu einem System der Intransparenz auf Investmentfondsebene verbunden mit einer pauschalen reduzierten Steuerpflicht auf Anlegerebene verstanden. Diese Systemumstellung sollte bei der Einführung jedoch nicht für alle Investmentfonds gelten, sodass das durch das InvStG 2018 umgesetzte Besteuerungssystem auch als „Zweigleisiges Besteuerungssystem“² bezeichnet wird. Für Spezial-Investmentfonds kommt es im reformierten Steuersystem zu einer modifizierten Fortführung der Semi-Transparenz, die Besteuerung erfolgt typischerweise beim Anleger.

Im vorliegenden Gutachten soll die Unionsrechtskonformität des reformierten Investmentsteuerrechts kritisch untersucht werden. Dabei ist einerseits zwischen materiell-rechtlichen Vorgaben und Formalanforderungen zu unterscheiden, andererseits zwischen den beiden parallel bestehenden Besteuerungssystemen für Investmentfonds auf der einen Seite und Spezial-Investmentfonds auf der anderen Seite. Schließlich ist zwischen der Analyse der Besteuerungsfolgen auf Ebene der Investmentfonds und jener der Anleger zu trennen.

Die bislang in der Literatur aufgeworfenen Zweifel beziehen sich im Kern auf drei Überlegungen: Erstens, dass die Umstellung des Besteuerungssystems für Investmentfonds im Ergebnis für inländische Anleger weitgehend steuerneutral erfolgte, während die Einführung einer generellen Steuerpflicht auf Investmentfondsebene zu einer relativen Schlechterstellung ausländischer Anleger führt, da diese keine korrespondierende anteilige Steuerreduktion in ihren Ansässigkeitsstaaten geltend machen könnten. Zweitens ist fraglich, ob das für Spezial-Investmentfonds fortgeführte System einer Steuerbefreiung auf Investmentfondsebene unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ähnliche unionsrechtliche Zweifel wie das System des InvStG 2004 aufwirft. Drittens stellt sich allgemein die Frage, ob aus den für ausländische Investmentfonds (bzw. Anleger in solchen Fonds) geltenden zusätzlichen Formalanforderungen und Nachweispflichten eine unionsrechtlich problematische Beschränkung erwächst.

¹ BT-Drucks. 18/8045, S. 49.

² Steinmüller, in Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, 2019, Vor InvStG Einführung, Rn. 25.

Im Rahmen dieser Untersuchung soll allerdings neben diesen allgemein vorgebrachten Bedenken eine Detailanalyse sämtlicher potentiell unionsrechtswidrigen Bestimmungen vorgenommen und, soweit Probleme identifiziert werden, Vorschläge für eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung vorgebracht werden.

III. Unionsrechtliche Bedenken vor der Reform

Dieser Abschnitt dient der Beantwortung des ersten Teilaspektes des Gutachtens: „*Wurden die sich aus der ungleichen Besteuerung von inländischen und ausländischen Investmentfonds nach dem bis Ende 2017 geltenden Investmentsteuergesetz ergebenden EU-rechtlichen Risiken ausgeräumt?*“

1. Steuerbefreiung bloß inländischer Investmentfonds

§ 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 unterschied zwischen der Besteuerung inländischer Investmentfonds, welche von der Körperschaftsteuer befreit waren, und ausländischer Investmentfonds, welche – je nach ihrer Einordnung im Rahmen eines Typenvergleichs als Körperschaftsteuersubjekt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 5 KStG – eben jener Steuer unterlagen, ohne dass die besondere Befreiung des InvStG 2004 anwendbar war. Nach der in der Literatur vorherrschenden Meinung³ folgt aus der Einschränkung der Steuerbefreiung für ausländische Investmentfonds ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit im Lichte der einschlägigen EuGH Rechtsprechung.

Mithin wurden bereits zum alten Recht Zweifel sowohl an der Existenz eines Verstoßes als auch den konkreten Gründen für einen solchen Verstoß geäußert. Diese Zweifel gaben dem BFH Anlass, eben diese Frage im Fall eines ausländischen Spezial-Investmentfonds mit Immobilieneinkünften in Deutschland an den EuGH vorzulegen.⁴ Der BFH führt dabei mit besonderem Blick auf die Situation eines Immobilien-Spezial-Investmentfonds mit einer begrenzten Anzahl ausländischer Anleger an, dass ein systematischer Zusammenhang zwischen der Steuerbefreiung des Fonds nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 und der Besteuerung des Anlegers im Wege der unmittelbaren Einkünftezurechnung an den Anleger nach § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 besteht. Aus diesem systematischen Zusammenhang ließe sich ein Rechtfertigungsgrund für die prima facie Ungleichbehandlung ableiten, da insofern die fehlende Fonds-Eingangsbesteuerung durch eine entsprechende Fonds-Ausgangsbesteuerung kompensiert würde, während beim ausländischen Fonds die im Ergebnis gleiche (oder niedrigere) Steuerbelastung durch Erhebung auf der Fonds-Eingangsebene erreicht würde.

An dieser Stelle muss die Frage, ob das InvStG 2004 im Ergebnis insofern eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit statuierte und ob diese gerechtfertigt war, jedoch nicht beantwortet werden. Dies wird der EuGH im Rahmen der anhängigen Rechtssache C-537/20 sowie erwarteten weiteren Vorlagefragen zu beantworten haben. Für Zwecke dieser Untersuchung genügt es insofern festzustellen, dass die an der Wurzel der potentiellen Unionswidrigkeit liegende Ungleichbehandlung zwischen inländischen und ausländischen Publikumsfonds im InvStG 2018 nicht fortgeführt wurde. Jedenfalls insoweit – das heißt für

³ Steinmüller, in Musil/Weber-Grellet, *Europäisches Steuerrecht*, 2019, InvStG, § 11 Rn. 48-54; Englisch, in Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, InvStG § 11 Rn. 27 ff.; Zetzsche, *ISr* 2015, 8; Schönbach/Gnutzmann, *BB-Spezial* 2010, 30; Schwenk/Faber, *ISR* 2018, 319; Bödecker/Intemann/Ronig, in BeckOK *InvStG* 2004, 19. Edition, § 11 InvStR Rn. 24 ff.

⁴ I R 33/17, anhängig als Rechtssache C-537/20.

die Besteuerung dieser Fonds – scheinen die gegen das InvStG 2004 erhobenen Bedenken damit weitgehend ausgeräumt zu sein.⁵

2. Andere unionsrechtlich bedenkliche Bestimmungen des InvStG 2004

a) Anrechnungsmöglichkeit nach § 4 InvStG 2004

Einerseits wurde die fehlende Anrechnungsmöglichkeit von auf Investitionsebene erhobener ausländischer Steuer auf die bei der Ausschüttung eines inländischen Fonds an beschränkt steuerpflichtige Anleger anfallende deutsche Kapitalertragsteuer nach § 4 Abs. 1 InvStG 2004 als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit identifiziert;⁶ andererseits wurde die von § 4 Abs. 2 Satz 7 InvStG 2004 angeordnete Fiktion, dass die von ausländischen Investmentfonds ausgeschütteten Erträge aus deutschen Investitionen, welche mit deutscher Ertragsteuer belastet waren, für Zwecke der Anrechnung für ansässige Anleger als ausländische Einkünfte und die entsprechende Steuer als ausländische Steuer galt, insofern als unionsrechtlich problematisch angesehen, als sich aus der Fiktion Anrechnungsbeschränkungen bei Fehlen deutscher Steuer ergeben könnten, welche die Investition über ausländische Fonds für inländische Anleger weniger attraktiv macht.⁷ Dieser Ansicht hat sich das FG Hessen in seinen Entscheidungen 4 K 999/17 und 4 K 2079/16 angeschlossen und ist in einem obiter dictum von einer unionsrechtskonformen Auslegung der Bestimmung dahingehend ausgegangen, dass die für die Anrechnung *tatsächlich* ausländischer Steuern geltenden Beschränkungen für die bloß *fiktiv* ausländischen Steuern nicht anzuwenden sind.⁸ Demgegenüber hat die Kommission im Jahr 2011 ein Pilotverfahren zu § 4 Abs. 2 Satz 7 InvStG 2004 eingestellt. Die Bundesregierung hatte argumentiert, dass eine Zuordnung der anrechenbaren Steuer zum Anleger praktisch nicht möglich sei, da nicht feststellbar sei, welche Anleger im Zeitpunkt der Steuererhebung gegenüber dem Investmentfonds tatsächlich beteiligt waren. Das Missbrauchspotential durch einen „Einkauf in Anrechnungsguthaben“ und das Risiko einer Erstattung über den tatsächlichen Steuereinbehalt hinaus, sei zu groß.

Mangels beschränkter Steuerpflicht nichtansässiger Empfänger inländischer Investmentfondserträge stellt sich erstere Problematik nach dem InvStG 2018 nicht mehr. Die Umqualifikation deutscher in ausländische Steuer findet im InvStG 2018 ebenfalls nicht mehr statt.

b) Volltransparenz für beschränkt steuerpflichtige Steuerausländer mit inländischen Immobilieneinkünften

§ 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 ordnete die Volltransparenz für inländische Immobilieneinkünfte bei ausländischen Anlegern in inländischen Spezial-Investmentfonds an. Dies führte für ausländische Anleger zum Kapitalertragsteuerabzug in Höhe von 25 % auf Ebene des Spezial-Investmentfonds. Inländische Anleger in inländischen Spezial-Investmentfonds in vergleichbarer Situation unterlagen ebenfalls einem Kapitalertragsteuerabzug bei Ausschüttung der Investmentfondserträge oder Berechnung ausschüttungsgleicher Erträge am Ende des Jahres der Einkünftevereinnahmung. Im Schrifttum ist die These aufgegriffen worden, dass insoweit der Besteuerungszeitpunkt für inländische und ausländische Anleger abweichen könnte.⁹ Es ist jedoch nicht ersichtlich, woraus sich dieser Unterschied ergeben

⁵ Vgl. BT-Drucks. 18/8045, S. 72.

⁶ Steinmüller, in Musil/Weber-Grellet, *Europäisches Steuerrecht*, 2019, InvStG, § 11 Rn. 71.

⁷ Kleinert, *IStR* 2020, 210, 217.

⁸ FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, Revision anhängig unter I R 1/20 und I R 2/20.

⁹ Siehe Anmerkung Patzner/Nagler zu BFH Vorlageentscheidung in *IStR* 2020, 889, 898.

würde, da der Steuerabzug in beiden Fällen nach § 7 InvStG 2004 zu bestimmen ist. Selbst wenn sich aber ein negativer Liquiditätseffekt ergeben sollte, so bestand, anders als im Fall der Besteuerung inländischer Anleger im Hinblick auf über inländische im Vergleich zu über ausländische Investmentfonds vereinnahmte Dividendeneinkünfte, jedenfalls kein Unterschied in der Bemessungsgrundlage, und damit insoweit eine weitgehend unproblematische Ungleichbehandlung, als eine bloß unterschiedliche Form der Steuererhebung durch den Rechtfertigungsgrund der effizienten Steuerbeitreibung abgesichert wäre.¹⁰

Insofern ist auch die Fortführung jener Vorschrift für inländische Immobilieneinkünfte von Spezial-Investmentfonds in § 33 Abs. 3 InvStG unproblematisch; schon deshalb, weil auch insofern kein Unterschied hinsichtlich des Belastungszeitpunktes auszumachen ist, da der Kapitalertragsteuerabzug von vornherein nicht auf die Immobilienerträge des Spezial-Investmentfonds, sondern wie für inländische Steuerpflichtige auf ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge anzuwenden ist.

IV. Entwicklung der EuGH Rechtsprechung

1. Stand der Rechtsprechung bei Einführung des InvStG 2018

Zum Zeitpunkt der Einführung des InvStG 2018 hatte eine Reihe von Urteilen des EuGH nahegelegt, dass eine Ungleichbehandlung ausländischer gegenüber inländischen Investmentfonds gegen die Grundfreiheiten verstoßen könnte. Nach überwiegender Auffassung war – wie vom EuGH insbesondere in den Rechtssachen *Santander* (Rs. C-338/11) und *Emerging Markets* (Rs. C-190/12) festgestellt worden war – für die Beurteilung der Vergleichbarkeit ausländischer und inländischer Investmentfonds ausschließlich auf die Charakteristika der nämlichen juristischen Personen selbst zu achten, und die Ebene der Anleger außer Acht zu lassen. Gleichmaßen wäre auch für die Frage einer Rechtfertigung – insbesondere mit dem Argument der steuerlichen Systemkohärenz – nur auf die steuerliche Behandlung ausländischer Investmentfonds abzustellen, nicht hingegen auf die Besteuerung der Anlegerebene.

Dabei hat der EuGH – ausgehend von der Vergleichbarkeit inländischer und ausländischer Investmentfonds – seine Rechtsprechung zur Dividendenbesteuerung, welche insbesondere die Erhebung von Quellensteuern nur bei der Ausschüttung an ausländische Dividendenempfänger für unzulässig erklärt hat, als dadurch auf Ebene der Dividendenempfänger eine unterschiedliche Belastung eintritt,¹¹ auf jene Fälle übertragen.

Allerdings bezogen sich diese Urteile allesamt auf Fonds-Besteuerungssysteme, bei denen die Befreiung inländischer Investmentfonds in keinem direkten Zusammenhang mit der Belastung der Anleger stand. Der EuGH hatte aber gleichzeitig bestätigt, dass die Vergleichbarkeitsprüfung auch die Anlegerebene einzubeziehen haben könnte, sofern der nationale Gesetzgeber die steuerliche Behandlung des Anlegers mit jener des Investmentfonds verknüpft.¹²

Dies hat für die Frage der Vereinbarkeit des InvStG 2004 mit den Grundfreiheiten mithin Zweifel geweckt, da durch die Besteuerung ausschüttungsgleicher Erträge – wenigstens dem Grunde nach – eine systematische Verknüpfung zwischen der Steuerbefreiung inländischer Investmentfonds und der Besteuerung auf Anlegerebene hergestellt wurde. Jedoch blieb

¹⁰ EuGH Rs. C-290/04, *Scorpio*, Rz. 35-37; EuGH Rs. C-498/10, X, Rz. 39-53.

¹¹ EuGH Rs. C-170/05 *Denkavit Internationaal*; EuGH Rs. C-379/05 *Amurta*; EuGH Rs. 540/07 *Kommission/Italien*; EuGH Rs. C-284/09 *Kommission/Deutschland*; EuGH Rs. C-342/10 *Kommission/Finnland*.

¹² EuGH Rs. C-338/11 *Santander*, Rn. 40 mit Verweis auf EuGH Rs. C-194/06 OESF.

fraglich, inwiefern dies bedeutsam sein konnte, da der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung nur bei expliziter tatbestandlicher Verknüpfung ein relevantes Unterscheidungskriterium erkannte, um die Ungleichbehandlung vergleichbarer Situationen von vornherein auszuschließen.¹³

Hinsichtlich der Frage der Rechtfertigung einer durch die Ungleichbehandlung ausländischer gegenüber inländischen Investmentfonds erfolgenden Diskriminierung ergab sich aus der EuGH Rechtsprechung, dass eine ungleiche Steuerbelastung auf Ebene der Investmentfonds weder mit dem Ziel einer wirksamen Kontrolle der Steuererhebung (selbst gegenüber Drittstaaten, soweit ein DBA mit effektiven Informationsaustauschregelungen zur Anwendung kommt¹⁴) noch mit der Wahrung der Kohärenz des Steuersystems (mangels unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Steuerbefreiung des Fonds und Besteuerung der Anleger im Inlandsfall¹⁵) noch mit der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse (in Ermangelung einer Ausübung der Besteuerungsbefugnisse bei inländischen Investmentfonds¹⁶) gerechtfertigt werden kann.

Mit Bezug auf die Anlegerbesteuerung wiederum hatte der EuGH die im InvStG 2004 vorgesehene pauschale Besteuerung von Einkünften aus Anteilen an „intransparenten“ Investmentfonds ohne Möglichkeit eines (an Stelle der vom Investmentfonds gewährleisteten Offenlegung) ersatzmäßigen Nachweises der Erfüllung sämtlicher materieller Voraussetzungen für eine günstigere Besteuerung als unverhältnismäßige Beschränkung im Lichte des Zieles einer wirksamen steuerlichen Kontrolle angesehen.¹⁷

Der EuGH hatte schließlich im Hinblick auf formelle Vertretungserfordernisse ausländischer Fonds festgestellt, dass die Bedingung seitens eines Mitgliedsstaats, ausländischen Pensionsfonds nur dann Zugang zum inländischen Markt zu gewähren, wenn sie einen im Inland ansässigen steuerlichen Vertreter benennen, nicht für die wirksame steuerliche Kontrolle erforderlich und damit unzulässig ist, sofern hinreichende Grundlagen für den Informationsaustausch zwischen den Steuerbehörden bestehen.¹⁸ Vergleichbare Bedenken bestehen nach dem deutschen InvStG nicht, da für die Vertretungsbefugnis ausländischer Investmentfonds nach § 3 Abs. 4 InvStG nicht auf die Ansässigkeit abgestellt wird.

2. Einschlägige Rechtsprechung nach Einführung des InvStG 2018

Die Rechtsprechung des EuGH zur diskriminierungsfreien Besteuerung ausländischer Investmentfonds hat sich seit Erlass des InvStG 2018 weiterentwickelt, worauf im Folgenden einzugehen ist.

In seinem Urteil in der Rechtssache **Pensioenfonds Metaal en Techniek** (Rs. C-252/14) stellte der EuGH für die Beurteilung der Vergleichbarkeit ausländischer und inländischer Pensionsfonds im Hinblick auf die Besteuerung inländischer Beteiligungserträge fest, dass auf das mit dem auf inländische Pensionsfonds anzuwendende Steuersystem verfolgte Ziel des Gesetzgebers abzustellen sei. Die schwedischen Regelungen sahen für inländische Pensionsfonds eine Pauschalbesteuerung auf Basis fiktiver Erträge sämtlicher Vermögenswerte vor, womit eine neutrale und konjunkturunabhängige Besteuerung umgesetzt werden sollte. Der EuGH

¹³ EuGH Rs. C-338/11 *Santander* Rn. 28; EuGH Rs. C-190/12 *Emerging Markets*, Rn. 61.

¹⁴ EuGH Rs. C-190/12 *Emerging Markets*, Rn. 71-88.

¹⁵ EuGH Rs. C-338/11 *Santander*, Rn. 52-53; EuGH Rs. C-190/12 *Emerging Markets*, Rn. 92-93.

¹⁶ EuGH Rs. C-338/11 *Santander*, Rn. 48; EuGH Rs. C-190/12 *Emerging Markets*, Rn. 100.

¹⁷ EuGH Rs. C-326/12 *Van Caster*, Rn. 49.

¹⁸ EuGH Rs. C-678/11 *Kommission / Spanien*.

sah es angesichts der beschränkten Befugnis zur Besteuerung der Vermögenswerte ausländischer Fonds als erwiesen an, dass dieses Ziel hinsichtlich solcher Fonds nicht erreicht werden könnte, woraus sich im Folgeschluss die fehlende Vergleichbarkeit ergab. Die Unterwerfung ausländischer Fonds unter eine Quellensteuer, die für inländische Fonds nicht zur Anwendung kam, war insofern nicht als diskriminierend anzusehen. Ungeachtet dieses Ergebnisses hielt der EuGH auch fest, dass ungeachtet der Zulässigkeit unterschiedlicher Besteuerungstechniken jedenfalls mit den Einkünften zusammenhängende Betriebsausgaben des ausländischen Pensionsfonds berücksichtigt werden müssen, sofern das zulässigerweise auf inländische Pensionsfonds beschränkte Besteuerungssystem einen entsprechenden Abzug (insbesondere durch Berücksichtigung von Verbindlichkeiten bei der pauschalen Berechnung der Bemessungsgrundlage) ermöglicht.

Mehr Aufsehen in der deutschen Diskussion hat das Urteil in **Fidelity Funds** (Rs. C-480/16) ausgelöst, in dem die dänische Quellensteuer auf Dividenden auf dem Prüfstand stand. Nach dänischem Recht war eine Befreiung von der Quellensteuer bei Ausschüttungen an OGAW an zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens die Ansässigkeit der OGAW im Inland und zweitens die Vornahme einer Mindestausschüttung der OGAW an ihre Anteilhaber, welche mit der Einhebung einer Kapitalertragsteuer zu verbinden war. Angesichts der Dualität der verfolgten Gesetzeszwecke untersuchte der EuGH die Vergleichbarkeit ausländischer und inländischer Fonds im Hinblick auf die Möglichkeit einer Verlagerung der Besteuerungsebene vom Fonds selbst auf jene der Anteilhaber und kam insofern zu dem Schluss, dass die Ansässigkeit des OGAW für sich betrachtet keinen aus diesem Blickwinkel entscheidenden Unterschied ausmachen kann, sodass die Vergleichbarkeit zu bejahen war. Insbesondere hinsichtlich inländischer Anteilhaber ausländischer OGAW wäre nämlich eine Verlagerung der Besteuerungsebene ohne Zweifel möglich.¹⁹

Im Rahmen des vorgebrachten Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz des Steuersystems prüfte der EuGH das im Kern gleiche Argument einer Zusammenschau der Besteuerungsebenen und schloss aus der engen gesetzlichen Verknüpfung der Quellensteuerbefreiung mit der vorzunehmenden Mindestausschüttung, dass der für die Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes erforderliche unmittelbare Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil besteht. Der EuGH nimmt dabei keinen konkreten Belastungsvergleich vor, um zu prüfen, ob es durch die Besteuerung auf die Mindestausschüttung zum vollständigen Ausgleich der Kapitalertragsteuerbefreiung kommt; in seinen Schlussanträgen, auf welche sich der EuGH insofern im Wesentlichen stützt,²⁰ hatte Generalanwalt Mengozzi einen solchen vollständigen Belastungsausgleich ausdrücklich abgelehnt. Um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, muss dem ausländischen OGAW jedoch die Möglichkeit gewährt werden, die Kohärenz des Steuersystems durch die Entrichtung einer der im Falle einer von inländischen OGAW auf die Mindestausschüttung einzubehaltenden äquivalenten Steuer herzustellen.²¹ Die Bedeutung des Begriffs der „äquivalenten Steuer“ bleibt nach dieser Entscheidung Gegenstand wesentlicher Unsicherheiten: Einerseits wird vorgebracht, dass der EuGH damit nicht eine Steuer im Quellenstaat der Dividenden, sondern im Ansässigkeitsstaat des ausländischen Investmentfonds im Sinn hatte: Dafür spricht erstens die ansonsten verbleibende Gefahr einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung, da eine freiwillig vom ausländischen Investmentfonds

¹⁹ Rs. C-480/16, Rn. 61.

²⁰ Rs. C-480/16, Rn. 82.

²¹ Rs. C-480/16, Rn. 84.

abgeführte „Steuer“ auf Ebene ausländischer Anteilseigner möglicherweise keiner Anrechnung zugänglich sein könnte.²² Selbst im Falle inländischer Anteilseigner käme es, wie der EuGH in Rn. 85 ausführt, zu einer wirtschaftlichen Mehrfachbelastung auf Ebene der OGAW und der Anteilseigner, wenn die Quellensteuer ungeachtet der Erfüllung der Voraussetzungen der Mindestausschüttung mit entsprechendem Steuerabzug zur Anwendung käme.²³ Zweitens wird im Schrifttum vorgebracht, dass, wenn die Entrichtung der entsprechenden Steuer im Quellenstaat der Dividenden zu erfolgen hätte, diese ja nicht eine der von inländischen OGAW einbehaltenen *vergleichbare*, sondern vielmehr *dieselbe* Steuer wäre.²⁴ Auch der BFH geht in seinem Vorlagebeschluss I R 33/17 offenbar davon aus, dass eine im Ansässigkeitsstaat des Investmentfonds entrichtete der deutschen KSt entsprechende Steuer als hinreichende Bedingung für den Entfall der Kohärenzrechtfertigung anzusehen wäre.²⁵ Demgegenüber hat der niederländische *Hoge Raad* in seinem Folgeurteil zur Rechtssache C-156/17 *Köln-Aktienfonds Deka* entschieden, dass vom EuGH *unzweifelhaft* die Entrichtung einer Steuer im Quellenstaat gemeint war.²⁶

Den in dem Fall ebenfalls vorgebrachten Rechtfertigungsgrund der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse sah der EuGH als nicht einschlägig für die festgestellte Ungleichbehandlung an: Nach Ansicht des Gerichtshofs bezweckte Dänemark nämlich nicht die *Wahrung* dieser Aufteilung, sondern vielmehr einen *Ausgleich* für das fehlende Besteuerungsrecht über nichtansässige Anteilsinhaber ausländischer OGAW.²⁷

In seinem Urteil in der Rechtssache *Köln-Aktienfonds Deka* (Rs. C-156/17) befasste sich der EuGH mit der Vereinbarkeit des niederländischen Fonds-Besteuerungssystems, welches jenem Dänemarks in der *Fidelity Funds* in wesentlichen Zügen gleicht, mit der Kapitalverkehrsfreiheit. Dabei stellte der Gerichtshof fest, dass eine grundfreiheitsrelevante Ungleichbehandlung auch dann vorliegt, wenn eine Differenzierung der Steuerfolgen nicht ausdrücklich an die Ansässigkeit eines Investmentfonds anknüpft, sondern an andere Voraussetzungen die „*de facto*“ hauptsächlich nur von gebietsansässigen Investmentfonds erfüllt werden können

²² Dem ist andererseits entgegenzuhalten, dass es sich praktisch nicht um eine freiwillige Ersatzleistung, sondern um eine tatsächliche alternative Steuer handelt, welche freilich gesetzlich vorgesehen sein müsste. Praktisch geht es darüber hinaus nicht wirklich um eine neu einzuführende Steuer, sondern vielmehr um eine kalkulatorische Größe anhand derer mögliche Erstattungsansprüche zu viel erhobener Quellensteuer berechnet werden sollten. Es bleibt somit im Ansässigkeitsstaat bei der Frage der Anrechenbarkeit jener Quellensteuer.

²³ Soweit der EuGH auch darauf verweist, dass Dänemark die fraglichen Dividenden bereits auf Ebene der ausschüttenden Gesellschaften besteuert hat (EuGH *Fidelity Funds*, Rn. 72), ist nicht klar, inwieweit dies für das Ergebnis bedeutsam ist. Richtigerweise sind diese Ausführungen wohl nur in Bezug auf den für das dänische System ohnedies nicht einschlägigen Rechtfertigungsgrund der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zu verstehen. Das Ziel der Vermeidung der Doppelbesteuerung des dänischen Rechts identifiziert der EuGH im Hinblick auf die Besteuerung der OGAW auf der einen Seite und deren Anteilseigner auf der anderen Seite (Rn. 52). Die Übertragung seiner Rechtsprechung betreffend die Vermeidung der Doppelbesteuerung hinsichtlich ausgeschütteter Beteiligungserträge (Rn. 53-56) ist insofern schon auf der Ebene der Vergleichbarkeitsprüfung nicht überzeugend.

²⁴ *Patzner/Nagler*, IStR 2018, 590, 601 f.

²⁵ BFH I R 33/17 Rn. 72.

²⁶ *Hoge Raad*, 23. Oktober 2020, 16/03954, 17/02428, 19/01141, ECLI:NL:HR:2020:1674.

²⁷ Rs. C-480/16, Rn. 75. Dieses Argument scheint in seinem Kern der Makrokohärenz-Ausnahme der Rs. *Wielockx* (C-80/94) zu entsprechen: da Dänemark sich selbst des Besteuerungsrechts über nichtansässige Investoren in ausländischen OGAW begeben hat, kann es dieses fehlende Besteuerungsrecht nun nicht als Rechtfertigung für die ungleiche Besteuerung jener OGAW vorbringen, da dies im Ergebnis nur darauf hinauslaufen würde, eine *Wahrung seines Steueraufkommens* zu erreichen, was nach ständiger Rechtsprechung keinen zulässigen Rechtfertigungsgrund darstellt.

und gebietsfremde Investmentfonds ... *de facto* von dieser Regelung ausschließen“.²⁸ Soweit hingegen, wie in jenem Fall, die Nichterfüllung bestimmter Kriterien auf eine vom Investmentfonds getroffene Entscheidung zurückzuführen ist, die auch von gebietsansässigen Gesellschaften in gleicher Art getroffen wurde, liegt keine Diskriminierung vor. Ein Mitgliedstaat darf zwar die Voraussetzungen für eine Quellensteuerbefreiung anhand der von ihm selbst zu wählenden Ziele festlegen, er darf jedoch die Einhaltung dieser Voraussetzungen nicht so strikt verlangen, dass dadurch *de facto* nur ansässige Investmentfonds in den Genuss einer steuerlich günstigeren Behandlung kommen.²⁹ Daraus folgt, dass keine allzu hohen Anforderungen an die Vergleichbarkeit ausländischer mit inländischen Fonds gestellt werden dürfen. Darüber hinaus entsprechen die Ausführungen des EuGH zur Vergleichbarkeit jenen der schon bis dahin ständigen Rechtsprechung, wonach diese anhand der mit den maßgeblichen nationalen Bestimmungen verfolgten Ziele, ihres Gegenstandes und ihres Inhalts zu bestimmen ist.³⁰ Im konkreten Fall stellte sich die Frage, ob das von den niederländischen Regelungen vorgeschriebene Ausschüttungserfordernis als durch die deutsche Regelung über die Besteuerung ausschüttungsgleicher Erträge erfüllt angesehen werden kann. Diese Frage sei entsprechend der Rechtsprechungsgrundsätze vom vorlegenden Gericht danach zu beantworten, worin das Ziel jenes Ausschüttungserfordernisses zu sehen war: soweit dies vor allem der Verlagerung der Besteuerung auf die Anlegerebene dient, versetzt auch eine bloß für steuerliche Zwecke fingierte pauschale Ausschüttung die Investmentfonds in eine vergleichbare Lage.³¹ Die niederländische Regierung hatte in dem Verfahren keine Rechtfertigungsgründe vorgebracht, sodass der EuGH auch nicht auf die Möglichkeiten einging, selbst bei Bestehen der Vergleichbarkeit von der Gewährung der Steuerbefreiung abzusehen. In seinem Folgeurteil hat der Hoge Raad jedoch mit Verweis auf das Urteil in *Fidelity Funds* entschieden, dass an Stelle einer Steuerbefreiung eine teilweise Erstattung der einbehaltenen Quellensteuer im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung eines kohärenten Steuersystems ausreichend sei, wobei die Höhe der Erstattung sich aus der Differenz der einbehaltenen Quellensteuer und der vom ausländischen Investmentfonds freiwillig gewählten Ersatzzahlung (der in Rn. 84 der Rs. *Fidelity Funds* erwähnten „vergleichbaren Steuer“) ergeben sollte. Diese Ersatzzahlung sei wiederum auf Grundlage der niederländischen ausschüttbaren Gewinne zu berechnen.³²

Zuletzt hat der EuGH mit seinem Urteil in der Rechtssache **AllianzGI-Fonds AEVN** (Rs. C-545/19) neuerlich – entgegen der Schlussanträge von GA Kokott – bestätigt, dass sich gebietsfremde Investmentfonds im Hinblick auf die Besteuerung von Dividenden mit ansässigen Investmentfonds in einer vergleichbaren Situation befinden, und zwar unabhängig davon, ob das mit der Befreiung von an inländische Fonds gezahlten Dividenden verfolgte Ziel des Investmentsteuersystems in der Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung oder in der Verlagerung der Besteuerung auf die Anteilsinhaber zwecks Sicherstellung von Steueraufkommen besteht, wenn die Bestimmungen ausschließlich auf die Ansässigkeit des Fonds abstellen.

²⁸ Rs. 156/17, Rn. 60.

²⁹ Rs. 156/17, Rn. 73.

³⁰ Rs. 156/17, Rn. 76.

³¹ Rs. 156/17, Rn. 81.

³² Hoge Raad, 23. Oktober 2020, 16/03954, 17/02428, 19/01141, ECLI:NL:HR:2020:1674; s. de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Commentaar op het arrest van de Hoge Raad van 23 oktober 2020 in de zaak Köln-Aktiefonds Deka betreffende de teruggaaf van dividendbelasting aan nietingezeten beleggingsfondsen.

3. Weitere für die Beurteilung relevante Rechtsprechungsentwicklungen

Neben den genannten, direkt zur Besteuerung von Fonds ergangenen Urteilen kommen weitere jüngere Rechtsprechungsentwicklungen durch den EuGH als für die vorliegende Untersuchung bedeutsam in Betracht.

In der Rechtssache **Sofina** (Rs. C-575/17) entschied der EuGH, dass die Erhebung einer Quellensteuer auf an einen gebietsfremden, im Jahr der Dividendenzahlung in einer Verlustsituation befindlichen Anteilsinhaber ausgezahlte Dividenden mit der Kapitalverkehrsfreiheit nicht vereinbar ist, wenn im vergleichbaren inländischen Fall die Dividenden mit solchen Verlusten verrechnet werden, woraus sich mindestens ein Liquiditätsvorteil, möglicherweise (nämlich soweit der Dividendenempfänger auch in Folgejahren keinen steuerlichen Gewinn ausweist) aber sogar ein permanenter Vorteil ergebe. Der EuGH scheint damit über seine bisherige Rechtsprechung weit hinauszugehen, wonach beschränkt Steuerpflichtigen im Grundsatz nur die Möglichkeit des Abzuges von Betriebsausgaben offenstehen muss und nur in besonderen Ausnahmefällen weitere, nicht unmittelbar mit der die Steuerpflicht begründenden Tätigkeit im Quellenstaat in Zusammenhang stehende Belastungen von diesem berücksichtigt werden müssen. Der EuGH hatte bisher noch keine Gelegenheit, die in diesem Urteil getroffenen Aussagen zu konkretisieren, weshalb die Folgen insbesondere für andere Fälle der beschränkten Steuerpflicht zum aktuellen Zeitpunkt nicht mit Sicherheit festgestellt werden können. Es wird jedoch im Schrifttum für das deutsche Steuerrecht die Konsequenz abgeleitet, dass ausländischen Dividendenempfängern eine Quellensteuerstundung gewährt werden müsse.³³

Die Entscheidung in der Rechtssache **A-Fonds** (C-598/17) ist ebenfalls von Interesse für die vorliegende Untersuchung. Dort hatte der EuGH über die Frage zu entscheiden, ob die Niederlande auf Grundlage der Kapitalverkehrsfreiheit zur Erstattung von Quellensteuer an eine ausländische Körperschaft öffentlichen Rechts verpflichtet werden können, obwohl die Erstattung eben dieser Steuer im Fall inländischer Körperschaften öffentlichen Rechts von der Kommission als verbotene Beihilfe qualifiziert worden war. Der EuGH entschied nicht über die – vom vorlegenden Gericht angenommene – Vergleichbarkeit der Situationen inländischer und ausländischer Körperschaften öffentlichen Rechts, sondern beschränkte sich auf die Feststellung, dass die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten auf dem Gebiet des Beihilfenrechts es dem nationalen Gericht nicht gestattet, die für das Funktionieren der Beihilferegulierung notwendige Ansässigkeitsvoraussetzung in Frage zu stellen.

In der Rechtssache **UBS Real Estate KAG mbh** (Rs. C-478/19 und C-479/19) entschied der EuGH im Anschluss an die Schlussanträge von GA Hogan vom 25. Februar 2021, dass die Beschränkung einer Steuerbefreiung auf geschlossene Immobilienfonds, welche sämtliche inländische Fonds umfasst, jedoch nicht jene ausländischen Immobilienfonds, die als offene Fonds gegründet wurden, eine rechtfertigbare indirekte Diskriminierung darstellt. Diese kann mit dem Ziel des Schutzes gegen systemische Risiken im Immobilienmarkt gerechtfertigt werden, sofern das nationale Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Regelung zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist und nicht über das dazu Erforderliche hinausgeht.

Bei der Rechtssache **Österreich / Deutschland** (Rs. C-591/17) ging es nicht um eine Form der Investmentfondsbesteuerung. Allerdings wurde in der Literatur mehrmals die Meinung

³³ Leich, IStR 2020, 121.

vertreten, dass die in diesem Urteil von der Großen Kammer des EuGH vorgenommene Analyse des Diskriminierungsverbots Risiken hinsichtlich der Einführung des InvStG 2018 birgt.³⁴ In Frage stand in jenem Fall die Einführung einer generellen Infrastrukturabgabe (der sog. PKW-Maut), welche von allen deutschen Autofahrern sowie von deutsche Autobahnen nutzenden ausländischen Autofahrern eingehoben wurde, wobei der von ersteren zu entrichtende Betrag dem höchsten der von letzteren zu bezahlenden Betrag entsprach. Trotz dieser scheinbaren Gleichbehandlung brachte Österreich vor, dass sich aus der gleichzeitig mit der PKW-Maut eingeführten Entlastung deutscher Fahrzeughalter durch eine Reduzierung der Kraftfahrzeugsteuer um den Betrag der Infrastrukturabgabe eine faktische Ungleichbehandlung ergebe: Die Zusammenschau der beiden Maßnahmen führe nämlich dazu, dass die wirtschaftliche Last der Infrastrukturabgabe „de facto nur auf den Haltern und Fahrern von in einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland zugelassenen Fahrzeugen ruht“³⁵. Der EuGH machte sich – entgegen der Auffassung von GA Wahl – diese Argumentation zu eigen und wies sämtliche von Deutschland vorgebrachte Einwände hinsichtlich fehlender Vergleichbarkeit und dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zurück: Überraschenderweise geht der EuGH dabei für die Feststellung der Vergleichbarkeit ausschließlich auf die Zielsetzung der Infrastrukturabgabe ein (und sieht die Tatsache, dass ausländische Fahrzeughalter in Deutschland nicht der Kraftfahrzeugsteuer unterliegen, als irrelevant an), zieht für den Belastungsvergleich jedoch die kombinierte Wirkung dieser Abgabe und der Reduktion der Kraftfahrzeugsteuer heran.³⁶ Für den EuGH war es offenbar bedeutsam für die kombinierte Betrachtung der Maßnahmen, dass die Kraftfahrzeugsteuerreduktion dem Betrag der Infrastrukturabgabe mindestens entsprach.³⁷ Das von Deutschland vorgebrachte Argument einer „Systemänderung“ durch Einführung der Infrastrukturabgabe lies der EuGH nicht gelten, da das vorgebliche Ziel dieser Systemänderung auf ein nutzenbasiertes Finanzierungssystem mit der konkreten Ausgestaltung der Abgabe nicht kohärent sei: Die Abgabe hängt nämlich für deutsche Autofahrer nicht von der Nutzung bestimmter Straßen ab, sodass das „Benutzerprinzip“ faktisch nur auf ausländische Autofahrer Anwendung findet, während für deutsche Autofahrer weiterhin das „Steuerfinanzierungsprinzip“ gelte.³⁸ Schließlich wies der EuGH auch den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems zurück: da der Ausgleichsmechanismus zu einer ausschließlichen Belastung ausländischer Fahrzeughalter führt, kann er nicht als kohärentes System für die gerechte Verteilung der Lasten angesehen werden.³⁹ Im Schrifttum wurde aus diesem Urteil gefolgert, dass die Kombination von Körperschaftsteuerbelastung von Investmentfonds mit einer Teilfreistellung bloß inländischer Anteilsinhaber zu einer gleichartigen „faktischen“ Diskriminierung führen könnte. Jedoch bestehen – ungeachtet der Tatsache, dass das Urteil des EuGH unseres Erachtens nicht überzeugen kann – einige wesentliche Unterschiede, auf die im Detail unten einzugehen sein wird: Zum einen kommt es nach § 20 InvStG insbesondere zu einer Steuerentlastung auf Ebene der Anteilsinhaber, während die Belastung auf Ebene der Investmentfonds vorliegt; auf jeder Ebene besteht für sich betrachtet jedoch eine mindestens gleich günstige Besteuerung des grenzüberschreitenden Falles. Zum

³⁴ Herr/Stiefel, IStR 2019, 929; insofern bestanden bereits vor dem Urteil Zweifel: s. Schrauf, PlStB 2018, 33; Nagler/Niedling/Patzner RdF 2017, 289; Rehm/Nagler, BB 2015, 2006; Rehm/Nagler, BB 2015, 1248.

³⁵ Rs. C-591/17, Rn. 48.

³⁶ Rs. C-591/17, Rn. 48-52.

³⁷ Rs. C-591/17, Rn. 44.

³⁸ Rs. C-591/17, Rn. 68.

³⁹ Rs. C-591/17, Rn. 77.

anderen wird im Falle des InvStG 2018 deutlicher ein „Systemwechsel“ vollzogen, da die pauschalierten Teilfreistellungen der Anteilsinhaber im Unterschied zur Reduktion der Kraftfahrzeugsteuer im PKW-Maut-Fall nicht zu einer gänzlichen Entlastung in Höhe der Körperschaftsteuer führen. Es besteht auch kein direkter tatbestandlicher Zusammenhang zwischen der Besteuerung des Investmentfonds und der Gewährung der Teilfreistellung.

Schließlich entschied der EuGH in der Rechtssache **College Pension Plan of British Columbia** (Rs. C-641/17), dass eine 15 %-ige endgültige Quellensteuerbelastung auf von kanadischen Pensionsfonds vereinnahmte Beteiligungserträge deutscher Kapitalgesellschaften gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, soweit für vergleichbare inländische Pensionsfonds eine (nahezu) vollständige Kapitalertragsteuererstattung erfolgt, da vereinnahmte Dividenden zwingend zu bildenden Rückstellungen für Pensionszahlungsverpflichtungen zugeführt werden. Ein gebietsfremder Pensionsfonds befindet sich nach Auffassung des EuGH insoweit in einer vergleichbaren Situation, soweit bezogene Dividenden entweder freiwillig oder auf Grundlage des in seinem Sitzstaat geltenden Rechts Rückstellungen für die Altersvorsorge zugewiesen werden.⁴⁰ In dem gleichen Urteil führte der EuGH auch aus, dass die Stillstandsklausel des Artikel 64 AEUV schon nach seinen sachlichen Anwendungsvoraussetzungen nicht greifen kann, da weder eine Direktinvestition noch eine Finanzdienstleistung vorlag: Pensionsfonds investieren in Portfolio-Beteiligungen zur Deckung ihrer Leistungsverpflichtungen gegenüber Versicherten, nicht als Erbringung einer Dienstleistung an diese.

4. Zusammenfassung des aktuellen Standes der Rechtsprechung zur Investmentfondsbesteuerung

Nach der angeführten Rechtsprechung ist für die Beurteilung der Besteuerungsregelungen auf grenzüberschreitende Tätigkeiten von im InvStG geregelten Investmentfonds die Kapitalverkehrsfreiheit als primär anwendbare Grundfreiheit anzusehen. Daraus folgt die Verpflichtung, eine steuerliche Gleichbehandlung innerhalb der von der Rechtsprechung abgesteckten Grenzen nicht nur in der Union bzw. dem EWR Raum, sondern auch gegenüber anderen Drittstaaten zur Anwendung zu bringen. Die Stillstandsklausel des Artikel 64 AEUV könnte zwar nach ihrem sachlichen Anwendungsbereich insoweit eingreifen, als es sich bei den in Frage stehenden Regelungen um solche handelt, welche Direktinvestitionen oder Finanzdienstleistungen betreffen; der EuGH hat dies für Investmentfonds dem Grunde nach bestätigt, soweit Vorschriften das Verhältnis zwischen Anleger und Investmentfonds betreffen,⁴¹ für Pensionsfonds hingegen abgelehnt.⁴² Soweit durch das InvStG 2018 eine Neugestaltung der Investmentfondsbesteuerung angestrebt wurde, ist eine Berufung auf die Stillstandsklausel aber schon in zeitlicher Hinsicht jedenfalls ausgeschlossen.

Die Vergleichbarkeit inländischer und ausländischer Investmentfonds hängt von den Zielsetzungen des anwendbaren nationalen Steuersystems ab, soweit diese in durch die nationalen Regeln aufgestellten maßgeblichen Unterscheidungskriterien einen tatbestandlichen Ausdruck gefunden haben.⁴³ Sofern mehrere Zwecke verfolgt werden – etwa die Neutralisierung mehrfacher Steuerbelastung einerseits und die Sicherstellung der Ausübung nationaler

⁴⁰ Rs. C-641/17, Rn. 81.

⁴¹ Rs. C-560/13. *Wagner-Raith*.

⁴² Rs. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia*.

⁴³ Rs. C-252/14, *Pensioenfond Metaal en Techniek*, Rn. 49; Rs. C-480/16, *Fidelity Funds*, Rn. 51; Rs. C-545/19, *AllianzGI-Fonds AEVN*, Rn. 60.

Steuerbefugnisse andererseits – stellt sich erstens die Frage, ob diese Zwecke für sich genommen aus Sicht der Grundfreiheiten neutral und damit als legitim anzusehen sind, und zweitens, ob sie im konkreten Steuersystem auch folgerichtig umgesetzt sind. Grundvoraussetzung einer Vergleichbarkeit ausländischer Steuerpflichtiger ist angesichts der generellen Zielsetzung des Ertragssteuerrechts, dass diese überhaupt einer Steuer unterworfen werden. Nur soweit diese Grundvoraussetzung erfüllt ist, stellt sich die Folgefrage, ob, ungeachtet der Heranziehung des grenzüberschreitenden Falles zur Besteuerung, die Vergleichbarkeit aus anderen Gründen entfällt (beispielsweise aufgrund relevanter regulatorischer Unterschiede⁴⁴ oder Grenzen der praktischen Durchführbarkeit eines Steuersystems aus Gründen der limitierten Besteuerungshoheit⁴⁵).

Ausnahmsweise hat der EuGH eine Vergleichbarkeit ausländischer und inländischer Personen hinsichtlich einer Steuerbegünstigung auch dort ausgemacht, wo für Nichtansässige gar keine Steuerpflicht bestand, da in diesem Fall eine Regelungstechnik angewendet wurde, wodurch eine Zusatzbelastung ausschließlich zu deren Lasten eingeführt wurde (Rs. C-591/17 **Österreich / Deutschland**). Die Übertragbarkeit letzterer Entscheidung auf die Einführung des InvStG 2018 wurde in der Literatur mehrfach vorgebracht und wird für die Beurteilung der Unionsrechtskonformität des Teilfreistellungssystems nach § 20 InvStG im Detail zu erläutern sein.

V. Besteuerung von Investmentfonds nach dem InvStG

1. Investmentfonds

a) Kurzdarstellung

Mit dem InvStG 2018 werden sowohl inländische als auch ausländische Investmentfonds (wie in § 1 InvStG definiert) der Körperschaftsteuerpflicht unterworfen, wobei inländische Investmentfonds als unbeschränkt steuerpflichtige Zweckvermögen gelten und ausländische (d.h. nach ausländischem Recht konstituierte) Investmentfonds als beschränkt steuerpflichtige Vermögensmassen (§ 6 Abs. 1 InvStG). Jedoch sind beide Arten von Investmentfonds nur mit inländischen Beteiligungseinnahmen, inländischen Immobilienerträgen und sonstigen inländischen Einkünften der Steuerpflicht unterworfen, ausländische Einkünfte bleiben generell außer Ansatz.

Die Körperschaftsteuer wird entweder im Wege der Veranlagung oder, soweit ein Kapitalertragsteuerabzug vorgesehen ist, durch einen abgeltenden Abzug in Höhe von 15 % erhoben, sofern der Investmentfonds dem Entrichtungspflichtigen eine vom zuständigen Finanzamt ausgestellte Statusbescheinigung vorlegt. Fehlt es an dieser Statusbescheinigung, beträgt der Kapitalertragsteuerabzug 25 % ohne Abgeltungswirkung. Eine unterschiedliche Behandlung zwischen inländischen und ausländischen Investmentfonds liegt auch insofern nicht vor.

Abweichend von der generellen Steuerpflicht der Investmentfonds besteht ein Wahlrecht zur Steuerbefreiung soweit begünstigte Anleger an dem (inländischen oder ausländischen) Investmentfonds beteiligt sind. Dabei handelt es sich um gemeinnützige Körperschaften, sowie jegliche Anleger, die ihre Anteile über Altersvorsorge- oder Basisrentenverträge halten, welche nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz zertifiziert sind. Insofern ist fraglich,

⁴⁴ Rs. C-190/12, *Emerging Markets*.

⁴⁵ Rs. C-252/14, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*.

ob in diesen Voraussetzungen für die generelle Steuerbefreiung von Investmentfonds eine unionsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung zu identifizieren ist.

Hinsichtlich inländischer Immobilienerträge sind (inländische und ausländische) Investmentfonds außerdem dann steuerbefreit, soweit *inländische* juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht über einen Betrieb gewerblicher Art (BgA) beteiligt sind, sowie soweit *andere* von der Körperschaftsteuer befreite Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen Anteile am Investmentfonds halten, wobei im letzteren Fall ausländische Anleger nur insoweit eine Steuerbefreiung vermitteln können, als sie Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden Staat aufweisen.

b) Europarechtliche Bedenken und Beurteilung

aa) Primärrecht

(1) Allgemeines

Soweit ersichtlich, werden in der einschlägigen Literatur keine Bedenken hinsichtlich der Unionsrechtskonformität der Fondseingangsbesteuerung nach dem InvStG vorgebracht.⁴⁶ Hinsichtlich des grundsätzlich unterschiedslos geltenden intransparenten Besteuerungssystems von Investmentfonds erübrigt sich eine nähere Untersuchung. Soweit jedoch Abweichungen von dem Grundsatz der Steuerpflicht vorgesehen sind, erweist sich eine nähere kritische Betrachtung als notwendig.

(2) Steuerbefreiung aufgrund begünstigter Anleger nach § 8 Abs. 1 und 2 InvStG

Die in § 8 Abs. 1 und 2 InvStG verankerte wahlweise Steuerbefreiung in- und ausländischer Investmentfonds, soweit bestimmte begünstigte Anleger an ihnen beteiligt sind, ist in mehreren Punkten aus Sicht der Kapitalverkehrsfreiheit zu hinterfragen. Die Zweifel unterscheiden sich hinsichtlich der Steuerbefreiung für sämtliche sonst steuerpflichtigen Einkünfte nach Abs. 1 einerseits und der Steuerbefreiung für inländische Immobilienerträge andererseits.

Der Rahmen der nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 InvStG eine Steuerbefreiung vermittelnden Anleger scheint dem Grunde nach diskriminierungsfrei ausgestaltet zu sein, da er auch „vergleichbare ausländische Anleger“ umfasst, soweit diese sowohl durch Sitz als auch durch Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden Staat ansässig sind. Damit werden jedenfalls alle vergleichbaren gemeinnützigen, mildtätigen und kirchlichen Körperschaften in EU-Mitgliedstaaten erfasst. Die Voraussetzung des Bestehens von Amts- und Beitreibungshilfe könnte allerdings als Beschränkung für in Drittstaaten ansässige Anleger verstanden werden, die aufgrund des weiten territorialen Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit ebenfalls von einer Gleichstellung profitieren müssen. Der EuGH anerkennt zwar in ständiger Rechtsprechung die durch diese zusätzlichen Voraussetzungen herbeigeführte Beschränkung mit Hinweis auf die Rechtfertigungsgründe der wirksamen steuerlichen Kontrolle und der Sicherstellung der Durchsetzung eines mitgliedstaatlichen Steueranspruchs,⁴⁷ prüft dabei aber auch die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung. So hat der EuGH in der Rechtssache *Haribo* darauf hingewiesen, dass der Gesetzeszweck der Feststellung einer steuerlichen Vorbelastung zur Beurteilung der Notwendigkeit der

⁴⁶ Siehe stellvertretend *Helios/Mann*, DB-Sonderausgabe 01/2016, 9: „Die vollständige Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Investmentfonds auf der Fondseingangsseite schließt Zweifel an der Europarechtskonformität des Investmentsteuerrechts von vornherein aus“.

⁴⁷ Z.B. Rs. C-101/05 A, Rs. C-436/08 & C-437/08 *Haribo & Salinen*.

Anwendung von Regelungen über die Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung nur das Vorliegen einer effektiven Amtshilfe voraussetzt, in Ermangelung einer auf die fraglichen ausländischen Körperschaften anzuwendenden inländischen Steuer aber keine Vollstreckungshilfe notwendig machen kann.⁴⁸ In gleicher Weise könnte auch im Fall der Steuerbefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 InvStG argumentiert werden, dass eine Besteuerung der im Ausland ansässigen Anleger hinsichtlich ihrer über die Beteiligung an einem Investmentfonds vereinnahmten Erträge mangels Begründung beschränkter Steuerpflicht durch solche Erträge gar nicht in Betracht kommt, sodass der von den Gesetzesmaterialien vorgebrachte Grund, bei zu Unrecht gewährten Vergünstigungen sei die Beitreibungshilfe für die Vollstreckung von Steuerforderungen notwendig (BT-Drucks. 18/8045, S. 70), ins Leere ginge. Dem kann aber wohl mit Erfolg entgegengehalten werden, dass sich eine Steuerforderung gegenüber dem ausländischen Anleger im Anwendungsfall des § 8 InvStG aus § 14 Abs. 1 InvStG ergibt, der eine gesamtschuldnerische Haftung des Anlegers für eben jenen zu Unrecht gewährten Steuervorteil statuiert. Dem Grunde nach sind die Voraussetzungen der Amts- und Beitreibungshilfe in dieser Vorschrift daher unionsrechtskonform.

In Frage gestellt werden könnte allenfalls die Voraussetzung, dass die Amts- und Beitreibungshilfe bei doppelt ansässigen Anlegern sowohl mit dem Staat des Sitzes als auch dem Staat der Geschäftsleitung bestehen muss. Diese Voraussetzung ist aber angesichts der größeren Schwierigkeit der Steuervollstreckung bei Fehlen von Beitreibungshilfe in nur einem jener Staaten ebenfalls nicht unverhältnismäßig, da aus Sicht Deutschlands nicht abstrakt bestimmt werden kann, welcher der beiden Staaten nach einem allenfalls zwischen diesen bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen den weitergehenden Steueranspruch geltend machen kann.

Unionsrechtlich auf den ersten Blick bedenklich erscheint auch die Steuerbefreiung von Investmentfonds, soweit Anleger ihre Beteiligung im Rahmen von nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG) zertifizierten Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen halten, gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG. Zwar stellt diese Befreiung weder auf die Ansässigkeit des Investmentfonds noch des Anlegers ab, allerdings könnte die Vorschrift zu einer Schlechterstellung drittstaatsansässiger Fonds führen, die, falls ihre Verträge nicht nach den Vorschriften des AltZertG zertifiziert werden können, durch die höhere Steuerlast darin beschränkt werden, effektiv inländische Anleger anzuziehen. In der Tat gelten zwar im Europäischen Wirtschaftsraum ansässige Lebensversicherungsunternehmen, Kreditinstitute sowie Verwaltungs- oder Investmentgesellschaften als potentiell zulässige Anbieter nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AltZertG, für drittstaatsansässige nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AltZertG hingegen nur Zweigstellen von Lebensversicherungsunternehmen oder Kreditinstituten mit Erlaubnis zum Betreiben des Einlagegeschäfts nach dem Kreditwesengesetz als zulässige Anbieter derartiger Verträge, denen die für die Steuerbefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG notwendige Zertifizierung nach §§ 5 oder 5a AltZertG erteilt werden kann. Ausländische Anbieter von Altersvorsorgeverträgen könnten allenfalls dann eine Zertifizierung für die Auflage von Basisrentenverträgen erlangen, wenn sie nach § 232 oder § 236 des Versicherungsaufsichtsgesetzes als solche anerkannt werden. Wie der EuGH kürzlich in seinem Urteil Rs. C-641/17 *College Pension Plan of British Columbia* festgehalten hat, sind vergleichbare ausländische Pensionsfonds bei der Besteuerung inländischer Einkünfte

⁴⁸ Rs. C-436/08, Rn. 73.

inländischen Pensionsfonds weitgehend gleichzustellen. Die hier vorliegende Frage liegt zwar etwas anders, da nicht die Besteuerung des Pensionsfonds, sondern jene deren ‚darunter‘ angesiedelten Investmentfonds angesprochen ist. Daraus folgt aber kein Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Besteuerung von Investmentfonds je nachdem, ob die Anleger inländische oder ausländische Pensionsfonds (bzw. deren Anleger) sind. Diese Bedenken könnten – sofern nicht ohnedies eine Zertifizierung nach dem AltZertG auch ausländischen Anbietern von Vorsorgeverträgen unter gleichen Bedingungen wie inländischen Anbietern möglich ist, was im Rahmen dieses Gutachtensentwurfs nicht geprüft wurde – ausgeräumt werden, indem auch in § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG ein Verweis auf über vergleichbare ausländische Altersvorsorgeverträge gehaltene Anteile eingefügt wird. Für die Vergleichbarkeit wäre insofern einerseits auf die nach dem AltZertG bestehenden regulatorischen Rahmenbedingungen abzustellen, andererseits könnte angesichts der Verbindung zwischen der Steuerfreiheit im Ansparzeitraum mit der Steuerpflicht bei Auszahlung von Renten aus dem Altersvorsorgevertrag auf eine gleichartige kohärente Steuerpflicht bei Zahlungen aus dem ansonsten vergleichbaren Vertrag abgestellt werden.

Im Hinblick auf die Steuerbefreiung inländischer Immobilienerträge von Investmentfonds nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG stellt sich die Frage, ob ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts (jPÖR) die Befreiung ebenso vermitteln können wie inländische jPÖR und, falls dies nicht der Fall sein sollte, ob darin ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten, insbesondere der Kapitalverkehrsfreiheit, zu sehen ist. Dagegen spricht, dass § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG im Unterschied zu § 8 Abs. 1 Nr. 1 InvStG keinen Verweis auf „vergleichbare ausländische“ jPÖR enthält. Jedoch könnten letztere unter § 8 Abs. 2 Nr. 2 InvStG subsumierbar sein. Dafür muss der dort einschränkende Verweis auf Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen „soweit sie nicht unter Nummer 1 fallen“ als nur für den ersten Satzteil, der sich auf *inländische* Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen bezieht, geltend gelesen werden. Dann wären ausländische jPÖR nämlich schlicht unter „vergleichbare ausländische Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen“ subsumierbar. Dies ist unseres Erachtens unionsrechtlich geboten, da die Kapitalverkehrsfreiheit auch Investitionen ausländischer öffentlich-rechtlicher Personen umfasst.⁴⁹ Ein den Ausschluss von der Begünstigung rechtfertigender Grund ist nicht ersichtlich.

Betreffend Bedenken zum Erfordernis der Ansässigkeit vergleichbarer ausländischer Körperschaften in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden Staat gilt das bereits oben ausgeführte.

(3) Verschmelzung unter Beteiligung ausländischer Investmentfonds nach § 23 InvStG

Die steuerneutrale Durchführung einer Verschmelzung von Investmentfonds ist nach § 23 auf Investmentfonds, die dem gleichen Recht unterliegen, eingeschränkt.⁵⁰ Es liegt insofern eine Ungleichbehandlung grenzüberschreitender Fälle im Vergleich zu reinen Inlandsfällen vor, da nur bei ersteren ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn im Verschmelzungszeitpunkt realisiert wird obwohl grenzüberschreitende Verschmelzungen aufsichtsrechtlich nach dem

⁴⁹ Siehe Reimer, in *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 7.99: keine Differenzierung der Kapitalverkehrsfreiheit nach Ansässigkeit oder Rechtsform, die damit „gleichsam entpersonalisiert“ ist.

⁵⁰ Dies ergibt sich für inländische Investmentfonds aus der in § 23 Abs. 1 InvStG enthaltenen Begrenzung der Steuerneutralität auf die Verschmelzung zweier inländischer Investmentfonds; für ausländische Investmentfonds folgt es aus der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzung des § 23 Abs. 4 InvStG.

KAGB zulässig sind. Diese Benachteiligung ergibt sich erstens auf Ebene der Investmentfonds selbst, soweit bei einer Verschmelzung steuerverstrickte Wirtschaftsgüter übertragen werden, da § 23 Abs. 1 InvStG nicht eingreift;⁵¹ das Gleiche gilt zweitens auf Ebene der inländischen Anleger, für welche die Ausgabe von Anteilen am übernehmenden Fonds als Tausch gilt, sofern nicht § 23 Abs. 3 InvStG zur Anwendung kommt, wohingegen Anleger bei einer rein inländischen Verschmelzung der tauschbedingten Besteuerung entgehen. Der Grundfall ist die (Hinaus-)Verschmelzung eines inländischen auf einen vergleichbaren ausländischen Investmentfonds. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist dieser Grundfall nicht von § 23 InvStG erfasst.

Diese Einschränkung erscheint im Licht der Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Verschmelzung bzw. Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften problematisch:⁵² Der Liquiditätsnachteil aus der unmittelbaren Besteuerung stiller Reserven im Zeitpunkt der Verschmelzung ist als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu bewerten. Der EuGH anerkennt zwar insofern die Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse verbunden mit einer zeitlichen Komponente als zulässigen Rechtfertigungsgrund soweit die Verschmelzung zum Verlust der Steuerhoheit führt. Erstens ist aber selbst in jenem Fall, um die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung zu wahren, wenigstens die Möglichkeit einer gewissen Steuerstundung zu gewähren.⁵³ Zweitens ergibt sich angesichts der vergleichbar gelagerten Steuerpflicht inländischer und ausländischer Investmentfonds, dass es zu keinem Verlust deutschen Besteuerungsrechts kommt: hinsichtlich steuerverstrickter Wirtschaftsgüter bleibt das Besteuerungsrecht Deutschlands auf Ebene der Investmentfonds unberührt; das Gleiche gilt für die Anlegerebene generell, da Deutschland das Besteuerungsrecht über Veräußerungsgewinne hinsichtlich ausländischer Investmentfondsanteile typischerweise gleichermaßen zukommt wie jenes über Veräußerungsgewinne hinsichtlich inländischer Investmentfondsanteile.

Neben dem Grundfall der Hinausverschmelzung eines inländischen Investmentfonds ist auch der einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zweier dem Recht verschiedener Staaten unterliegender Investmentfonds zu betrachten. § 23 Abs. 4 InvStG sieht für diese nur dann die Steuerneutralität (auf Ebene des Investmentfonds wie auch der Anleger) vor, sofern der übertragende und der übernehmende Investmentfonds dem gleichen Recht unterliegen. Darin liegt zwar gemessen am Wortlaut des § 23 Abs. 1 InvStG, welcher ebenfalls nur Verschmelzungen dem gleichen Recht unterliegender Investmentfonds (nämlich: inländischer) vorsieht, keine Ungleichbehandlung. Da sich nach der hier angestellten Analyse jedoch unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit ein Recht auf Hinausverschmelzung inländischer Investmentfonds ergibt, muss eine äquivalente Möglichkeit auch für ausländische Investmentfonds gewährleistet sein.

Das Erfordernis effektiver Amts- und Beitreibungshilfe ist auch als Voraussetzung der Anwendbarkeit günstiger Regeln für die Verschmelzung ausländischer Investmentfonds in den Blick zu nehmen. Noch deutlicher als im Fall der Steuerbefreiung nach § 8 InvStG ist hier allerdings ersichtlich, dass das Vorliegen von Amts- und Beitreibungshilfe ein notwendiges und verhältnismäßiges Mittel darstellt, um den Besteuerungsanspruch im Falle einer zu Unrecht

⁵¹ Insbesondere ist dies hinsichtlich deutscher Immobilien und einer deutschen Betriebstätte zurechenbarer Wirtschaftsgüter der Fall.

⁵² Vgl. Rs. C-201/06 *Cartesio*; Rs. C-371/10 *National Grid Indus.*

⁵³ S. a. Rs. C-164/12 *DMC*; Rs. C-657/13 *Verder LabTec*.

geltend gemachten Steuerstundung nach § 23 Abs. 1 InvStG sicherzustellen. Im Ergebnis ist daher vorzuschlagen, grenzüberschreitende Verschmelzungen inländischer wie auch ausländischer Investmentfonds auf Ebene der Investmentfonds wie auch der Anleger steuerneutral zuzulassen, sofern kein Besteuerungsrecht verloren geht und mit dem Staat des übernehmenden Investmentfonds hinreichende Amts- und Beitreibungshilfe zugunsten Deutschlands sichergestellt ist.

(4) De facto diskriminierende Belastung ausländischer Investmentfonds wegen fehlender Teilfreistellung auf der Fondsausgangsseite

In analoger Anwendung des Urteils C-591/17 (Österreich / Deutschland) könnte vorgebracht werden, dass die durch das InvStG 2018 neu eingeführte grundsätzliche Körperschaftsteuerpflicht für bestimmte inländische Einkünfte von Investmentfonds faktisch nur ausländische Investmentfonds belasten würde, da die in § 20 InvStG vorgesehenen Teilfreistellungen für inländische Investmentfonds als Ausgleich dienen. Den Gesetzesmaterialien ist schließlich zu entnehmen, dass diese Teilfreistellungen unter anderem⁵⁴ zur Kompensation dieser neu eingeführten Belastung konzipiert sind (BT-Drucks. 18/8045, S. 91). Dieses Argument ist jedoch leicht zu entkräften: Zum einen entlastet die Teilfreistellung der Anleger nicht den Investmentfonds; zum anderen erfolgt die Teilfreistellung unabhängig von der Ansässigkeit des Investmentfonds, da sie sich nach der Ansässigkeit (und damit der Steuerpflicht!) des Anlegers richtet.

Es muss daher an dieser Stelle weder auf die Frage eingegangen werden, ob die Entscheidung des EuGH in der genannten Rechtsache allgemeine Gültigkeit beanspruchen kann, noch, ob sie auf den Fall der miteinander verknüpften Besteuerung von Investmentfonds und Anteilseignern nach dem InvStG übertragen werden kann. Diesen Fragen werden im Rahmen der Beurteilung der Unionsrechtskonformität der Anteilsinhaberbesteuerung noch näher zu erläutern sein (siehe unten VI 2 a).

(5) Zwischenergebnis

Drei primärrechtliche Problempunkte bestehen hinsichtlich der Investmentfondsbesteuerung nach den §§ 6 - 24 InvStG: Erstens, die Einschränkung der Vermittlung der Steuerbefreiung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG auf Fälle, in denen Anteile über inländische Vorsorgeverträge gehalten werden. Zweitens, der Ausschluss ausländischer juristischer Personen des öffentlichen Rechts als eine Steuerbefreiung nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 InvStG vermittelnde Anleger, soweit diese nicht unter Nr. 2 fallen. Drittens, der gänzliche Ausschluss einer Steuerstundung im Fall der Verschmelzung eines inländischen Investmentfonds mit einem ausländischen EU-Investmentfonds nach § 23 Abs. 1 InvStG.

bb) Sekundärrecht

Die Investmentfondsbesteuerung nach dem InvStG ist auch auf ihre Vereinbarkeit mit einschlägigem Sekundärrecht der Europäischen Union zu überprüfen. In Betracht kommt

⁵⁴ Neben der Kompensierung für die KSt-Pflicht der Investmentfonds berücksichtigen die erhöhten Teilfreistellungssätze für Aktienfonds auch dem Ausgleich der weggefallenen Steuerbegünstigungen nach § 3 Nr. 40 EStG und § 8b (2) KStG, sowie allfällige steuerliche Vorbelastungen mit nicht vollständig anrechenbarer ausländischer Steuer.

dabei vor allem eine Überprüfung anhand der Bestimmungen der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD)⁵⁵ und jener der Mutter-Tochter-Richtlinie (MTRL)⁵⁶. Zu überprüfen ist jeweils die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Richtlinie sowie allfällige Unstimmigkeiten zwischen deren Anforderungen hinsichtlich der Befreiung oder Besteuerung bestimmter Erträge und den Regelungen des InvStG.

(1) Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD)

Die Anti-Missbrauchsrichtlinie ist nach ihrem Art. 1 Abs. 1 ungeachtet ihrer Rechtsform oder aufsichtsrechtlichen Einordnung auf alle der Körperschaftsteuer eines Mitgliedstaats unterliegenden Steuerpflichtigen anzuwenden. Da Investmentfonds nach § 6 Abs. 1 InvStG körperschaftsteuerpflichtig sind, ist die Richtlinie dem Grunde nach auf sie anwendbar. Investmentfonds werden in den meisten Fällen unter den in der ATAD definierten Begriff des „Finanzunternehmens“ (Art. 2 Abs. 5) fallen, für welche Mitgliedstaaten insbesondere die Anwendung der Zinsschrankenregelung nach Art. 4 ATAD ausschließen können.

Vor der Investmentsteuerreform enthielt § 19 InvStG 2004 Sonderregelungen für sog. Kapital-Investitionsgesellschaften. Insbesondere war der in § 7 Absatz 7 AStG a.F. geregelte Vorrang des Investmentsteuergesetzes gegenüber dem Außensteuergesetz bei Kapital-Investitionsgesellschaften nicht anwendbar. Vielmehr hat § 19 Absatz 4 Satz 1 InvStG 2004 explizit die Anwendbarkeit der §§ 7 bis 14 AStG a.F. vorgesehen. Damit konnten bei Kapital-Investitionsgesellschaften Hinzurechnungsbeträge nach § 10 Absatz 1 Satz 1 AStG a.F. anfallen, sofern die Voraussetzungen des AStG hierfür erfüllt waren. § 8 Absatz 2 AStG a.F. hat eine Hinzurechnungsbesteuerung ausgeschlossen, wenn die Kapital-Investitionsgesellschaft eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und der Steuerpflichtige dies nachweist. Im Zuge der Investmentsteuerreform wurden die Besteuerungsregelungen für Kapital-Investitionsgesellschaften abgeschafft und den allgemeinen Besteuerungsregelungen für Investmentfonds unterworfen. Aufgrund der Vorrangregelung in § 7 Absatz 7 AStG a.F. unterlagen die Anleger der früheren Kapital-Investitionsgesellschaften nicht mehr der Hinzurechnungsbesteuerung (mit Möglichkeit diese durch Nachweis nach § 8 Absatz 2 AStG a.F. abzuwenden), sondern generell der Besteuerung der Vorabpauschale nach § 18 InvStG 2018. In der Literatur haben einzelne Meinungen die Frage aufgeworfen, ob der Wegfall der Nachweismöglichkeit § 8 Absatz 2 AStG a.F. gegen das Unionsrecht verstoßen könnte.⁵⁷

Zutreffenderweise wurden diese Bedenken nicht im Hinblick auf die Vorschriften der ATAD geäußert – insofern stünde die Richtlinie gemäß Art. 3 ATAD einer strengeren „Zurechnungsvorschrift“ als der in Art. 7 ATAD vorgesehenen nicht entgegen – sondern im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten.⁵⁸ In diesem Zusammenhang sind die Bedenken im Ergebnis nicht nachvollziehbar: es kann als unstrittig gelten, dass diese „Zurechnungsregelungen“ (gemeint ist damit die ausschüttungsunabhängige

⁵⁵ Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuerungsvermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. L 193 vom 19.7.2016, S. 1, in der Fassung der Änderung durch Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017, ABl. L 144 vom 7.6.2017, S. 1.

⁵⁶ Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 345, 29.12.2011, S. 8, in der Fassung der Änderungen durch die Richtlinien 2013/13/EU, 2014/86/EU und 2015/121/EU.

⁵⁷ Patzner, Lässt das Investmentsteuerreformgesetz das Außensteuergesetz leerlaufen?, RdF 2015, 261; a.A. Haug, IStR 2016, 597

⁵⁸ Haisch, RdF 2015, 294; Haug, IStR 2016, 607.

Vorabpauschale gemäß § 18 InvStG) unterschiedslos für in- und ausländische Investmentfonds gelten,⁵⁹ sodass sich keine grundfreiheitsrelevante Ungleichbehandlung ergibt. Die allenfalls gemeinte Verschlechterung der steuerlichen Situation nach dem InvStG im Vergleich zur Situation der Anwendung des AStG ist insofern unbeachtlich.

Sekundärrechtliche Bedenken könnten sich jedoch auf den ersten Blick aus der Steuerbefreiung inländischer Investmentfonds hinsichtlich bestimmter beim Zahler abzugsfähiger Zahlungen ergeben (Unvereinbarkeit mit der Anti-Hybrid-Regelung des Art. 9 Abs. 2 ATAD), etwa im Fall ausländischer Zinseinkünfte, die nach § 6 Abs. 2 InvStG steuerbefreit sind. Jedoch ergibt sich bei näherer Betrachtung insofern ungeachtet der Möglichkeit eines Abzuges im Ausland ohne Besteuerung im Inland kein Risiko eines Unionsrechtsverstößes: Die Nichtbesteuerung folgt hier nämlich nicht aus einer hybriden Gestaltung gemäß Art. 2 Nr. 9 ATAD (keine unterschiedliche Qualifikation der Zahlung). Und selbst bei Vorliegen eines hybriden Elements würde es aufgrund der Steuerbefreiung des Fonds an der erforderlichen Kausalität fehlen.

(2) Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU)

Die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen für die Regelungen der MTRL sind in ihrem Art. 2 in Form dreier Kriterien definiert: Um in den Anwendungsbereich der Richtlinie zu kommen, müssen Gesellschaften eine im Anhang zur MTRL genannte nationale Rechtsform aufweisen, in einem Mitgliedstaat steuerlich ansässig sein und ohne Wahlmöglichkeit einer der in der Richtlinie genannten Körperschaftsteuern unterliegen. Alle drei Voraussetzungen können für inländische Investmentfonds erfüllt sein, da die von Deutschland in lit. f des Anhangs zur MTRL genannten Gesellschaften alle „nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaften, die der deutschen Körperschaftsteuer unterliegen“, umfassen. Da die inländischen Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds weit überwiegend Sondervermögen sind, kann die MTRL gleichwohl nur auf eine relativ kleine verbleibende Gruppe von Fonds anwendbar sein, die in der Rechtsform einer Investmentaktiengesellschaft oder GmbH aufgelegt werden. Steuerliche Ansässigkeit und Körperschaftsteuerpflicht ergeben sich in diesen Fällen aus der im InvStG vorgesehenen KSt-Pflicht; die auf bestimmte Einkünfte beschränkte sachliche Steuerbefreiung des § 6 Abs. 2 Satz 1 InvStG ist insofern als unschädlich zu betrachten.⁶⁰

Für ausländische Investmentfonds wird die Anwendbarkeit häufig ausgeschlossen sein. Wesentlich ist die steuerliche Behandlung im ausländischen Staat, an welche die Definition ausländischer Investmentfonds aber im Regelfall nicht anknüpft (Ausnahme: „fingierte“ Investmentfonds gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 InvStG). Soweit diese der Körperschaftsteuer unterliegen und nach einer in der Richtlinie genannten Rechtsform gebildet sind, kann die MTRL zur Anwendung gelangen. Wenn sie hingegen – was in vielen Staaten der Regelfall sein dürfte – vollständig steuerbefreit sind, sind die Rechtsfolgen der MTRL von vornherein nicht einschlägig.

Wesentliche sachliche Anwendungsvoraussetzung der MTRL ist das Vorliegen einer 10 % Beteiligung am Kapital einer Tochtergesellschaft. Für Spezial-Investmentfonds ist eine solche

⁵⁹ Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, Einführung zum InvStG Anm. 7; Helios/Mann, DB-Sonderausgabe 01/2016, 16.

⁶⁰ Kofler, in Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 14.22 f.

Beteiligung ausdrücklich durch § 26 Nr. 6 InvStG ausgeschlossen; dies gilt jedoch nicht für Investmentfonds im Allgemeinen.⁶¹ Es sind also jedenfalls Fälle denkbar, in denen das Beteiligungserfordernis erfüllt sein kann. Ebenso kann ein Anteilsinhaber i.S.d. Art. 3 MTRL an einem ausländischen Investmentfonds beteiligt sein, sofern dieser eine in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallende Rechtsform aufweist.

Für ausländische Investmentfonds, an die unter die MTRL fallende inländische Beteiligungserträge ausgeschüttet werden, gelten auch die entsprechenden deutschen Befreiungsbestimmungen des § 43b EStG. Insofern erscheint keine Gefahr eines Verstoßes gegen die Richtlinie.

Für inländische Investmentfonds, die ausländische Beteiligungserträge aus einer Schachtelbeteiligung erhalten, ist die Anwendung der deutschen MTRL-Umsetzungsregelung des § 8b KStG demgegenüber gemäß § 6 Abs. 6 InvStG ausgeschlossen. Ergibt sich daraus ein Verstoß gegen die Richtlinie? Im Grundfall stellt dieser Ausschluss von der Steuerbefreiung auf vereinnahmte Dividenden keinen Verstoß dar, da ausländische Beteiligungserträge ohnedies schon nach § 6 Abs. 2 InvStG nicht zu den steuerpflichtigen Einkünften eines Investmentfonds zählen. Es sind aber möglicherweise Fälle denkbar, in denen ausländische Gewinnausschüttungen einem inländischen Investmentfonds über eine inländische gewerbliche Betriebsstätte zufließen und daher gemäß § 6 Abs. 5 Nr. 1 InvStG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG steuerpflichtig sind.⁶² In diesem Fall führte die Besteuerung in Deutschland aber zu einem Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 lit. a MTRL, von der zur Herstellung der Unionsrechtskonformität Abstand zu nehmen wäre.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass im Fall von nach § 6 Abs. 2 InvStG steuerbefreiten ausländischen Gewinnausschüttungen die Nichtbesteuerung einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 lit. a MTRL darstellt, sofern die Gewinnanteile im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft steuerlich abzugsfähig waren. Da sich die Steuerbefreiung in diesem Fall nicht aus § 8b Abs. 1 KStG ergibt, greift auch der Ausschluss von der Steuerbefreiung für bei der leistenden Gesellschaft abzugsfähige Dividenden nicht. Art. 4 Abs. 1 lit. a MTRL verlangt aber nicht nur die Nichtanwendung der von der Richtlinie eingeführten Steuerbefreiung, sondern stipuliert die zwingende Besteuerung der Einkünfte.⁶³ Soweit die MTRL also auf einen inländischen Investmentfonds als Muttergesellschaft anwendbar ist, muss in diesem Fall abweichend von § 6 Abs. 2 InvStG eine Steuer erhoben werden. Dies bedarf einer gesetzlichen Verankerung, da eine unmittelbare Anwendbarkeit der MTRL zulasten der Steuerpflichtigen nicht in Betracht kommt.⁶⁴

(3) Zwischenergebnis

In besonders gelagerten Fällen ist es denkbar, dass die auf Investmentfonds anwendbaren Besteuerungsregeln nach dem InvStG in Konflikt zu sekundärrechtlichen Vorschriften treten. Insbesondere ist zu empfehlen, zur Beseitigung dieser Bedenken auch grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter der Voraussetzung hinreichender Amts- und Beitreibungshilfe eine

⁶¹ Vgl. *Mann*, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, InvStG 2018, § 6 Rn. 71.

⁶² So insbesondere die Ausführungen bei *Buge*, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20, § 29 InvStG Anm. 15.

⁶³ *Kofler*, in *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 14.57.

⁶⁴ Rs. C-321/05 Kofoed Rn. 42; zwar wurde dieser Grundsatz durch die EuGH-Urteile in Rs. C-115/16 und C-116/16 für Bestimmungen zur Missbrauchs-Vermeidung aufgeweicht, Art. 4 Abs. 1 lit. a MTRL fällt aber nicht unter dieser Kategorie.

steuerneutrale Behandlung zu gewährleisten. Die bei Anwendungsfällen der MTRL zwingende Steuerbefreiung für ausgeschüttete Gewinnanteile ausländischer Schachtelbeteiligungen, die nach dem Gesetz nach § 6 Abs. 5 InvStG der Steuerpflicht unterliegen könnten, kann kraft unmittelbarer Berufungsmöglichkeit auf die MTRL ohnedies zur Anwendung kommen. Es wäre aber zweifelsohne wünschenswert, diesen Fall gesetzlich klarzustellen. Die Steuerbefreiung des § 6 Abs. 2 InvStG kann außerdem zu weit gehen, wenn ein inländischer Investmentfonds ausländische Dividenden im Anwendungsbereich der MTRL vereinnahmt, die bei der leistenden Gesellschaft abzugsfähig waren. Insofern bedarf es jedenfalls einer gesetzlichen Umsetzung der Steuerpflicht, da eine unmittelbare Anwendung der MTRL zulasten des Steuerpflichtigen nicht in Betracht kommt.

2. Spezial-Investmentfonds

a) Kurzdarstellung

Soweit der Spezial-Investmentfonds nicht zur transparenten Besteuerung nach § 30 InvStG bzw. der Steuerbefreiung für inländische Immobilien und sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug in Verbindung mit einem Kapitalertragsteuerabzug auf der Fondsausgangsseite nach § 33 i.V.m. § 50 InvStG optiert, gelten gemäß § 29 InvStG die gleichen Regelungen wie für Investmentfonds, mithin das Trennungsprinzip. Im Folgenden ist daher vor allem auf die Besteuerungsregelungen im Falle der Ausübung der Transparenzoption bzw. Steuerbefreiung sowie besondere Abweichungen vom Grundsatz der Besteuerung nach §§ 6 und 7 InvStG einzugehen. Ansonsten gelten die Ausführungen zu Investmentfonds entsprechend.

b) Unionsrechtliche Bedenken und Beurteilung

aa) Primärrecht

(1) Bei Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds

Soweit ersichtlich, wurden im Schrifttum bisher keine unionsrechtlichen Bedenken gegen die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds vorgebracht. Die im Rahmen der Besteuerung von Investmentfonds erörterten Bedenken hinsichtlich der Vermittlung einer Steuerbefreiung durch begünstigte ausländische Anleger gemäß § 8 Abs. 1 und Abs. 2 InvStG sind auf den Fall von Spezial-Investmentfonds nicht übertragbar, da § 8 InvStG überhaupt nicht anzuwenden ist. Die hinsichtlich der Einschränkung einer begünstigten Verschmelzung auf im gleichen Staat ansässige Investmentfonds geltend gemachten Einwände sind hingegen auch auf den Fall der Spezial-Investmentfonds anzuwenden, da § 54 InvStG vollumfänglich auf die Vorschriften des § 23 Abs. 1 und 4 InvStG verweist.

Die Nichtanwendung (gemäß § 29 Abs. 3 InvStG) von Befreiungsbestimmungen, welche vom Erreichen einer 10 %-Kapitalbeteiligung abhängen – insbesondere die Bestimmungen des § 8b Abs. 1 i.V.m. 4 KStG und § 43b EStG – löst auf den ersten Blick jedenfalls keine primärrechtlichen Bedenken aus, da auch im reinen Inlandsfall keine Steuerbefreiung zur Anwendung kommt. Gleiches gilt im Hinblick auf die Erhebung von Kapitalertragsteuer auf inländische Beteiligungserträge im Fall des (nach § 26 Nr. 6 InvStG unzulässigen) Erreichens der 10 %-Beteiligung: Zum einen würde aufgrund der Wirkung des § 29 Abs. 3 InvStG in diesem Fall Kapitalertragsteuer sowohl auf inländische als auch auf ausländische Spezial-Investmentfonds erhoben, zum anderen gilt für beschränkt und unbeschränkt steuerpflichtige Spezial-Investmentfonds gemäß § 7 Abs. 2 InvStG die gleiche Abgeltungswirkung.

(2) Bei Steuerbefreiung des Spezial-Investmentfonds

Die Option zur transparenten Besteuerung nach § 30 Abs. 1 InvStG gilt für Spezial-Investmentfonds unabhängig von ihrer Ansässigkeit bzw. Einordnung als inländische oder ausländische Spezial-Investmentfonds. Denkbar wäre somit höchstens eine faktische Ungleichbehandlung, die sich im Hinblick auf die Ausführungen des EuGH in den Rs. *Fidelity Funds* und *Köln-Aktienfonds Deka* aus besonders strengen Anforderungen für die Geltendmachung der Transparenzoption ergeben könnten.⁶⁵ § 30 Abs. 1 InvStG stipuliert jedoch keine Anforderungen, die von ausländischen Spezial-Investmentfonds nicht oder nur mit besonderen Schwierigkeiten erfüllt werden könnten. Voraussetzung ist schließlich nur die Abgabe einer Erklärung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen und die Angabe von Informationen für die Erstellung einer Steuerbescheinigung, die für den Spezial-Investmentfonds angesichts der begrenzten Anlegerzahl unschwer zu beschaffen sein wird. Ein *de facto* Ausschluss gebietsfremder Investmentfonds, diese Bedingungen erfüllen zu können, ist nicht zu argumentieren.

Auch für die Steuerbefreiung bei nicht der Kapitalertragsteuer unterliegenden Einkünften nach § 33 Abs. 1 InvStG ergibt sich im Ergebnis das gleiche Bild der Unionsrechtskonformität. In diesen Fällen (bei inländischen Immobilienerträgen und sonstigen inländischen Einkünften) muss der Spezial-Investmentfonds zur Erlangung der Steuerbefreiung eine Kapitalertragsteuer nach § 50 InvStG einbehalten und abführen. § 50 InvStG sieht aber nur den Kapitalertragsteuerabzug von inländischen Spezial-Investmentfonds vor, da nach Auffassung des Gesetzgebers ausländische Gesellschaften nicht dazu verpflichtet werden können.⁶⁶ Es kann dahin gestellt bleiben, ob dies zutreffend ist.⁶⁷ Einerseits sehen Gesetzgeber und Verwaltung vor, die Vornahme eines freiwilligen Steuerabzuges insofern gelten zu lassen, sodass auch ausländische Spezial-Investmentfonds ein Weg zur Steuerbefreiung offensteht, der im Sinne der EuGH Rechtsprechung nicht zu einer „de facto“ Ungleichbehandlung führt. Dies umso mehr, als der EuGH selbst auf die Möglichkeit der freiwilligen Einbehaltung einer äquivalenten Steuer als weniger beschränkende Maßnahme gegenüber der Verweigerung einer Steuerbefreiung im Rahmen der Kohärenzprüfung hingewiesen hat. Andererseits, selbst wenn sich angesichts des Gesetzeswortlauts Zweifel an der Möglichkeit eines steuerbefreienden freiwilligen „Steuerabzuges“ ergeben können, folgt insofern auch aus einer notwendigen unionsrechtskonformen Auslegung, dass der Verweis auf eine Kapitalertragsteuer gemäß § 50 InvStG in diesem Sinne zu interpretieren ist.

Zusammenfassend ergeben sich somit für die Regelungen über die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds keine primärrechtlichen Bedenken.

bb) Sekundärrecht

(1) Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD)

Übt ein Spezial-Investmentfonds sowohl die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 InvStG als auch die wahlweise Befreiung mit Ausgangs-KESt-Abzug nach § 33 Abs. 1 InvStG aus, so entfällt mit der Körperschaftsteuerpflicht des Spezial-Investmentfonds auch die Anwendbarkeit der ATAD. Soweit ein Spezial-Investmentfonds hingegen nach § 29 InvStG

⁶⁵ Vgl. Rs. C-156/17 *Köln-Aktienfonds Deka*, Rn. 60

⁶⁶ BT-Drucks. 18/8045, S. 97.

⁶⁷ Kritisch *Neumann*, DB 2016, 1781.

i.V.m. §§ 6 und 7 InvStG besteuert wird, gelten die zur Vereinbarkeit der Besteuerung von Investmentfonds getätigten Aussagen mutatis mutandis.

(2) Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU)

Übt ein Spezial-Investmentfonds sowohl die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 InvStG als auch die wahlweise Befreiung mit Ausgangs-KEST-Abzug nach § 33 Abs. 1 InvStG aus, so entfällt mit der Körperschaftsteuerpflicht des Spezial-Investmentfonds auch die Anwendbarkeit der MTRL. Wird die Transparenzoption hingegen nicht aktiviert, könnte sich ebenfalls die Frage stellen, ob die daraus folgende Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds nicht aufgrund seiner Optionalität zum Ausschluss der Anwendbarkeit der MTRL führt. Art. 2 (a) (iii) MTRL verlangt eine Steuerpflicht „ohne Wahlmöglichkeit“. Wenngleich die Frage noch nicht gerichtlich geklärt wurde, sprechen die besseren Argumente dafür, dass im Fall einer bloßen Initialwahlmöglichkeit, die nicht widerrufen werden kann, die Anwendung der Richtlinie nicht ausgeschlossen ist.⁶⁸

Soweit ein Spezial-Investmentfonds nach den Bestimmungen der §§ 6 und 7 InvStG der Körperschaftsteuer unterworfen ist, gilt für die Anwendbarkeit der MTRL das oben Ausgeführte mit der Einschränkung, dass Spezial-Investmentfonds gemäß § 26 Nr. 6 InvStG keine Beteiligungen an Kapitalgesellschaften von 10 % aufweisen dürfen. Diese Beschränkung wurde vom Gesetzgeber speziell zum Ausschluss der Anwendbarkeit der MTRL eingeführt.⁶⁹ § 29 Abs 3 InvStG flankiert diese Vorschrift mit der Anordnung, dass auch bei tatsächlicher Überschreitung der 10 %-Beteiligungsgrenze keine Besteuerungsregeln anzuwenden sind, die eine derartige Grenze als Anwendungsvoraussetzung vorsehen. Die Vereinbarkeit insbesondere dieser Bestimmung mit der MTRL ist hier näher zu untersuchen.

Soweit ein inländischer Investmentfonds ausländische Beteiligungserträge erhält, scheint sich auf den ersten Blick kein Widerspruch zur MTRL ergeben zu können, da diese generell aus der Steuerpflicht ausgenommen sind. Wie aber bereits oben ausgeführt wurde, tritt, falls ein inländischer Investmentfonds über eine inländische gewerbliche Betriebsstätte an einer ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligt ist, eine Steuerpflicht auch für ausländische Dividenden nach § 6 Abs. 5 InvStG ein. Sowohl § 6 Abs. 6 als auch § 29 Abs. 3 InvStG schließen in diesem Fall eine Steuerbefreiung im Wege der Anwendung des § 8b KStG aus. Soweit die Anwendungsvoraussetzungen der MTRL aber erfüllt sind, kann sich der inländische Spezial-Investmentfonds unmittelbar auf die Richtlinie berufen. Das gleiche gilt, soweit ein ausländischer Spezial-Investmentfonds Dividenden einer ausländischen Tochtergesellschaft erhält, an der eine Kapitalbeteiligung von mindestens 10 % über eine in Deutschland gelegene Betriebsstätte besteht. Neuerlich schließen sowohl § 6 Abs. 6 InvStG als auch § 29 Abs. 3 InvStG die Anwendung von § 8b KStG aus, Art. 4 Abs. 1 MTRL führt aber zur Steuerbefreiung.

Erhält ein ausländischer Spezial-Investmentfonds mit 10 %-Beteiligung eine Gewinnausschüttung von einer deutschen Tochtergesellschaft, so sind gemäß § 29 Abs. 3 InvStG keine Besteuerungsregelungen, die eine 10 %-Beteiligung voraussetzen, anzuwenden. Demnach würde in diesem Fall § 43b EStG nicht zur Anwendung gelangen, obwohl bei Erfüllung der Anwendungsvoraussetzungen an einer „Muttergesellschaft“ gemäß Art. 2 und 3 MTRL eine

⁶⁸ Kofler, in *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 14.21.

⁶⁹ BT-Drucks. 18/68, S. 42.

Befreiung von Quellensteuer nach Art. 5 MTRL zu gewähren ist. Die Verletzung der Voraussetzungen eines „Spezial-Investmentfonds“, insbesondere durch Überschreiten der 10 %-Beteiligung, führt aber nicht zur Unanwendbarkeit der MTRL.⁷⁰ Der ausländische Spezial-Investmentfonds kann sich also direkt auf die MTRL berufen, um eine Quellensteuerentlastung zu erlangen.

VI. Anlegerbesteuerung nach dem InvStG

1. Kurzdarstellung

a) Investmentfonds

Für die Besteuerung auf Anlegerebene über die von Investmentfonds erhaltenen Erträge sind die Regelungen der §§ 16-22 InvStG einschlägig.

Bei Investmentfonds ist grundsätzlich zwischen inländischen (ansässigen) und ausländischen (nichtansässigen) Anlegern zu unterscheiden. Letztere unterliegen nämlich mangels beschränkter Steuerpflicht nach § 49 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG grundsätzlich keiner Belastung. Dabei ist es gleichgültig, ob sie Anteile an inländischen oder ausländischen Investmentfonds halten. Soweit nichtansässige Anleger eine Beteiligung über eine inländische Betriebsstätte halten, der die Beteiligung zuzurechnen ist, werden sie wie ansässige Anleger besteuert. Im Fall inländischer Anleger wiederum ist zwischen Erträgen von inländischen und ausländischen Investmentfonds zu unterscheiden: Zwar unterliegen beide gleichermaßen der Steuerpflicht und auch dem Kapitalertragsteuerabzug, jedoch kommen nur bei Ausschüttungen ausländischer Investmentfonds (§ 16 Abs. 4 InvStG) – bei Erfüllung zusätzlicher Kriterien hinsichtlich der im Ausland erhobenen Steuer – DBA-Befreiungen zur Anwendung. Der Steuerpflicht unterliegen in jedem Fall die Ausschüttungen des Investmentfonds, die Vorabpauschalen und Gewinne aus der Veräußerung der Investmentanteile. Soweit eine Steuerpflicht besteht, gilt gemäß § 20 InvStG eine Teilfreistellung, deren Höhe sich nach den Anlagebedingungen des Investmentfonds bzw. auf gesonderten Antrag nach den tatsächlichen Anlagen ermittelt.

b) Spezial-Investmentfonds

Für die Besteuerung der Einkünfte von Anlegern in Spezial-Investmentfonds gelten weitgehend die Regeln des alten Investmentsteuerrechts fort. Die konkreten Bestimmungen sind in §§ 34-51 InvStG festgelegt.

Zuerst ist bei Spezial-Investmentfonds zwischen der Situation der transparenten Besteuerung und jener ohne Ausübung der Transparenzoptionen zu unterscheiden. Ohne Transparenz kommt es in weitgehender Übereinstimmung mit dem vor dem InvStG 2018 geltenden System zur Besteuerung von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen sowie Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen inländischer Anleger. Für ausländische Anleger fehlt es hingegen an der beschränkten Steuerpflicht hinsichtlich dieser Einkünfte (§§ 49 i.V.m. 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG). Soweit Anleger der Steuerpflicht unterliegen, sieht § 42 InvStG Begünstigungen in Form von (Teil-)Freistellungen in bestimmten Fällen vor, um eine überschießende Mehrfachbelastung zu vermeiden und dem Ziel der Neutralität zwischen

⁷⁰ Sie löst nach dem BMF-Anwendungsschreiben auch nicht die Rechtsfolge der Auflösung des Spezial-Investmentfonds nach § 52 InvStG 2018 aus, da es sich bei Überschreiten der Grenze um keinen „wesentlichen Verstoß“ gegen Anlagebedingungen handeln soll; siehe BMF-Schreiben IV C 1 – S 1980-1/19/10008:011 Rz. 26.39.

direkter und indirekter Anlage Rechnung zu tragen. Die Anwendbarkeit und Höhe der Freistellungen richtet sich – im Unterschied zu den Teilfreistellungen nach § 20 InvStG für Investmentfondserträge – nach der Art der Erträge und nicht nach den Anlagebedingungen des Fonds. Unionsrechtlich untersuchungswürdig erscheint dabei vor allem die Ausnahme von der Anwendung der Befreiungsbestimmungen des § 8b KStG für Kapitalerträge von „nicht vorbelasteten“ Körperschaften im Hinblick auf die MTRL, sowie die Rückausnahme dieses Ausschlusses für als vorbelastet geltenden REIT-Dividenden (§ 42 Abs. 3 InvStG).

Wird die Transparenzoption des § 30 InvStG ausgeübt, so gelten die Beteiligungseinnahmen des Spezial-Investmentfonds als den Anlegern direkt zugerechnet. § 30 Abs. 2 InvStG sieht für diesen Fall ebenfalls Beschränkungen hinsichtlich der Befreiungsbestimmungen des § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG vor. Unionsrechtlich sind diese Einschränkungen nicht zu beanstanden, da sie nur inländische Anleger im Hinblick auf inländische Beteiligungserträge betreffen.

2. Unionsrechtliche Bedenken und Beurteilung

a) Teilfreistellung bloß bei steuerpflichtigen Anlegern

Im Schrifttum wurde bisher vor allem wiederholt die These geäußert, dass sich aus der Einschränkung der Teilfreistellung nach § 20 InvStG auf inländische Anleger eine faktische Diskriminierung derart ergeben könnte, dass in Zusammenschau mit der neu eingeführten Körperschaftsteuerpflicht von Investmentfonds die Reform des Investmentsteuerrechts insgesamt ausschließlich zum Nachteil ausländischer Anleger erfolgt ist, was insbesondere im Licht des PKW-Maut-Urteils des EuGH unzulässig sein könnte.⁷¹ Die überzeugendere Auffassung im Schrifttum lehnt dies jedoch ab.⁷²

Tatsächlich fehlt es schon im Ausgang an einer Ungleichbehandlung auf Grundlage der Ansässigkeit: die Teilfreistellung gilt nämlich auch für nichtansässige Anleger, sofern sie der Steuerpflicht unterliegen, etwa weil sie ihre Beteiligung über eine inländische Betriebsstätte halten. Nach der Rechtsprechung des EuGH hängt die Vergleichbarkeit inländischer und ausländischer Anleger grundsätzlich von deren Steuerpflicht ab: nichtansässige Anleger, die nicht der Steuer unterliegen, sind mit ansässigen Anlegern, die der Steuer unterliegen, schlichtweg nicht vergleichbar. Ein Ausschluss von der Teilfreistellung kann daher auch keine Diskriminierung im Sinne der Grundfreiheiten begründen.⁷³

An diesem Befund ändert auch das zwischenzeitlich ergangene Urteil des EuGH in der Rechtssache *Österreich / Deutschland* (Rs. C-591/17) nichts. Zugegebenermaßen hätte man angesichts der hier soeben getroffenen Einordnung hinsichtlich der Vergleichbarkeitsprüfung auch in jenem Fall erwarten sollen, dass keine Diskriminierung festzustellen gewesen wäre: ausländische Fahrzeughalter wurden nämlich von Deutschland nicht der Kraftfahrzeugsteuer unterworfen, sodass die Tatsache, dass eine Reduzierung dieser Abgabe nur inländischen Autofahrern zugute kam, ohne Bedeutung hätte sein sollen, da es sich um nicht vergleichbare Situationen handelte. In der Tat hatte so auch noch der GA argumentiert, der das Vorbringen

⁷¹ *Rehm/Nagler*, BB 2015, 1245; *Rehm/Nagler*, BB 2015, 2006; *Patzner/Nagler*, IStR 2016, 729; *Schrauf*, PStB 2018, 33; zweifelnd *Herr/Stiefel*, IStR 2019, 929; offen bei *Remmel* in *H/H/R*, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20, § 20 InvStG Anm. 1.

⁷² *Helios/Mann*, DB-Sonderausgabe 01/2016; *Anzinger*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8045, S. 4; *Mann* in *Blümich*, InvStG 2018 § 20 Rn. 6.

⁷³ Vgl. *Mann*, in *Brandis/Heuermann*, 159. Lfg. Oktober 2021, § 20 InvStG Rn. 6: mangels Steuerpflicht ausländischer Anleger kann fehlende Teilfreistellung keine Diskriminierung begründen.

Österreichs als „paradox“ zurückgewiesen hatte.⁷⁴ Dass der EuGH dieser überzeugenden Analyse nicht gefolgt ist, könnte daher Zweifel daran aufkommen lassen, dass die Tatsache fehlender beschränkter Steuerpflicht einen ausreichenden Grund für die Unionsrechtskonformität darstellt. Jedoch unterscheidet sich die Situation des InvStG 2018 in mehreren wesentlichen Umständen von jener der in Rs. C-591/17 verfahrensgegenständlichen Infrastrukturabgabe: Erstens handelt es sich im Falle der Investmentfondsbesteuerung um verschiedene Besteuerungsebenen (1. Investmentfonds, 2. Anleger), die für sich betrachtet höchstens als den Inlandsfall benachteiligend einzustufen wären, während im PKW-Urteil die gleiche Besteuerungsebene angesprochen war, wenn auch von verschiedenen Abgaben. Kritisch könnte gegen die Bedeutsamkeit dieser Unterscheidung eingewendet werden, dass durch das InvStG 2018 als Gesamtsystem ein systematischer Zusammenhang zwischen den beiden Besteuerungsebenen eingeführt wird, welche eine Zusammenschau der beiden Besteuerungsebenen mindestens nahelegt: Das Ziel des Gesetzes ist schließlich gerade die Neutralität der Investition über einen Investmentfonds im Vergleich zur Direktinvestition, sodass eine Trennung der Besteuerungsebenen dem Zweck des Steuersystems zuwiderliefe. Andererseits sind die Teilfreistellungen aber in keiner Weise an die Steuerpflicht des Investmentfonds selbst geknüpft, sondern an die Steuerpflicht der Investmentfondserträge bei dessen Anleger. Darüber hinaus erfolgt, zweitens, im Fall der Teilfreistellung nach § 20 InvStG keine vollständige, sondern nur eine pauschale Entlastung von der Körperschaftsteuer auf Investmentfondsebene, die in bestimmten Fällen auch für inländische Anleger zu einer weniger günstigen Besteuerung gegenüber dem System vor der Reform führen kann.⁷⁵ Im PKW-Maut-Urteil hatte der EuGH der Tatsache, dass inländische Fahrzeughalter durch die Reform des Finanzierungssystems in keinem Fall schlechter als zuvor gestellt werden konnten, woraus sich die alleinige Belastung ausländischer Autofahrer ergab, als wesentliches Entscheidungselement angesehen.⁷⁶ Dadurch ist, drittens, im Fall der Einführung des InvStG 2018 das Argument einer „Systemumstellung“ wesentlich überzeugender als im Fall der PKW-Maut zu aktivieren. Für den notwendigen Belastungsvergleich zur Feststellung einer Ungleichbehandlung zwischen Inlandsfall und grenzüberschreitendem Fall ist daher nur auf das zum jeweiligen Zeitpunkt geltende System abzustellen. Im durch das InvStG 2018 eingeführten System der Teilfreistellungen ist aber für sich gesehen keine Schlechterstellung ausländischer Anleger zu sehen.

Darüber hinaus wird die Entscheidung des EuGH in Rs. C-591/17 im Ergebnis als Sonderfall einzuordnen sein. Es war auch in diesem Fall unstrittig, dass das von Deutschland eingeführte System einer von in- und ausländischen Autofahrern einzuhebenden Infrastrukturabgabe ebenso zulässig ist wie die freie Festlegung des anwendbaren Steuersatzes im Rahmen einer Kraftfahrzeugsteuer. Allein die direkte Verknüpfung zweier Maßnahmen, die auf die jeweils *gleichen* Steuerpflichtigen Anwendung fanden und im Ergebnis zur *ausschließlichen* Belastung ausländischer Autohalter führte, kann als Grund für die dogmatisch schwer nachvollziehbare und daher nicht verallgemeinerbare Entscheidung des EuGH in jenem Fall angesehen werden. Weitere Fragen, die sich im Zusammenhang mit differenzierenden Regelungen im Hinblick auf die unterschiedlichen Teilfreistellungssätze stellen, welche von den Anlagebedingungen der Investmentfonds abhängig sind, sind noch gesondert zu untersuchen (s unten e).

⁷⁴ Schlussanträge von GA Wahl in Rs. C-591/17, Rn. 57.

⁷⁵ Anzinger, FR 2016, 101.

⁷⁶ EuGH Rs. C-591/17, Rn. 44.

b) Befreiung bestimmter Investmenterträge nach § 16 Abs. 2 InvStG

Investmenterträge, die im Rahmen von nach dem AltZertG zertifizierten Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden, werden von der Steuer befreit. Dies gilt gleichermaßen für inländische und ausländische Anleger, sodass insofern keine Diskriminierung sichtbar ist.

Allerdings könnte sich eine mittelbare Beschränkung daraus ergeben, dass das Gesetz die Steuerbefreiung auf nach deutschem Recht zertifizierte Verträge beschränkt, welche von ausländischen Anbietern nicht ohne weiteres aufgelegt werden können.⁷⁷ Sofern die Bedingungen für die Zertifizierung von Alters- und Basisrentenverträgen als solche unionsrechtskonform sind, ist jedenfalls nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb das InvStG eine Erweiterung der Befreiung auf andere (bloß „vergleichbare“) Verträge vorsehen müsste.

c) Nichtanwendung von § 8b KStG nach § 16 Abs. 3 InvStG

Nach § 16 Abs. 3 InvStG sind auf Investmenterträge die Bestimmungen des § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG nicht anzuwenden. Diese Regelung ist laut Gesetzesbegründung rein deklaratorisch, da die Investmenterträge ohnedies nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG nicht zu den unter diesen Befreiungsbestimmungen fallenden Einkünften zählen.⁷⁸

Aus unionsrechtlicher Perspektive ist aber fraglich, ob dies auch in dem Fall gelten kann, in dem eine inländische Kapitalgesellschaft derartige Einkünfte aus einer Beteiligung von wenigstens 10 % an einem ausländischen Investmentfonds erhält, der unter den Anwendungsbereich der MTRL fällt, also insbesondere – entgegen der derzeit vorherrschenden Praxis – in seinem Ansässigkeitsstaat der Körperschaftsteuer unterliegt. Die Einordnung der Investmentfondsausschüttungen als besondere Einkünftekategorie und nicht als „Dividende“ ist für die Anwendung der MTRL jedenfalls ohne Bedeutung. Der Begriff der „Gewinnausschüttung“ der MTRL ist weiter als der Begriff der Dividende und autonom auszulegen, da Mitgliedstaaten ansonsten die Effektivität der MTRL durch inländische Definitionen untergraben könnten.⁷⁹ Soweit die Anwendungsvoraussetzungen der MTRL erfüllt sind (insb. die Ansässigkeit und Steuerpflicht des ausländischen Investmentfonds im Sitzstaat, sowie die Voraussetzungen der hinreichenden Kapitalbeteiligung des Anlegers nach Höhe und Dauer) muss auf die Gewinnausschüttung des Investmentfonds eine Befreiung gewährt werden. Die Steuerbefreiung ergibt sich in diesen Fällen aus der unmittelbaren Berufungsmöglichkeit auf die MTRL. Eine gesetzliche Klarstellung wäre wünschenswert.

d) DBA-Freistellung nur bei 10 % Ertragsbesteuerung nach § 16 Abs. 4 InvStG

Im Ausschluss der DBA-Freistellung gemäß § 16 Abs. 4 InvStG erscheint schon auf den ersten Blick keine grundfreiheitrelevante Diskriminierung erkennbar: Zwar gilt der Ausschluss nur für Ausschüttungen eines ausländischen Investmentfonds; allerdings kommt es auch bei Ausschüttungen von inländischen Investmentfonds zu keiner Freistellung, sodass es an einer Ungleichbehandlung fehlt. Soweit es bei der Ausschüttung inländischer Investmentfonds zur Freistellung kommt, ist dies auf den Status des Anlegers bzw. der Form der Anlage nach

⁷⁷ Siehe bereits oben zur gleichen – hier nicht abschließend geprüften – Problematik hinsichtlich der Steuerbefreiung für Investmentfonds, deren Anteile im Rahmen derartiger Verträge gehalten werden.

⁷⁸ BT-Drucks. 18/8045, S. 86 f.; s. Wenzel, in Brandis/Heuermann, 149. Lfg. 2019, § 16 InvStG Rn. 22; Helios/Mann, DB-Sonderausgabe 01/2016, 14.

⁷⁹ Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 7 Rn 40-41; Kofler, in Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 14.41.

§ 16 Abs. 2 InvStG zurückzuführen; die Klassifizierung des Investmentfonds als inländisch oder ausländisch spielt hingegen keine Rolle. Die Tatsache, dass inländische Investmentfonds grundsätzlich (ausgenommen die Fälle des § 8 InvStG) einer 15 %-igen Steuer unterliegen, ist insofern nicht von Belang: denn der Ausschluss von der Freistellung träge auch Ausschüttungen eines ausländischen Investmentfonds, der ausschließlich in Deutschland steuerpflichtige Einkünfte erhält und daher der gleichen Steuer in Deutschland unterläge.

Allenfalls könnte zwar eingewendet werden, dass ein expliziter Treaty-Override an sich unionsrechtlich fragwürdig ist, da er dem Binnenmarktziel diametral entgegengesetzt ist und damit gegen das Gebot der loyalen Zusammenarbeit verstößt.⁸⁰ Dem ist der EuGH bisher allerdings nicht gefolgt und es erscheint angesichts des ebenfalls mit dem Binnenmarkt verknüpften Ziels der Verhinderung von Steuervermeidung,⁸¹ dem die Regelung des § 16 Abs. 4 InvStG geschuldet ist,⁸² unwahrscheinlich, dass der EuGH darin einen Verstoß zu sehen bereit ist.

Kann daher keine relevante Benachteiligung ausländischer Investmenterträge im Vergleich zu inländischen Investmenterträgen festgestellt werden, bleibt dennoch im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Sopora* (Rs. C-512/13) zu untersuchen, ob die Ungleichbehandlung der Ausschüttungen aus Staaten mit einem Steuersatz unter 10 % gegenüber jenen mit einem Steuersatz zwischen 10 % und 15 % unionsrechtskonform ist. Der EuGH hat in *Sopora* festgestellt, dass auch horizontale Diskriminierungen – also solche, die Unterscheidungen zwischen zwei grenzüberschreitenden Fällen im Verhältnis zu verschiedenen Mitgliedstaaten treffen, ohne dass eine weniger günstige Behandlung im Vergleich mit dem Inlandsfall vorliegt – der Grundfreiheit widersprechen, wenn kein zwingender Rechtfertigungsgrund eingreift. Die frühere Rechtsprechung in *FII Group Litigation* (Rs. C-446/04) und *Columbus Container Services* (Rs. C-298/05), nach der ein horizontaler Vergleich als weitgehend ausgeschlossen galt und damit unterschiedliche Rechtsfolgen ausgelöst von verschiedenartig unter dem deutschen Steuerniveau liegenden Steuern grundfreiheitlich unbeachtlich waren, könnte daher in Frage gestellt sein.⁸³ Dagegen könnte freilich sprechen, dass der EuGH die Vergleichbarkeit in diesem Fall konkret nur für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, und mit besonderem Verweis auf den Wortlaut der einschlägigen Bestimmung bejaht hat.⁸⁴ Wenngleich bisher unstrittig war, dass der Schutzgehalt der Grundfreiheiten dem Grunde nach konvergiert,⁸⁵ mag dies auf die Ausdehnung auf horizontale Diskriminierungen nicht zutreffen; im Unterschied zu Artikel 45 AEUV enthalten die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit kein ausdrückliches Verbot einer „auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung“. Eine Verallgemeinerung und Übertragung der horizontalen Vergleichbarkeit ist somit unsicher. Soweit ersichtlich, hatte der EuGH bisher nicht die Gelegenheit sich mit der Frage neuerlich zu beschäftigen. Angesichts dieser Unsicherheit soll

⁸⁰ Kofler, Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2007, 607 m.w.N.

⁸¹ Fehling, in *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 10.38-10.42.

⁸² BT-Drucks. 18/8045, S. 87.

⁸³ Richtigerweise war diese Rechtsprechungslinie wohl ohnedies auf den Fall unterschiedlicher DBA-Regelungen beschränkt anzusehen, s. Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Rn. 112.

⁸⁴ Rs. C-512/13, Rn. 25: „Angesichts des Wortlauts von Art. 45 Abs. 2 AEUV, wonach die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung „der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten“ angestrebt wird, in Verbindung mit Art. 26 AEUV verbietet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zum anderen auch die unterschiedliche Behandlung gebietsfremder Arbeitnehmer, wenn sie zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Staatsangehörigen bestimmter Mitgliedstaaten gegenüber anderen Staatsangehörigen führt.“

⁸⁵ Statt vieler Reimer, in *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 7.35.

im Folgenden geprüft werden, ob eine Rechtfertigung der aus § 16 Abs. 4 InvStG folgenden horizontalen Ungleichbehandlung möglich ist.

Konkret würde sich eine Diskriminierung daraus ergeben, dass eine DBA-Steuerbefreiung in Verhältnis zu manchen Staaten gewährt wird, obwohl eine niedrigere abstrakte steuerliche Vorbelastung als im Inland vorliegt, während gegenüber anderen Staaten die Befreiung ungeachtet des DBA nicht gewährt wird, wobei der Grund für die unterschiedliche Behandlung gerade nicht in unterschiedlichen DBA-Bestimmungen liegt (andernfalls lägen nach gefestigter EuGH Rechtsprechung keine vergleichbaren Sachverhalte vor⁸⁶).

Beispielfall: Ausschüttungen von Investmentfonds A, der in seinem Ansässigkeitsstaat einer allgemeinen Ertragsteuer von 10 % unterliegt, kann von einer DBA-Freistellung profitieren. Für Ausschüttungen von Investmentfonds B, der in seinem Ansässigkeitsstaat einer allgemeinen Ertragsteuer von 9 % unterliegt, wird die DBA-Freistellung hingegen verweigert.

Als Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung käme nach dem Prüfungsschema des EuGH in Betracht, angesichts der unterschiedlichen Steuervorbelastung die Vergleichbarkeit der Situationen zu verneinen. Dem könnte aber entgegnet werden, dass eine tatsächliche Steuervorbelastung unstrittig keine Voraussetzung der Freistellungsgewährung nach § 16 Abs. 4 InvStG ist.⁸⁷ Selbst teilweise sachliche Steuerbefreiungen des Investmentfonds im Ansässigkeitsstaat sollen der Gewährung der DBA-Freistellung nicht entgegenstehen.⁸⁸ Dessen ungeachtet kann die Voraussetzung einer 10 %-igen allgemeinen nominellen Ertragsteuerpflicht ausländischer Investmentfonds nicht als völlig willkürlich angesehen werden. Folgt man der Auffassung, dass der EuGH die Ausweitung der grundfreiheitlichen Diskriminierungsprüfung auf horizontale Sachverhalte mit einem niedrigeren Kontrollmaßstab – nahe einer bloßen Willkürkontrolle – auszugleichen versucht hat,⁸⁹ so ist in dem Erfordernis somit kein Unionsrechtsverstoß zu sehen.

Andernfalls könnte aber die Folgerichtigkeit der Umsetzung der an sich einer Rechtfertigung zugänglichen Ungleichbehandlung durchaus in Frage gestellt werden, da nicht klar ist, weshalb bei gleicher *tatsächlicher* steuerlicher Vorbelastung im Ausland eine unterschiedliche Behandlung der ausgeschütteten Erträge im Inland erfolgen soll.

Beispielfall: Ausschüttungen von Investmentfonds A, der einer allgemeinen Ertragsteuer von 10 % unterliegt, der aber hinsichtlich 25 % seiner Einkünfte von einer sachlichen Steuerbefreiung profitiert, kann von einer DBA-Freistellung profitieren. Für Ausschüttungen von Investmentfonds B, der einer allgemeinen Ertragsteuer von 15 % unterliegt, aber hinsichtlich 50 % seiner Einkünfte von einer sachlichen Steuerbefreiung profitiert, kommt hingegen der Treaty-Override zur Anwendung, obwohl die tatsächliche steuerliche Vorbelastung gleich hoch ist.

⁸⁶ Aus diesem Grund ist das Ausschlusskriterium einer Null-Quellenbesteuerung nach DBA gemäß § 16 Abs. 4 Satz 2 InvStG 2018 nicht dem gleichen Problem ausgesetzt.

⁸⁷ Zwar könnte dem entgegnet werden, dass § 16 Absatz 4 Satz 1 Nummer 2 InvStG mindestens 50 % der Ausschüttung aus „nicht steuerbefreiten“ Einkünften erfolgt. Daraus folgt aber keine zwingende steuerliche Vorbelastung, da auch nicht steuerbefreite Einkünfte etwa aufgrund verfügbarer Verlustvorträge tatsächlich keiner Steuer unterworfen werden können.

⁸⁸ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 149. Lfg. 2019, § 16 InvStG Rn. 29; Helios/Mann, DB-Sonderausgabe 01/2016, 14 m.w.N.

⁸⁹ Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2018, § 3 Rn. 113.

Angesichts des aktuell unsicheren Standes der EuGH Rechtsprechung ist das Risiko, dass in den dem Vereinfachungsgedanken geschuldeten Pauschalierung der Mindestbesteuerungsgrenzen eine unverhältnismäßige (horizontale) Diskriminierung gesehen werden kann, nicht mit Sicherheit einzuschätzen, scheint aber eher gering zu sein. Als mögliche Lösung wäre denkbar, dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit einzuräumen, eine hinreichende tatsächliche Besteuerung der ausgeschütteten Erträge auf Ebene des Investmentfonds nachzuweisen, um ungeachtet der vereinfachenden Grenze von einer DBA-Freistellung profitieren zu können.

e) Teilfreistellungssätze abhängig von Investition in besteuerte Kapitalgesellschaft gemäß § 20 i.V.m. § 2 InvStG

Wie oben dargelegt, ist die Gewährung von Teilfreistellungen im Grundsatz unionsrechtlich unbedenklich. Zu untersuchen ist allerdings angesichts der verschiedenen Teilfreistellungssätze die Ausgestaltung der Voraussetzungen für eine steuergünstigere Behandlung. Diese ergeben sich aus den Regelungen des § 20 InvStG i.V.m. den Definitionen des § 2 InvStG.

Soweit § 20 InvStG höhere Teilfreistellungsquoten für Auslands-Immobilienfonds als für Inlands-Immobilienfonds vorsieht, ist keine unionsrechtlich relevante Ungleichbehandlung festzustellen, da es sich höchstens um einen Fall der Inländerdiskriminierung handeln könnte. Gleiches gilt für die Ausnahme von den erhöhten Aktienteilfreistellungssätzen für Versicherungsunternehmen, Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten und Pensionsfonds, welche insofern einen beschränkten Anwendungsbereich hat, als sie drittstaatsansässige Anleger nicht umfasst.⁹⁰ Ansonsten stellt § 20 auf keine territorial-definierten Kriterien ab und ist daher für sich gesehen unbedenklich.

Allerdings ist die für die erhöhten Freistellungssätze relevante Definition von „Aktienfonds“ nach § 2 Abs. 6 InvStG problematisch, soweit sie auf die Definition von „Kapitalbeteiligungen“ nach Abs. 8 verweist, der in Nr. 2 zusätzliche Voraussetzungen für qualifizierende Beteiligungen an EU, EWR und Drittstaatenkapitalgesellschaften vorsieht.

Eine nach der Kapitalverkehrsfreiheit bedeutsame Ungleichbehandlung könnte sich daraus ergeben, dass jedenfalls in bestimmten Fällen die Beteiligung eines Investmentfonds an ausländischen Kapitalgesellschaften zu einer höheren Steuer auf Anteilsebene führt als es bei einer Beteiligung an vergleichbaren inländischen Kapitalgesellschaften der Fall wäre. Erfüllt ein Investmentfonds die Anforderungen an einen „Aktienfonds“ deshalb nicht, weil in seinem Portfolio ein zu hoher Anteil von Beteiligungen an niedrig besteuerten ausländischen Kapitalgesellschaften enthalten ist, so folgt daraus mittelbar eine höhere Steuerbelastung der inländischen Anleger, die direkt auf die nur für Auslandsinvestitionen geltenden Kriterien zurückzuführen ist.

Konkret verlangt § 2 Abs. 8 Nr. 1 lit. a InvStG, dass eine Beteiligung an einer in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat ansässigen Kapitalgesellschaft, die nicht unter Nr. 1 fällt, in ihrem Ansässigkeitsstaat der Ertragsbesteuerung unterliegt und nicht befreit ist, womit wohl eine persönliche Steuerbefreiung gemeint ist.⁹¹ Für Drittstaaten – womit hier offenbar alle nicht EU oder EWR Staaten gemeint sind – besteht zusätzlich das Erfordernis einer nominalen Mindestbesteuerung von 15 %. Ziel der Regelung ist es, eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Teilfreistellung in Fällen zu verhindern, die zu einer weitgehenden Befreiung trotz

⁹⁰ Remmel in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20, § 20 InvStG Anm. 5.

⁹¹ Link, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20, § 2 InvStG Anm. 14; BT-Drucks. 18/8045, S. 69.

fehlender (bzw. geringer) steuerlicher Vorbelastung führen würde. Da inländische Kapitalgesellschaften in jedem Fall einer (nominellen) Ertragsbesteuerung von 15 % unterliegen, könnte allenfalls bereits eine relevante Ungleichbehandlung verneint werden. Ob die Höhe der steuerlichen Vorbelastung Bedeutung für die Vergleichbarkeit der Situationen hat, ist allerdings im Licht der aus den Bestimmungen abzuleitenden Zwecken zu beurteilen. Insofern ist bedeutsam, dass die Teilfreistellung gerade nicht auf einen Ausgleich der Körperschaftsteuer auf Ebene der ausschüttenden Gesellschaft abzielt, sondern zuerst auf einen Ausgleich der Körperschaftsteuerbelastung des Investmentfonds. Zwar sind die erhöhten Teilfreistellungssätze auch danach ausgelegt, den Entfall der Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 2 KStG pauschal auszugleichen, jedoch sehen diese Befreiungen ihrerseits ebenfalls keine steuerliche Vorbelastung auf Ebene der ausschüttenden Körperschaft voraus, sodass sich auch daraus kein überzeugendes Argument für die Notwendigkeit einer Mindestbesteuerung der an den Investmentfonds ausschüttenden Körperschaften ergibt.⁹² Gerade die Tatsache, dass der Investmentfonds selbst bei Vereinnahmung ausländischer Dividenden nicht der KSt unterliegt, könnte insofern allerdings einen bedeutsamen Unterschied der Situationen im Sinn des primären Zwecks der Teilfreistellungen darstellen; die Verhältnismäßigkeit des nur für bestimmte ausländische Körperschaften geltenden strikten Erfordernisses ist allerdings dennoch gesondert zu betrachten.

Dass die ertragsteuerliche Vorbelastung auf Ebene der Ziel-Kapitalgesellschaft keine nach dem Gesetzeszweck notwendige Voraussetzung ist, folgt auch schon daraus, dass ein vergleichbares Erfordernis bei an der Börse notierten Anteilen nicht besteht. Im Übrigen zeigt sich dies auch daran, dass Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die soweit steuerbefreit sind, als sie Ausschüttungen vornehmen, dennoch als „Kapitalbeteiligungen“ i.S.d. § 2 Abs. 8 InvStG gelten, wenn die Ausschüttungen einer 15 % Besteuerung unterliegen ohne dass der sie vereinnahmende Investmentfonds davon befreit ist.⁹³ Unter diesen Umständen kann insbesondere mit Blick auf das Erfordernis der Folgerichtigkeit einer Rechtfertigung nicht argumentiert werden, dass eine nominale Mindestertragsteuer von 15 % notwendig ist, um Steuergestaltungen wirksam zu vermeiden. Ein im Lichte der mit der Teilfreistellung verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzung kohärent und verhältnismäßig ausgestaltetes System müsste daher auch für Beteiligungen an in Drittstaaten ansässigen Kapitalgesellschaften, die generell einer niedrigeren als 15 % Ertragsteuer unterliegen, wenigstens die Möglichkeit eines Nachweises vorsehen, dass eine dem Inlandsfall vergleichbare steuerliche Vorbelastung auf Ebene des Investmentfonds vorliegt, insbesondere durch eine Quellensteuer auf die an den Investmentfonds getätigten Ausschüttung – so wie es auch in § 2 Abs. 9 Satz 5 InvStG für Anteile an zu 75 % in Immobilien investierenden Körperschaften für die Erfüllung der Voraussetzungen der Immobilienteilfreistellung vorgesehen ist.

Eine einfache Lösung der beschriebenen Problematik wäre es somit, eine zusätzliche Ziffer c) in § 2 Abs. 8 Nr. 1 InvStG einzufügen, welche Anteile an einer in einem Drittstaat ansässigen Kapitalgesellschaft, die keine Immobilien-Gesellschaft ist, insoweit als Kapitalbeteiligung definiert, als deren Ausschüttungen einer Besteuerung von mindestens 15 % unterliegen, von welcher der Investmentfond nicht befreit ist. Aufgrund dieser Verallgemeinerung der

⁹² Als Korrektiv für den Entfall der Zurechnungsbesteuerung nach § 7 Abs. 5 AStG bei Beteiligung über einen Investmentfonds ist das Erfordernis der 15 %-igen Ertragsteuerbelastung für die Gewährung der Aktienteilfreistellung insoweit überschießend, als es unabhängig der Anwendungsvoraussetzungen des § 7 AStG (Beherrschung) gilt.

⁹³ § 2 Abs. 8 Satz 5 Nr. 3 InvStG 2018.

alternativen Bestimmung einer Kapitalbeteiligung bei 15 %-iger Steuervorbelastung könnte § 2 Abs. 8 Satz 5 Nr. 3 InvStG gleichzeitig gestrichen werden, da alle Anwendungsfälle in der neu eingefügten Bestimmung erfasst werden.

f) (Teil)Freistellung bei Spezial-Investmentfonds nach § 42 InvStG

§ 42 InvStG sieht eine Reihe von Teilfreistellungen vor, soweit ein Spezial-Investmentfonds nicht von den Optionen des § 30 und 33 InvStG Gebrauch macht. Diese sind im Grunde ebenso unionsrechtlich unbedenklich wie die Freistellungen nach § 20 InvStG.

§ 42 Abs. 2 InvStG knüpft die Anwendung des § 8b KStG an die zusätzlichen Voraussetzungen des § 26 Nr. 6 InvStG, welche bereits oben (siehe V 2 b) bb) [2]V.2.b)bb)(2)) als im Konflikt mit der MTRL beurteilt wurden. Dennoch liegt in der Einschränkung der Freistellung beim Anteilseigner, soweit es um die Besteuerung von Ausschüttungen eines inländischen Spezial-Investmentfonds geht, kein möglicher Verstoß gegen die MTRL, da die Anteilseigner an der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen ausschüttenden Gesellschaft die Voraussetzungen einer Kapitalbeteiligung gar nicht erfüllen können; dies trifft auch dann zu, wenn der Spezial-Investmentfonds selbst entgegen der Vorgaben des § 26 Nr. 6 InvStG eine Beteiligung von 10 % des Kapitals hält: es fehlt nämlich jedenfalls an der Unmittelbarkeit der Beteiligung.

Was dagegen die Besteuerung von Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträgen eines ausländischen Spezial-Investmentfonds, der in den Anwendungsbereich der MTRL fällt, bei einem ebenfalls unter die MTRL fallenden Anleger betrifft, kann kein Zweifel bestehen, dass § 8b KStG ungeachtet der Natur der vom Spezial-Investmentfonds vereinnahmten Erträge anzuwenden ist. Die Einschränkungen des § 42 InvStG sind insofern so auszulegen, dass sie nur Spezial-Investmenterträge außerhalb des Anwendungsbereichs der MTRL betreffen.

Der Ausschluss der Steuerbefreiung im Hinblick auf Kapitalerträge, die keiner steuerlichen Vorbelastung unterliegen, ist insofern unproblematisch, als dieser auf ein objektives Kriterium abstellt, das sich unmittelbar aus der Zielsetzung des Investmentsteuerrechts ergibt. Selbst wenn man unterstellte, dass derartige nicht vorbelastete Erträge vor allem solche sind, die von ausländischen Unternehmen stammen, sodass eine grundfreiheitsrelevante faktische Ungleichbehandlung vermutet werden könnte, so wäre dennoch der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems einschlägig.

Problematischer könnte hingegen die „Gegenausnahme“⁹⁴ vom Ausschluss der Steuerbefreiung des § 8b KStG hinsichtlich „vorbelasteter REIT-Dividenden nach § 19a des REIT-Gesetzes“⁹⁵ aus Sicht der Kapitalverkehrsfreiheit erscheinen. Allerdings ist diese Gegenausnahme – die nur ganz bestimmte Dividenden ungeachtet der tatsächlichen Steuerfreiheit der ausschüttenden Gesellschaft für die Begünstigung zulässt – im Ergebnis nicht auf Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften beschränkt: Zwar muss eine REIT-AG gemäß § 9 REITG sowohl Sitz als auch Geschäftsleitung im Inland aufweisen; allerdings verweist § 19a REITG nicht nur auf Dividenden von REIT-AGs, sondern auch auf solche von „anderen REIT-Körperschaften, -Personengesellschaften oder -Vermögensmassen“, womit gemäß § 19 Abs. 5 REITG auf ausländische vergleichbare Einheiten verwiesen wird. Somit liegt auch in dieser Freistellungsbeschränkung keine Ungleichbehandlung gegenüber Kapitalerträgen, die ein Spezial-Investmentfonds von einer steuerbefreiten ausländischen REIT-Gesellschaft erhält.

⁹⁴ Brandl, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 42 InvStG Rn. 26.

⁹⁵ § 42 Abs. 3 Satz 3 InvStG 2018.

3. Zwischenergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung der Anlegerbesteuerung nach dem InvStG lässt sich festhalten, dass unionsrechtliche Risiken nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß bestehen. Insbesondere lassen sich die wiederholt vorgebrachten Zweifel an der Zulässigkeit der Beschränkung des Teilfreistellungssystems auf im Inland steuerpflichtige Anleger nicht aufrechterhalten.

Hingegen kann die Einschränkung der Anwendung von § 8b KStG nach § 16 Abs. 3 InvStG dort nicht beibehalten werden, wo ein Anwendungsfall der MTRL vorliegt. Gleiches gilt für den Ausschluss von § 8b KStG hinsichtlich der Gewinnausschüttungen eines ausländischen Spezial-Investmentfonds an einen inländischen Anteilseigner, soweit die Anwendungsvoraussetzungen der MTRL erfüllt sind. Eine ausdrückliche gesetzliche Klärung wäre in beiden Fällen empfehlenswert.

Die Einschränkung der Anwendung von DBA-Freistellungen im Falle einer nominellen Ertragsbesteuerung unter 10 % begründet zwar keinen Nachteil gegenüber dem Inlandsfall, ist aber dennoch im Licht der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache Sopora potential angreifbar. Als Lösung wäre vorzuschlagen, die Freistellung unter der Voraussetzung des Nachweises einer entsprechenden Besteuerung des ausländischen Investmentfonds zu ermöglichen.

Schließlich ist die Einschränkung der Aktienteilfreistellung hinsichtlich Beteiligungen an einer niedrigen Ertragsbesteuerung unterliegenden Kapitalgesellschaften zur Vermeidung eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit insofern nicht anzuwenden, als bei der Ausschüttung an den Investmentfonds eine Quellensteuer i.H.v. 15 % erhoben wird.

VII. Formalanforderungen

Zuletzt sind diverse Nachweispflichten bzw. -möglichkeiten und andere Formalanforderungen im Rahmen des InvStG auf ihre Unionsrechtskonformität zu untersuchen. Das InvStG enthält dabei grundsätzlich keine direkt diskriminierenden Anforderungen, die grenzüberschreitende Fälle anders als inländische Fälle behandeln. Eine unzulässige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit könnte sich aber ergeben, wenn unterschiedslos geltende Erfordernisse es im grenzüberschreitenden Fall absolut unmöglich machen, in den Genuss einer günstigen Steuerregel zu kommen.⁹⁶ Soweit es um den Nachweis materieller Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer günstigeren Steuerregelung geht, haben Mitgliedstaaten den Steuerpflichtigen die Möglichkeit einzuräumen, Belege beizubringen, die nicht auf Grundlage zu formalistischer Beurteilung abgelehnt werden dürfen (Rs. C-262/09, Rn. 46). Sollten die beigebrachten Belege allerdings nicht die Informationen enthalten, die materielle Voraussetzung für eine Begünstigung sind, insbesondere weil auf der Seite des Steuerpflichtigen (etwa zwischen Investmentfonds und Anleger) ein unzureichender Informationsfluss erfolgt, muss der Mitgliedstaat diese Schwierigkeit nicht gegen sich gelten lassen.⁹⁷ Gleichzeitig müssen die als Voraussetzung einer Begünstigung vorgesehenen Informationen zieladäquat ausgestaltet sein, um nicht einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszulösen.

Schließlich ist in diesem Abschnitt auch die Frage zu beantworten, ob es unionsrechtskonform möglich wäre, den in § 20 Abs. 4 InvStG geregelten Nachweis der Voraussetzungen für eine

⁹⁶ Siehe Rs. C-262/09 *Meilicke*, Rn. 43.

⁹⁷ Rs. C-436/08 und C-437/08 *Haribo und Salinen*, Rn. 98; siehe auch *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2019, § 5 Rn. 50-52.

Teilfreistellung ersatzlos entfallen zu lassen. Dafür ist insbesondere zu untersuchen, ob die im EuGH Urteil in der Rechtssache *Van Caster* (Rs. C-326/12) aufgestellten Bedenken in ähnlicher Form auch nach dem InvStG Geltung besitzen.

1. Gesetzlicher Vertreter nach § 3 InvStG

Die Vorschrift des § 3 InvStG regelt sowohl für in- als auch ausländische Investmentfonds die gesetzliche Vertretungsbefugnis. Die Vertretung inländischer und ausländischer Investmentfonds wird dabei in einer nichtdiskriminierenden Weise festgelegt. Zwar wird die Vertretungsbefugnis der Verwaltungsgesellschaft gesetzlich vermutet („gilt als“), es besteht aber die Möglichkeit für den Investmentfonds, eine abweichende Vertretungsbefugnis nachzuweisen. Ein Nachteil erwächst ausländischen Investmentfonds daraus nicht. Der EuGH hat im Kontext einer Regelung über die steuerliche Vertretung ausländischer Pensionsfonds festgestellt, dass das Erfordernis eines im Inland ansässigen ständigen Vertreters überschießend sein kann.⁹⁸ Problematisch war dabei aber nur das – nicht zieladäquate – Erfordernis der Ansässigkeit des Vertreters. Ein solches Ansässigkeitsanforderung ist dem InvStG nicht zu entnehmen.

2. Erbringung einer Statusbescheinigung nach § 7 Abs. 3 InvStG zur Erlangung des niedrigeren Kapitalertragsteuersatzes

Die Voraussetzung der Beibringung einer vom zuständigen Finanzamt bzw. dem BZSt ausgestellten Statusbescheinigung zur Erlangung des reduzierten Kapitalertragsteuersatzes nach § 7 InvStG ist sowohl nichtdiskriminierend und, soweit ersichtlich, ohne besondere Hürden für ausländische Investmentfonds ausgestaltet, sodass die Vereinbarkeit mit Unionsrecht nicht in Frage steht.

3. Nachweis der Vergleichbarkeit zur Erlangung einer Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 2 InvStG

Das Erfordernis der Vorlage einer Befreiungsbescheinigung für die Anwendung der Steuerbefreiung auf der Fondseingangsseite nach § 8 InvStG gilt für in- und ausländische Anleger gleichermaßen. Der vom ausländischen Anleger geforderten Nachweis der Vergleichbarkeit gegenüber inländischen begünstigten Anlegern ist an keine besonderen Anforderungen geknüpft, die eine faktische Unmöglichkeit nahelegen würde.

4. Informationspflicht des Investmentfonds nach § 31 InvStG

§ 31 Abs. 1 InvStG sieht für die Durchführung des Steuerabzugs auf den Anleger bei Ausübung der Transparenzoption des § 30 unterschiedslos für in- und ausländische Spezial-Investmentfonds vor, dass sie dem Entrichtungspflichtigen Informationen bezüglich der Anleger übermitteln. Eine unionsrechtlich bedeutsame Beschränkung kann darin nicht gesehen werden, da es um die Übermittlung von für den Spezial-Investmentfonds einfach zu beschaffenden Informationen geht.

5. Fondsgewinnnachweis § 48 Abs. 2 InvStG als Voraussetzung für die (Teil-) Freistellung des Anlegers

Spezial-Investmentfonds haben bei jeder Bewertung ihres Vermögens pro Spezial-Investmentanteil den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfreistellungsgewinn zu ermitteln und den Anlegern bekannt zu machen. Diese Pflicht ist allerdings bei

⁹⁸ Rs. C-678/11 *Kommission/Spanien*.

ausländischen Spezial-Investmentfonds nicht behördlich vollstreckbar.⁹⁹ Daraus folgt im Ergebnis, dass es für den Anleger in einem ausländischen Spezial-Investmentfonds schwieriger ist, die Voraussetzungen für die Befreiungen des § 42 Abs. 1 bis 3 sowie § 43 Abs. 1 und 3 InvStG zu erfüllen. Es steht dem Anleger jeweils die alternative Möglichkeit zur Verfügung, den entsprechenden Fondsgewinn selbst nachzuweisen. Angesichts der Tatsache, dass ausländische Spezial-Investmentfonds eventuell weniger deutsche Anleger aufweisen und daher weniger geneigt sein werden, den verlangten Gewinnausweis vorzulegen, ist die Erlangung der entsprechenden Freistellungen insofern zwar erschwert. Da die faktische Nachweismöglichkeit durch den Anleger besteht, ist die Erlangung der Begünstigungen aber weder faktisch unmöglich macht, noch kann die Vorschrift im Sinne der Zieladäquanz als überschießend bewertet werden. Es bestehen daher im Ergebnis auch insofern keine unionsrechtlichen Bedenken.

6. Nachweiserfordernis/-möglichkeit für Gewährung der Teilfreistellung (§ 20 Abs. 4 InvStG)

Bei Nichterfüllung der Voraussetzungen für eine Teilfreistellung kommt es zu einer nachteiligen Besteuerung der Anleger. Dass anders als nach dem der Rechtssache *Van Caster* zugrundeliegenden Recht keine Pauschalsteuer erhoben wird, stellt wohl keinen beachtlichen Unterschied aus unionsrechtlicher Sicht dar: Zwar könnte eingewendet werden, dass mangels pauschalierter Bemessungsgrundlage der besondere Charakter einer „Strafbesteuerung“ fehlt.¹⁰⁰ Aber auch in der Anwendung empfindlich höherer Steuerlast (das Versagen einer 80 % Teilfreistellung entspricht der Anwendung des fünffachen Steuersatzes) liegt ohne Zweifel eine Benachteiligung vor, die, sofern sie spezifisch grenzüberschreitende Fälle betrifft, im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit problematisch sein kann.

Wie nach § 6 InvStG 2004 knüpft das Gesetz aber auch im Fall des § 20 InvStG nicht an die Ansässigkeit des Investmentfonds an, sondern stellt auf territorial neutrale Kriterien, nämlich die Anlagebedingungen des Investmentfonds, ab. Im Unterschied zur Situation des § 6 InvStG 2004 sind die Voraussetzungen für die Erlangung des Status eines die Teilfreistellung vermittelnden Investmentfonds aber nicht von solcher Art, dass eine Erfüllung faktisch nur von inländischen Investmentfonds zu erwarten ist. Abgestellt wird nach § 2 Abs. 6, 7 und 9 InvStG primär auf die *Anlagebedingungen* eines Investmentfonds, die zwar mitunter komplex, aber nicht besonders eng definiert sind. Im Unterschied zur aufwendigen Sammlung, Aufbereitung und Übermittlung von Informationen nach dem alten Recht, das unionsrechtswidrig erklärt wurde, handelt es sich hierbei um Informationen, die üblicherweise leicht zu beschaffen sind.¹⁰¹ Auch gibt es keinen Grund anzunehmen, dass nur wenige ausländische Investmentfonds Anlagebedingungen aufweisen, welche sie als Aktienfonds, Immobilienfonds oder Mischfonds i.S.d. § 2 InvStG ausweisen. Zwar könnte dagegen eingewendet werden, dass vor allem Investmentfonds mit einer Vielzahl deutscher Anleger ein besonderes Interesse daran haben werden, unter die höchste Teilfreistellung vermittelnde Kategorien eingeordnet zu werden, aber daraus ergibt sich weder eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit des Investmentfonds noch jener der Anleger. Im Unterschied zu den Anforderungen, die in *Van Caster* auf dem Prüfstand waren, handelt es sich bei den steuerbedeutsamen Kriterien nach dem InvStG 2018 aber nicht um bloß steuerlich relevante, sondern wirtschaftlich bedeutsame Umstände, sodass eine Änderung der Anlagebedingungen aus

⁹⁹ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 154. Lfg. Juli 2020, § 48 InvStG Rn. 12.

¹⁰⁰ Steinmüller, in Musil/Weber-Grellet, *Europäisches Steuerrecht*, 2019, InvStG § 6 Rn. 95.

¹⁰¹ So auch die Begründung in BT-Drucks. 18/8045, S. 53: „relativ leicht zu beschaffen“.

rein steuerlichen Gründen ohnedies zweifelhaft ist.¹⁰² Es bestehen somit durchaus Zweifel an der Übertragbarkeit der Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Van Caster* auf das geltende Recht.

Zwar kann nach der Rechtsprechung des EuGH von der individuellen Nachweiserbringungsmöglichkeit angesichts der EuGH Rechtsprechung nicht vollständig abgegangen werden, da Steuerpflichtige nicht „absolut“ an der Vorlage steuerlich relevanter Nachweise gehindert werden dürfen, wenn der ausländische Investmentfonds die Information nicht selbst an die zum Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Stellen übermittelt. Eine andere Frage ist aber, ob die Nachweiserbringung sich – wie derzeit in § 20 Abs. 4 InvStG vorgesehen – ausschließlich auf die tatsächlichen Anlagen des Investmentfonds beschränken kann, oder ob auch bei individueller Nachweiserbringung seitens des Anlegers jedenfalls die Anlagebedingungen des Investmentfonds einzubeziehen sind, sodass bei Fehlen entsprechender Informationen die Teilfreistellung verwehrt werden kann. Da es sich bei dem System der Teilfreistellungen ohnehin um stark vergrößernde Typisierungen hinsichtlich der steuerlichen Vorbelastung handelt, scheint die zusätzliche Vereinfachung der Beurteilung durch primäres Abstellen auf die Anlagebedingungen nicht weiter zu beanstanden. Ist es zulässig, typisierende Teilfreistellungen vorzusehen, die nicht auf die konkrete Vorbelastung abstellen, was als Teil der nationalen Steuerautonomie zweifellos der Fall sein muss, solange die typisierenden Kriterien nicht selbst verbotene Diskriminierungen enthalten (dazu oben VI 2 e), so dürfte es auch unproblematisch sein, die Teilfreistellung schon bei aus den Anlagebedingungen ersichtlicher Nichterfüllung der Befreiungskriterien auszuschließen.

¹⁰² Vgl. *Remmel* in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20, § 20 InvStG Anm. 5.

Teil II A

Verhinderung von Steuersparmodellen (ohne Cum/Cum-Gestaltungen)

Verhinderung von Steuersparmodellen (ohne Cum-/Cum-Gestaltungen)

Inhaltsverzeichnis

I.	Indizierte Strukturen	50
1.	Dividendenbesteuerung	50
a)	Einleitung	50
b)	Dividendenarbitrage.....	51
c)	Rückgabe Fondsanteile	51
2.	„Bondstripping“	51
a)	Modell „Kopplungsgeschäfte“.....	52
b)	Modell „Zins- & Dividendensurrogate“.....	52
c)	Modell „Ertragsausgleich Enhancement“.....	52
d)	Modell „Luxemburg SPF“	54
e)	Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen	54
f)	Übermäßige Thesaurierung.....	55
II.	Wirksamkeit der Gegenmaßnahmen	55
1.	Gegenmaßnahmen Konzeptionell	55
a)	Intransparentes Basissystem.....	55
b)	Gleichbehandlung von in- und ausländischen Fonds	55
c)	Selektive Steuerbefreiungen	55
d)	Teilfreistellungen.....	56
e)	Vorabpauschale.....	57
f)	Semitransparentes Spezialsystem.....	57
g)	Investitionsgesellschaften	57
h)	Vereinfachung der Anlegerbesteuerung	58
2.	Gegenmaßnahmen Konkret.....	58
a)	Einleitung	58
b)	Dividendenarbitrage.....	58
c)	Modell „Bondstripping“	59
d)	Modell „Kopplungsgeschäfte“.....	61
e)	Modell „Zins- & Dividendensurrogate“	66
f)	Modell „Ertragsteuerliches Enhancement“.....	67
g)	Modell „Luxemburg SPF“	68
h)	Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen	69
i)	Übermäßige Thesaurierung.....	69
III.	„Neue“ Steuersparmodelle bei Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds.....	70
1.	Teilfreistellung	70
2.	Modell Gemischter Aktien- Fonds	70
3.	Nachweise.....	71
a)	Teilfreistellungsquoten	71
b)	Beschränkte Steuerpflicht	73
c)	Immobilieneträge	74
d)	Steuerbegünstigte Anleger.....	76
IV.	Regelungsvorschläge zur Vermeidung von Steuergestaltungen	78

Verhinderung von Steuersparmodellen (ohne Cum/Cum-Gestaltungen)

I. Indizierte Strukturen

Das vorliegende Gutachten betrachtet zunächst bestimmte bekannte Steuergestaltungen, die u.a. Anlass für die Investmentsteuerreform (Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG) vom 19. Juli 2016 (BGBl. I S. 1730)) waren. Im Anschluss wird untersucht, ob und wenn ja inwieweit diese Gestaltungen gesetzgeberisch effektiv adressiert worden sind (Gegenmaßnahmen), um in einem letzten Schritt weiterhin bestehendes Gestaltungspotential zu identifizieren.

1. Dividendenbesteuerung

a) Einleitung

Für inländische Investmentfonds galt bis 2018 gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 InvStG 2004 eine Befreiung von der deutschen Körperschaft- und Gewerbesteuer. Dagegen bestand für ausländische Investmentfonds die beschränkte Steuerpflicht mit ihren inländischen Einkünften i.S.d. § 49 Abs. 1 EStG.¹⁰³ Dies war u.a. Ausgangspunkt für die im ersten Gutachtenteil eingehend besprochenen europarechtlichen Fragestellungen.

Bestimmte inländische Einkünfte in- und ausländischer Investmentfonds unterliegen daher seit 2018 gemäß § 6 Abs. 2 InvStG einer sachlich beschränkten Körperschaftsteuerpflicht.¹⁰⁴ Nach der abschließenden Aufzählung in § 6 Abs. 2 Satz 2 InvStG sind inländische Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3 InvStG), inländische Immobilienerträge (§ 6 Abs. 4 InvStG) und sonstige inländische Einkünfte fortan steuerpflichtig.¹⁰⁵

Einkünfte eines Investmentfonds, die nicht unter eine der vorgenannten Einkunftsarten subsumiert werden können, unterliegen dagegen in Deutschland grundsätzlich keiner Steuerpflicht.¹⁰⁶

Weitere steuerliche Vorteile bestehen im Fall der Beteiligung steuerbegünstigter Anleger. In diesem Fall werden besagte Einkünfte unter bestimmten Voraussetzungen von der Steuerpflicht ausgenommen (§§ 8 ff. InvStG).¹⁰⁷ Für Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG gilt grundsätzlich ebenfalls eine Steuerpflicht mit den Einkünften gemäß § 6 Abs. 2 bis 5 InvStG.¹⁰⁸

Die Steuerpflicht für inländische Beteiligungseinnahmen des Spezial-Investmentfonds entfällt gemäß § 30 Abs. 1 InvStG jedoch, wenn dieser die Transparenzoption wählt. Sofern diese Option ausgeübt wird, werden für steuerliche Zwecke inländische Beteiligungseinnahmen gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 InvStG unmittelbar den Anlegern des Spezial-Investmentfonds zugerechnet.¹⁰⁹ Eine Besteuerung erfolgt dann lediglich auf Anlegerebene unter Anwendung der für den Anleger geltenden Vorschriften.¹¹⁰

¹⁰³ Vgl. Hahne, BB 2017, 2010.

¹⁰⁴ Vgl. Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953, 1955.

¹⁰⁵ Vgl. Mann, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 6 InvStG Rn. 25.

¹⁰⁶ Eine Gewerbesteuerpflicht nach § 15 InvStG kann dennoch möglich sein.

¹⁰⁷ Vgl. Helios/Mann, DB Sonderausgabe 1/2016, 11 f.

¹⁰⁸ Vgl. Helios/Mann, DB Sonderausgabe 1/2016, 20.

¹⁰⁹ Vgl. Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 (1962).

¹¹⁰ Vgl. Hahne, DStR 2017, 2310 ff.

b) Dividendenarbitrage

Investmentfonds eigneten sich bei Cum-/Ex-Gestaltungen auf Grund der systembedingten unkomplizierten Kapitalertragsteuererstattung (sog. „Quick Refund“).¹¹¹ Hinzu kam, dass die Finanzämter die hohen Erstattungssummen nicht erkennen konnten, da die Depotbanken der Investmentfonds die Abwicklung des Erstattungsverfahrens übernommen haben und eine Identifizierbarkeit in deren Kapitalertragsteueranmeldung nicht mehr möglich war.¹¹² Auch Cum-/Cum-Gestaltungen wurden häufig im Zusammenhang mit Investmentfondsgestaltungen identifiziert. Häufig eingesetztes Strukturmerkmal für Dividendenarbitragestrukturen war dabei die sog. Wertpapierleihe. Sowohl „inbound“ als auch „outbound“ Strukturen konnten identifiziert werden. Gegenpartei waren i.d.R. Spezialfonds, die nach § 44a EStG vom Kapitalertragsteuerabzug bei Dividendenzahlung befreit waren. Auch der Umstand, dass bis zum gegenwärtigen Tag die gezahlte Wertpapierleihgebühr nicht zu einer beschränkten Steuerpflicht i.R.d. § 49 EStG führt, begünstigte oder ermöglichte diese Gestaltungsvarianten.¹¹³

c) Rückgabe Fondsanteile

Einen weiteren Ansatzpunkt zum Umgehen einer Dividendenbesteuerung stellte die Rückgabe von Fondsanteilen an einem inländischen ausschüttenden (Spezial-) Investmentfonds durch ausländische Investoren dar. Ein ausländischer Anleger gibt bei ausschüttenden Investmentfonds vor der Ausschüttung und bei thesaurierenden Investmentfonds vor dem Geschäftsjahresende die Investmentanteile an den Investmentfonds zurück. In dem dann anfallenden Veräußerungsgewinn waren die während des Geschäftsjahres vom Investmentfonds vereinnahmten Dividenden enthalten. Gemäß dem international üblichen Standard weisen auch die deutschen Doppelbesteuerungsabkommen das Besteuerungsrecht an Veräußerungsgewinnen regelmäßig dem Ansässigkeitsstaat des ausländischen Anlegers zu.¹¹⁴ Dadurch verlor Deutschland bei wirtschaftlicher Betrachtung auch bei dieser Gestaltungsvariante sein bestehendes Besteuerungsrecht an Dividenden.

2. „Bondstripping“

Beim Bondstripping wurde der Coupon einer festverzinslichen Anleihe vom zugehörigen Stammrecht abgetrennt. Dadurch ging die ursprüngliche Anleihe unter und es entstanden zwei neue Wertpapiere.¹¹⁵ Dabei gehörte die Veräußerung des Coupons nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. b) EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, die Veräußerung des Stammrechts nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG. Bis zum InvStRefG konnte nun ein steuerlich abzugsfähiger Verlust nach §§ 20 Abs. 6 i.V.m. 32 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) EStG erzielt werden, wenn der Inhaber des (durch die Trennung wertgeminderten) Stammrechts dieses an eine ihm gehörende Kapitalgesellschaft verkauft hat. Gleichzeitig konnte der Coupon z.B. an eine Bank veräußert werden und der dabei entstehende Veräußerungsgewinn unterlag nur der Kapitalertragsteuer.¹¹⁶

¹¹¹ Vgl. *Gloßner*, in: Brandis/Heuermann, 136. Lfg. 2017, § 7 InvStG 2004 Rn. 30 ff.

¹¹² Vgl. *Schlund* in, BeckOK InvStG, 13. Edition, § 7 InvStG Rn. 97-107.

¹¹³ Zu den Überlegungen zur Fixierung der wirtschaftlichen Zuordnung siehe unten Teil II B IV 2 b) und c) (S. 93 f.); zur Einbeziehung von Wertpapierleihgebühren in die beschränkte Steuerpflicht siehe unten Teil II B IV 4 (S. 94 ff.); zu den Möglichkeiten einer Datenbank siehe unten Teil III unter IV. 5 c) (S. 126).

¹¹⁴ Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen, RdSchr. d. BMF v. 22.8.2013 – IV B 2 – S 1301/13/10009, Art. 13.

¹¹⁵ Vgl. *Buge*, in H/H/R, 294. Lfg. 10/2019, § 20 EStG Rn. 542.

¹¹⁶ Vgl. FG München v. 20.10.2020 – 12 K 3102/17, Rn. 26, Rev. eingelegt, Az. BFH: VIII R 30/20.

a) Modell „Kopplungsgeschäfte“

Kopplungsgeschäfte bei Investmentfonds fanden regelmäßig Einsatz bei Veräußerungsgewinnen aus Aktien mit gegenläufigen Derivategeschäften. Dabei sollten den Veräußerungsgewinnen aus Aktien in gleicher oder ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften gegenüberstehen (Bull-/ Bear-Strukturen). Ziel dabei war es, die Aktiengewinne nach § 8b KStG effektiv zu 95 % als steuerfreie Gewinne zu realisieren und gleichzeitig einen in voller Höhe steuerlich abzugsfähigen Verlust aus Termingeschäften zu realisieren.

Im Rahmen des InvStRefG wurde die Anlage von Vermögen über Spezial-Investmentfonds der direkten Anlage in ein bestimmtes Investitionsobjekt angeglichen, indem § 49 Abs. 4 InvStG Spezial-Investmentanteile in den Anwendungsbereich des § 15b EStG einbezieht.¹¹⁷ Hierdurch sollen diese vorgenannten Strukturen verhindert werden, die Kopplungsgeschäfte sollen also nicht nur an den Grundsätzen zur Anwendung des § 42 AO, sondern eben auch an § 15b EStG gemessen werden.¹¹⁸ Daneben wurden weitere Normen (vgl. §§ 39 Abs. 3, 48 Abs. 4 Satz 2 InvStG) eingeführt, die dem Ziel dienen, entsprechende Kopplungsgeschäfte zu erschweren oder zu verhindern.

Über §§ 49 Abs. 4 InvStG, 15b EStG kann eine solche Gestaltung nun zu nicht abzugsfähigen Verlusten im Sinne von § 15b Abs. 1 EStG führen, wenn ein Steuerstundungsmodell im Sinne von § 15b Abs. 2 EStG vorliegt.

b) Modell „Zins- & Dividendensurrogate“

Um eine jährliche Dividenden- bzw. Zinsbesteuerung oder das Entstehen ausschüttungsgleicher Erträge zu verhindern, investierten „steueroptimierte“ Investmentfonds häufig nur mittelbar in Aktien oder Anleihen anstatt solche als Direktinvestment zu erwerben. Dies geschah regelmäßig mithilfe sog. Swap-Verträge zwischen dem Investmentfonds und einem (beliebigen) Kreditinstitut. Hierdurch verfolgte der Investmentfonds das Ziel steuerfrei thesaurierbare Gewinne aus Termingeschäften zu erzielen.

Bei diesen Investmentfonds fielen keinerlei steuerpflichtige ausschüttungsgleiche Erträge, sondern nur steuerfrei thesaurierbare Gewinne aus Termingeschäften an. Wirtschaftlich betrachtet, stellten diese Termingeschäftserträge aber ein Surrogat für Zinsen und Dividenden dar.

c) Modell „Ertragsausgleich Enhancement“

Eine besondere Rolle bei vielen Gestaltungsmodellen im Investmentsteuerrecht spielte der sog. Ertragsausgleich. Zweck des Ertragsausgleiches war es, dass sich die Ausgabe oder Rücknahme von Investmentanteilen nicht auf die Erträge der Anleger auswirkt.¹¹⁹ Mögliche Beispiele für derartige Strukturen sind nachfolgend dargestellt:

Beispiel: „Double Dip“

In einen Investmentfonds hatte ursprünglich nur der Anleger A 1.000 Euro investiert. Der Investmentfonds legte das Kapital in Aktien an und erzielte daraus 40 Euro Dividende. Anschließend wurden neue Anteile an die Anleger B, C und D für jeweils 1.040 Euro

¹¹⁷ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28.

¹¹⁸ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28.

¹¹⁹ Vgl. Hamacher, in Korn, EStG, Altcommentierung Investmentsteuerrecht, Stand: Oktober 2011, § 9 InvStG 2004 Rn. 1 ff.; Faller, in: Bordewin/Brandt, EStG, 370. Lfg. Dezember 2014, § 9 InvStG 2004 Rn. 1-7.

ausgegeben. Am Geschäftsjahresende hatten alle vier Anleger Anspruch auf die ausgeschüttete Dividende. Damit sich diese nicht auf 10 Euro pro Anleger reduziert, wurden von den Anschaffungskosten des B, C und D jeweils 40 Euro dem sog. Ertragsausgleichstopf zugeführt. Am Geschäftsjahresende wurden dann 40 Euro aus dem „Dividendentopf“ und 120 Euro aus dem „Ertragsausgleichstopf“ ausgeschüttet, so dass jeder Anleger 40 Euro erhielt. Dies führte hinsichtlich der Anleger B, C und D zu einer künstlichen Vermehrung der steuerpflichtigen Dividende. Gleichzeitig reduzierte sich durch die Ausschüttung der Anteilswert wieder auf 1.000 Euro, so dass die Anleger B, C und D einen Wertverlust gegenüber ihren Anschaffungskosten in Höhe von 40 Euro erzielten, der jederzeit durch Anteilsveräußerung steuerwirksam realisiert werden konnte. Trotz der Erhöhung der steuerpflichtigen Dividenden durch den Ertragsausgleich entstand kein Steuervorteil für den Fiskus, weil in gleicher Höhe steuermindernd anzusetzende potentielle Veräußerungsverluste entstanden. Vielmehr konnte der Ertragsausgleich gezielt genutzt werden, um in beliebiger Höhe sachlich nicht gerechtfertigte Steuervorteile zu erreichen.

Beispiel: „Foreign Credit Trade“

Die X-AG besaß als einziger Anleger einen Anteil an einem Investmentfonds im Wert von 1.000.000 Euro. Der Investmentfonds investierte das Kapital in ausländische Aktien, aus denen 40.000 Euro Dividenden abzüglich 6.000 Euro ausländischer Quellensteuer erzielt wurden.

Steuerpflichtig waren 40.000 Euro, tatsächlich floss dem Fonds aber nur ein Nettobetrag von 34.000 Euro zu. In Höhe von 6.000 Euro stand dem Anleger ein Anspruch auf Anrechnung der ausländischen Quellensteuer zu. Der Wert des Fondsanteils betrug nach dem Zufluss 1.034.000 Euro.

Am 29. Juni erwarb die X-AG mit Hilfe eines Kredits zehn weitere Anteile zu einem Preis von 10.340.000 Euro. Von dem Kaufpreis überführte der Investmentfonds 340.000 Euro in den Ertragsausgleichstopf für ausländische Dividenden; 60.000 Euro wurden in den „Topf“ ausländische Quellensteuern eingestellt. Am 30. Juni schüttete der Investmentfonds 34.000 Euro „echte Netto-Dividende“ und 340.000 Euro „fiktive Netto-Dividende“ aus. Steuerpflichtig war auf der Anlegerebene die Brutto-Dividende in Höhe von 40.000 Euro + 400.000 Euro = 440.000 Euro.

Durch die Ausschüttung waren die Fondsanteile jeweils nur noch 1.000.000 Euro wert. Am 1. Juli veräußerte die X-AG zehn Anteile zu einem Preis von 10.000.000 Euro und löst mit den Einnahmen den Kredit ab.

Durch die Veräußerung erzielte die X-AG einen Veräußerungsverlust in Höhe von 340.000 Euro.

Die X-AG erzielte damit 440.000 Euro steuerpflichtige Dividenden und 340.000 Euro Veräußerungsverluste, so dass per Saldo 100.000 Euro steuerpflichtige Einkünfte verblieben. Hierauf würden 15 % Körperschaftsteuer, also 15.000 Euro anfallen. Dem standen jedoch 66.000 Euro anrechenbare ausländische Quellensteuern gegenüber. Daraus ergab sich ein Anrechnungsüberhang von 51.000 Euro, den die X-AG nutzen konnte, um die auf andere Einkünfte entfallende Steuerlast zu senken.

Durch den Ertragsausgleich wurden die tatsächlich bezahlten ausländischen Quellensteuern von 6.000 Euro um das zehnfache künstlich vermehrt, was zu einer systemwidrigen Minderung der Steuerlast auf andere Einkünfte ausgenutzt werden konnte.

Durch das Instrument des Ertragsausgleichs ließen sich mittels bewusst gesteuerter Anteilsausgaben und Anteilsrückgaben gewünschte steuerliche Effekte in beliebiger Größenordnung erzeugen.

Neben der künstlichen Vermehrung der anrechenbaren ausländischen Quellensteuer konnten beispielsweise auch die Zinserträge künstlich „aufgebläht“ werden, um auf Anlegerebene die Zinsschrankenregelung in § 4h EStG zu umgehen.

Umgekehrt konnten - wenn dies für die steuerliche Situation der Anleger vorteilhaft ist - die bei Anteilswerb zu zahlenden Zwischengewinne künstlich vermehrt werden.

Beispiel: „Zinsschranken-Optimierung“

An dem Spezial-Investmentfonds hielt nur der Anleger A einen Anteil, den er für 1.000 Euro erworben hat. Während des Geschäftsjahres erzielte der Spezial-Investmentfonds 40 Euro Zinsen. Einen Tag vor Ende des Geschäftsjahres erwarb Anleger B einen neuen Investmentanteil für 1.040 Euro. Davon wurden 40 Euro in den sog. Ertragsausgleichstopf gebucht. Nach Ende des Geschäftsjahres wurden je 40 Euro „Zinsen“ an die Anleger A und B aus dem „Zinstopf“ und dem „Ertragsausgleichstopf“ ausgeschüttet.

Durch die Ausschüttung sank der Wert des Fondsanteils auf 1.000 Euro. B gab seinen Anteil zu diesem Preis an den Spezial-Investmentfonds zurück und erzielte dadurch einen Veräußerungsverlust von 40 Euro. Bei der Einkommensbesteuerung des B neutralisierten sich die ausgeschütteten Zinserträge in Höhe von 40 Euro und die Veräußerungsverluste in Höhe von 40 Euro. Gleichwohl konnte B für die Zwecke der Zinsschranke einen Zinsertrag von 40 Euro geltend machen.

d) Modell „Luxemburg SPF“

Die Luxemburger Verwaltungsgesellschaft für Familienvermögen SPF (société de gestion patrimoine familiale) unterlag bis 2018 nicht dem Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes. Außerdem unterliegt die SPF in Luxemburg weder der Körperschaftsteuer noch der kommunalen Gewerbesteuer. Vor diesem Hintergrund wurde die SPF zur Durchführung von Steuergestaltungsmodellen genutzt.

e) Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen

In der Vergangenheit wurden Investmentfonds z.T. dazu genutzt, Abkommensvorteile wie z.B. Schachtelprivilegien in Anspruch zu nehmen, obwohl dies fiskalisch nicht beabsichtigt war. Die Schachtelbefreiung z.B. soll eine mehrfache Steuerbelastung des gleichen Gewinns in Konzernstrukturen vermeiden.

Da Investmentfonds auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft aufgelegt werden können und typischerweise bei Investmentfonds keine Ertragsteuern erhoben werden, bedurfte es einer Regelung zur Verhinderung von Gestaltungen, mit denen gänzlich ungesteuerte Ausschüttungen (sog. weiße Einkünfte) aus Investmentfonds erzeugt werden konnten. Bei diesen Gestaltungen wurde der Investmentfonds als grundsätzlich abkommensberechtigtes Vehikel allein zur Erlangung der Abkommensberechtigung eingesetzt. Fragen der Ansässigkeit für DBA Zwecke waren allerdings stets Gegenstand der fachlichen Diskussion.¹²⁰ Die Gestaltungspraxis ging von der unbeschränkten Steuerpflicht der Investmentfonds verbunden mit einer sachlichen Steuerbefreiung und damit der Abkommensberechtigung aus. Dies folgte nach dieser Ansicht bereits aus der an die unbeschränkte Steuerpflicht

¹²⁰ Vgl. hierzu *Haug*, IStR 2020 S. 866 ff. m.w.N.

anknüpfenden Zweckvermögenseigenschaft des Investmentfonds nach § 6 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 i.V.m. § 1 Abs. 1 KStG.¹²¹ Steuerrechtlich konnte im Nachgang die Frage gestellt werden, ob nicht-abkommensberechtigzte Investoren so z.B. in illegitimer Weise in den Genuss von Abkommensvorteilen kommen konnten.

f) Übermäßige Thesaurierung

Nach dem InvStG 2004 war eine zeitlich unbegrenzte Thesaurierung möglich. Die daraus entstehenden steuerlichen (Barwert-) Vorteile waren aus fiskalisch-politischer Sicht nicht mehr sinnvoll.

II. Wirksamkeit der Gegenmaßnahmen

1. Gegenmaßnahmen Konzeptionell

a) Intransparentes Basissystem

Die Basis bildet ein einfaches, leicht administrierbares und gestaltungssicheres „intransparentes“ Besteuerungssystem für Investmentfonds, das wie bei anderen Körperschaften auf der getrennten Besteuerung von Investmentfonds und Anlegern beruht.

Diesem System unterfallen mit Ausnahme von Personengesellschaften zunächst alle Kapitalanlagevehikel unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung oder ihrem Anlegerkreis (Kapitel 2). Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG gilt dies unter der Geltung des InvStG in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) selbst dann, wenn von der Optionsmöglichkeit des § 1a KStG Gebrauch gemacht wurde. Die Literatur hat hier mit Blick auf strukturelle Inkonsistenzen Kritik geäußert.¹²² Dem wurde entgegnet, dass dies der administrativen Abwicklung bzw. Überprüfbarkeit der Investmentstrukturen geschuldet sei.¹²³ Mit Blick auf die Frage der Gestaltungsanfälligkeit ist zu ergänzen, dass eine restriktive Handhabung von Optionsmöglichkeiten die Gefahr von Ausweichgestaltungen reduziert. Vor diesem Hintergrund ist die Einschränkung des § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG u.E. zu begrüßen.

b) Gleichbehandlung von in- und ausländischen Fonds

Inländische und ausländische Investmentfonds unterliegen in Deutschland unterschiedslos einer Körperschaftsbesteuerung mit solchen Einkünften, für die Deutschland abkommensrechtlich ein Besteuerungsrecht zusteht. Darüber hinaus findet keine Körperschaftsbesteuerung statt.¹²⁴

c) Selektive Steuerbefreiungen

Soweit in den Investmentfonds bestimmte steuerbefreite Anleger investiert haben (insbesondere Kirchen und gemeinnützige Stiftungen), kann der Investmentfonds eine Befreiung von der Körperschaftsteuer erlangen.¹²⁵

Ebenfalls steuerbefreit sind die Investmentfonds, soweit die Anteile im Rahmen von zertifizierten Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen gehalten werden. Die Gewerbesteuerbefreiung erscheint deklaratorisch, weil Investmentfonds keine gewerbliche Tätigkeit ausüben dürfen, ist aber wegen der rechtsformabhängigen Einbeziehung von Kapitalgesellschaften in die Gewerbesteuer erforderlich.

¹²¹ Vgl. Haug, IStR 2020, 866, 871 m.w.N.

¹²² Vgl. Frey/Schober, DStR 2021, 2674, 2676.

¹²³ Vgl. Haug, FR 2021, 410, 412.

¹²⁴ Vgl. Mann, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 6 InvStG Rn. 1-11.

¹²⁵ Vgl. Brandl, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 8 InvStG Rn. 7-11.

d) Teilfreistellungen

Die im Rahmen des InvStG 2018 eingeführte Vorausbelastung mit Körperschaftsteuer und eine fehlende Anrechnungsmöglichkeit ausländischer Steuern soll mithilfe von Teilfreistellungen kompensiert werden. Dabei stellt § 20 InvStG die zentrale Norm des neuen intransparenten Besteuerungssystems dar und soll unabhängig von einer tatsächlichen Belastung auf Ebene des Investmentfonds mithilfe von pauschalen Freistellungssätzen für die Anleger die körperschaftsteuerliche Vorbelastung ausgleichen.¹²⁶

Bei der Kapitalanlage in Aktienfonds sind beispielsweise beim Privatanleger pauschaliert 30 % steuerfrei. Bei Immobilienfonds sind bei allen Anlegergruppen 60 % (beim Investitionsschwerpunkt in Auslandsimmobilien 80 %) der Einkünfte steuerfrei. Hintergrund ist dabei, dass bei Aktienfonds gem. § 6 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Nr. 1 InvStG nur Dividenden, nicht jedoch Veräußerungsgewinne aus Aktien besteuert werden. Die höhere Teilfreistellung bei Immobilien wird dadurch gerechtfertigt, dass hier neben den laufenden Mieten und Pachten auch die Veräußerungsgewinne einer Steuerpflicht beim Fonds unterliegen, vgl. § 6 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 InvStG.

In der Literatur werden verschiedene Kritiken am Verfahren der Teilfreistellungen und an der Höhe der Teilfreistellungssätze laut. So seien beispielsweise Rentenfonds mit dem Anlageschwerpunkt auf ausländische Rentenpapiere benachteiligt. Hier liege in vielen Fällen eine Vorbelastung mit ausländischer Quellensteuer auf der Fondseingangsseite vor, ein Ausgleich dieser Steuerbelastung über Teilfreistellungen geschehe allerdings nicht. Hierdurch werde außerdem ein Ziel des Gesetzgebers, nämlich die Beibehaltung der steuerlichen Gleichstellung von Direkt- und Fondsanlagen, nicht erreicht.¹²⁷

Ferner dürften die Teilfreistellungen bei vielen Kleinanlegern ins Leere laufen, wenn sie lediglich Kapitaleinkünfte unterhalb des Sparer-Pauschbetrags erzielen.¹²⁸ In diesen Fällen liegt eine Verminderung der Rendite durch die Besteuerung auf Fondsebene vor, welche eben nicht durch die Teilfreistellung wieder ausgeglichen wird. Daneben kann die maßgebliche Teilfreistellungsquote auch Investitionsentscheidungen der Investmentfonds beeinflussen. So kann es durchaus geschehen, dass das Fondsmanagement eine bestimmte, möglicherweise besonders rentable, Investition nicht vornimmt, da sonst die für die Teilfreistellung benötigten Quoten bezüglich der maßgeblichen Investitionen des Fonds unterschritten werden könnten. Neben dieser Beeinflussung wirtschaftlicher Entscheidungen durch das Steuerrecht, werden ausländische, nicht auf den deutschen Markt zentrierte, Fonds die Voraussetzungen für bestimmte Teilfreistellungen nicht erfüllen (wollen).¹²⁹

Bei inländischen Immobilien erfolgt eine Besteuerung der Fondsebene mit 15 % Körperschaftsteuer.

Diese deckt aber nicht vollumfänglich den Besteuerungsanspruch auf der Anlegerebene ab. Dagegen erfolgt bei ausländischen Immobilien in der Regel eine umfassendere Besteuerung des Investmentfonds in dem ausländischen Staat, in dem die Immobilie liegt. Bei einer überwiegenden Investition in ausländische Immobilien ist grundsätzlich eine höhere Freistellung angemessen als bei einer überwiegenden Investition in inländische Immobilien.

¹²⁶ Vgl. *Mann*, in Brandis/Heuermann, 159. Lfg. Oktober 2021, § 20 InvStG Rn. 1-5.

¹²⁷ *Mertesdorf-Perathoner*, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 20 Rn. 1-15.

¹²⁸ *Meinert*, NWB 2015, 2416 - 2420.

¹²⁹ *Mertesdorf-Perathoner*, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 20 Rn. 1-15.

Aktien- und Immobilienfonds investieren meist nicht ausschließlich in Aktien oder Immobilien. Typischerweise werden auch andere Kapitalanlagen, insbesondere zinstragende Forderungen, im Vermögen gehalten. Die aus diesen anderen Kapitalanlagen resultierenden Erträge sind regelmäßig nicht steuerlich vorbelastet, profitieren aber gleichermaßen von der Teilfreistellung.

Typisierend wurde bei der Ermittlung der Freistellungshöhen das anteilige Halten von derartigen Kapitalanlagen unterstellt.

e) Vorabpauschale

Die Einführung der Vorabpauschalen stellt einen Bruch mit der Grundkonzeption des Investmentsteuerreformgesetzes dar. Dieses ist grundsätzlich so ausgestaltet, dass es eine Cashflow-Besteuerung der Anleger vorsieht.¹³⁰ Da allerdings häufig Ausschüttungen vorgenommen werden, die in ihrer Höhe die Erträge einer risikolosen Geldanlage unterschreiten, würde man ohne die Vorabpauschalen Thesaurierungen faktisch generell begünstigen.¹³¹ In ihrer Formulierung erinnert die Norm des § 18 InvStG zwar an die Strafbesteuerung des § 6 InvStG 2004, unterscheidet sich jedoch maßgeblich von dieser, da sie die Höhe der Vorabpauschale auf die tatsächliche Wertsteigerung begrenzt. Konzeptionell ersetzt § 18 InvStG die ausschüttungsgleichen Erträge des § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG 2004.¹³²

f) Semitransparentes Spezialsystem

Für Spezial-Investmentfonds wird unter den gleichen Voraussetzungen wie früher das semitransparente Besteuerungsverfahren fortgeführt.

Der Begriff „Semi-Transparenz“ bringt zum Ausdruck, dass bei Spezial-Investmentfonds – anders als bei Personengesellschaften – nicht alle Einkünfte dem Anleger zugerechnet werden. Vielmehr bedarf es für die Zurechnung einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung. Ergebnis: Aufgrund dieser Semi-Transparenz ist das heutige Investmentsteuerrecht günstiger für die Anleger als die Direktanlage, da bestimmte Erträge (im Wesentlichen Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren und aus Termingeschäften) steuerfrei thesauriert werden können (sog. Thesaurierungsprivileg).

Spezial-Investmentfonds sind von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit. Die Besteuerung erfolgt grundsätzlich auf Ebene der Anleger. Modifikationen werden insbesondere bei der Besteuerungstechnik für Dividenden und andere Beteiligungseinnahmen vorgenommen. Außerdem wird der enumerative Katalog der als ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassenden Ertragsarten vereinfacht.

Beachte: Soweit die Intransparenz als Instrument zur Reduzierung der Gestaltungsanfälligkeit angesehen wird, gilt dieses nicht für Spezial-Investmentfonds.

g) Investitionsgesellschaften

Das mit dem AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz eingeführte Besteuerungsregime für Investitionsgesellschaften wird in die vorgenannten Systeme integriert. Die in der Praxis mitunter schwierige Abgrenzung zwischen Investmentfonds und Investitionsgesellschaften entfällt.

¹³⁰ Jung, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 18 Rn. 14-31.

¹³¹ BT-Drucks. 18/8045, S. 88.

¹³² Jung, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 18 Rn. 14-31.

h) Vereinfachung der Anlegerbesteuerung

Es genügen vier Daten zur Besteuerung der Anleger: Höhe der Ausschüttung, Rücknahmepreis am Anfang und Ende des Kalenderjahres sowie die Angabe, ob es sich um einen Aktien-, Misch-, Immobilien- oder einen sonstigen Investmentfonds handelt. Alle vier Daten lassen sich relativ leicht beschaffen.

Auch die Frage, ob ein Aktien- oder Immobilienfonds vorliegt, lässt sich grundsätzlich aus den veröffentlichten Anlagebedingungen des Investmentfonds ermitteln. Mit dem Ziel der Vereinfachung (und die Gestaltungsanfälligkeit zu verringern!) wäre es dagegen nicht vereinbar, wenn man bei den Ausschüttungen eines Investmentfonds zwischen steuerpflichtigen Erträgen und steuerfreien Beträgen unterscheiden würde.

Ausschüttungen werden grundsätzlich als steuerpflichtiger Ertrag behandelt. Steuerfreie Kapitalrückzahlungen werden grundsätzlich nicht anerkannt. Eine Ausnahme gilt nur für die Liquidationsphase eines Investmentfonds.

Nach § 16 Abs. 3 InvStG kommen die (Teil-)Freistellungen nach § 3 Nr. 40 EStG sowie § 8b KStG ausdrücklich nicht zur Anwendung. Dies begründet sich damit, dass der Investmentfonds keiner vollumfänglichen Ertragsbesteuerung unterliegt. Die Regelung hat nur deklaratorischen Charakter, weil durch die Qualifikation der Erträge aus Investmentfonds als Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG ohnehin § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG nicht anwendbar sind.

Die Versagung dieser Vorteile verhindert den Anreiz, nach Arbitragemöglichkeiten zu streben.

2. Gegenmaßnahmen Konkret

a) Einleitung

Im Folgenden wird untersucht, welche konkreten Gegenmaßnahmen gegen die im Zeitpunkt der Reform bereits bekannten Strukturen gesetzgeberisch eingeleitet wurden. Dabei wird ferner untersucht, ob diese Maßnahmen das gesetzgeberische Ziel einer effektiveren Besteuerung wirksam erreichen.

b) Dividendenarbitrage

Auf Cum-/Cum-Gestaltungen wird in einem separaten Abschnitt gesondert eingegangen. An dieser Stelle soll jedoch bereits ein Blick auf ein typisches Strukturmerkmal von Dividendenarbitragegestaltungen geworfen werden. Diese basieren wie oben dargestellt oftmals auf Wertpapierleihtransaktionen (oder wirtschaftlich vergleichbaren Ausweichgestaltungen). Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 InvStG sind in- und ausländische Investmentfonds auch mit Entgelten, Einnahmen und Bezügen nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG steuerpflichtig:

Die investmentsteuerrechtliche Regelung des § 6 InvStG lautet:

§ 6 Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds

[...]

(3) ¹Inländische Beteiligungseinnahmen sind

1. Einnahmen nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 1a des Einkommensteuergesetzes und

2. Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nummer 2 Buchstabe a bis c des Körperschaftsteuergesetzes.

²Die Regelungen zum Steuerabzug nach § 32 Absatz 3 des Körperschaftsteuergesetzes sind entsprechend anzuwenden.

Die Körperschaftsteuerliche Regelung des § 2 KStG lautet:

§ 2 Beschränkte Steuerpflicht

Beschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind

[...]

2. sonstige Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind, mit den inländischen Einkünften, die dem Steuerabzug vollständig oder teilweise unterliegen; inländische Einkünfte sind auch

a) die Entgelte, die den sonstigen Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen dafür gewährt werden, dass sie Anteile an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland einem Anderen überlassen und der Andere, dem die Anteile zuzurechnen sind, diese Anteile oder gleichartige Anteile zurückzugeben hat,

b) die Entgelte, die den sonstigen Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen im Rahmen eines Wertpapierpensionsgeschäfts im Sinne des § 340b Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs gewährt werden, soweit Gegenstand des Wertpapierpensionsgeschäfts Anteile an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland sind, und

c) die in § 8b Abs. 10 Satz 2 genannten Einnahmen oder Bezüge, die den sonstigen Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen als Entgelt für die Überlassung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland gewährt gelten.

Kompensationszahlungen aus Wertpapierdarlehen sollten danach ebenso wie die zugrundeliegenden Dividenden selbst bei in- und ausländischen Investmentfonds der Körperschaftsteuerpflicht unterliegen.

Allerdings werden u.E. Gestaltungen mittels Genossenschaftsanteilen und Eigenkapital-Genussrechten nicht zwingend erfasst. Entsprechendes gilt ferner für unechte Pensionsgeschäfte¹³³ nach § 340b Abs. 3 HGB, bei denen der Pensionsnehmer nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, die Wertpapiere auf den Pensionsgeber zurückzuübertragen. Schließlich erscheint denkbar, dass ein Investmentfonds Wertpapiere an eine andere Partei unter gleichzeitiger Vereinbarung eines gegenläufigen Total-Return-Swaps¹³⁴ verkauft (sog. synthetische Wertpapierleihe).¹³⁵ Denn auch in diesem Fall fehlt es an der vertraglichen Verpflichtung der anderen Partei, die Wertpapiere an den Investmentfonds zurückzuübertragen.

c) Modell „Bondstripping“¹³⁶

Die gesetzgeberische Maßnahme besteht im Wesentlichen in der Einführung des § 38 Abs. 6 InvStG.

§ 38 Vereinnahmung und Verausgabung

[...]

¹³³ Böcking/Wolsiffer/Bär, in MüKo-HGB, 4. Aufl. 2020, § 340b Rn. 18; vgl. Hahne DStR 2017, 2313 m.w.N.

¹³⁴ Schmidt/Ries, in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl. 2020, § 246 Rn. 17, 18.

¹³⁵ Vgl. Woywode, IStR 2006, 368.

¹³⁶ Ratschow, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 20 EStG Rn. 398a.

(6) ¹Wird ein Zinsschein oder eine Zinsforderung vom Stammrecht abgetrennt, gilt dies als Veräußerung der Schuldverschreibung und als Anschaffung der durch die Trennung entstandenen Wirtschaftsgüter. ²Die Trennung gilt als vollzogen, wenn dem Inhaber der Schuldverschreibung die Wertpapierkennnummern für die durch die Trennung entstandenen Wirtschaftsgüter zugehen. ³Als Veräußerungserlös der Schuldverschreibung gilt deren gemeiner Wert zum Zeitpunkt der Trennung. ⁴Für die Ermittlung der Anschaffungskosten der neuen Wirtschaftsgüter ist der Wert nach Satz 3 entsprechend dem gemeinen Wert der neuen Wirtschaftsgüter aufzuteilen. ⁵Die Erträge des Stammrechts sind in sinngemäßer Anwendung des Absatzes 3 periodengerecht abzugrenzen.

§ 38 Abs. 6 InvStG hat zum Ziel, die Umgehungsmöglichkeit von Verlustabzugsbeschränkungen durch die oben genannten Modelle zu verhindern. Ohne diesen Absatz könnten sonst beim Anleger bestehende Verluste durch ausschüttungsgleiche Erträge ausgeglichen werden. Bei einer Veräußerung der Anteile an einem Spezial-Investmentfonds in einem späteren Veranlagungszeitraum könnte dann ein Verlust realisiert werden, da der Veräußerungsgewinn aus den Spezial-Investmentanteilen durch die ausschüttungsgleichen Erträge gemindert werden würde.¹³⁷ Solche Erträge könnten durch den Fonds z.B. durch die Trennung der Zinsforderung einer Anleihe vom Anleihemantel erzielt werden. Dabei würde der Fonds sämtliche Anschaffungskosten dem Mantel zuordnen. Eine Veräußerung des Zinsscheins ohne Anschaffungskosten könnte beim Spezial-Investmentfonds nun zu ausschüttungsgleichen Erträgen gem. §§ 34 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. 36 Abs. 1 InvStG führen. Der Anleger könnte solche auf seiner Ebene mit Verlusten ausgleichen.¹³⁸

§ 38 Abs. 6 InvStG begegnet solchen Gestaltungen, indem eine fiktive Veräußerung der ursprünglichen Anleihe und gleichzeitig eine Anschaffung der beiden selbstständigen Wirtschaftsgüter „Anleihemantel“ und „Zinsschein“ im Zeitpunkt der Trennung normiert wird. Dabei ist anzumerken, dass die Regelung sich ausschließlich auf Spezial-Investmentfonds bezieht.

Unter der Voraussetzung, dass keine Absprachen zwischen einem Dritten und dem Spezial-Investmentfonds hinsichtlich der Trennung einer Anleihe stattgefunden haben, ist dem Fonds eine durch einen Dritten veranlasste Trennung nicht zuzurechnen, auch wenn der Fonds beide Wirtschaftsgüter erwirbt.¹³⁹

§ 38 Abs. 6 Satz 3 InvStG legt als Veräußerungserlös der Schuldverschreibung ihren gemeinen Wert i.S.d. § 9 BewG im Zeitpunkt der Trennung fest. Dieser Wert wird bei börsennotierten Schuldverschreibungen gem. § 11 Abs. 1 BewG in aller Regel als der niedrigste Börsenkurs am Stichtag der Trennung anzusetzen sein. Dieser ist außerdem nach § 38 Abs. 6 Satz 4 EStG auf die beiden neuen Wirtschaftsgüter nach deren gemeinem Wert aufzuteilen. Da ein börsenmäßig bestimmbarer Wert in aller Regel noch nicht existieren dürfte, ist dieser regelmäßig der Barwert des Anleihemantels, welcher unter Berücksichtigung der aktuellen Marktzinsen nach finanzmathematischen Methoden zu ermitteln ist. Der gemeine Wert des Zinsscheines ergäbe sich dann als Residualgröße aus der Differenz zwischen fingiertem Veräußerungserlös und Barwert des Anleihemantels.¹⁴⁰

¹³⁷ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 30.

¹³⁸ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 30.

¹³⁹ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 31.

¹⁴⁰ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 32.

Dieser Tatbestand ist mit dem bisherigen § 3 Abs. 1a InvStG 2004 vergleichbar. Zur Verdeutlichung soll an dieser Stelle ein Beispiel aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 1a InvStG 2004 dienen.¹⁴¹

Ein Investmentfonds hat eine Schuldverschreibung zum Nennwert von 100 EUR erworben. Bei der Abtrennung des Zinskupons beträgt der Kurswert der Schuldverschreibung 110 EUR.

Durch die Trennung erzielt der Investmentfonds auf Grund der Neuregelung einen Kursgewinn von 10 EUR. Für das Stammrecht wird ein Barwert von 70 EUR und für den Zinskupon ein Barwert von 39 EUR ermittelt. Daher entfallen auf das Stammrecht $70 \cdot 110 / 109 = 70,64$ EUR und auf den Zinskupon $39 \cdot 110 / 109 = 39,36$ EUR als Anschaffungskosten.

Für die Abgrenzung der Erträge aus dem neuen Wirtschaftsgut "Stammrecht" ist § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvStG 2004 (nunmehr § 38 Abs. 3 Nr. 1) sinngemäß anzuwenden. Grundsätzlich gelten Einnahmen vom Investmentfonds als innerhalb des Geschäftsjahres bezogen, in dem sie dem Investmentfonds zugeflossen sind (Grundprinzip des § 11 Abs. 1 EStG).

Für bestimmte Einnahmen des Investmentfonds, wie u.a. Zinsen und angewachsene Ansprüche aus einem Emissions-Agio oder -Disagio einer sonstigen Kapitalforderung, gilt die Zuflussfiktion des § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvStG 2004.

Danach werden die genannten Einnahmen beim Investmentfonds nicht zu ihrem tatsächlichen Zuflusszeitpunkt erfasst, sondern entsprechend den Bilanzierungsgrundsätzen periodengerecht abgegrenzt.

Das heißt, die Einnahmen sind – unabhängig von ihrem tatsächlichen Zahlungszeitpunkt – im Zeitpunkt der bilanziellen Erfassung nach dem Realisationsprinzip auf Ebene des Investmentfonds zu berücksichtigen. Die Erträge aus dem neuen Wirtschaftsgut „Stammrecht“ sind demzufolge nach bilanziellen Realisierungsgrundsätzen zu ermitteln und dem Investmentfonds zuzurechnen.

Anders als § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvStG 2004 erfasst § 38 Abs. 6 InvStG auch sonstige Kapitalforderungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, die keine Emissionsrendite haben.

Im Ergebnis führt die Regelung dazu, dass die Anschaffungskosten der Schuldverschreibung nicht vollständig dem Stammrecht, sondern auch dem Zinsschein bzw. der Zinsforderung zugeordnet werden.

Fraglich ist, ob nach wie vor Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. Bei einem Vergleich mit der Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2b EStG fällt auf, dass letzterer auch auf Schuldverschreibungen anzuwenden ist, die nicht in einzelnen Wertpapieren verbrieft sind sowie auf Schuldbuchforderungen, die in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen sind. U.E. sollte eine vergleichbare Regelung hier ebenfalls – jedenfalls klarstellend – übernommen werden. Dies umso mehr, als in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten wird, dass insoweit eine Gesetzeslücke besteht.¹⁴²

d) Modell „Kopplungsgeschäfte“

Die bereits im Vorfeld der Investmentsteuerreform indizierten Strukturen werden mittels der Normen §§ 39, 48 Abs. 4 und 49 Abs. 4 InvStG adressiert:

¹⁴¹ BR-Drs. 740/13, 47

¹⁴² Vgl. dazu *Becker-Pennrich*, FR 2017, 7.

§ 39 Werbungskosten, Abzug der Direktkosten

(1) ¹Werbungskosten des Spezial-Investmentfonds, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen, sind Direktkosten. ²Zu den Direktkosten gehören auch Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung bis zur Höhe der nach § 7 des Einkommensteuergesetzes zulässigen Beträge. ³Die übrigen Werbungskosten des Spezial-Investmentfonds sind Allgemeinkosten.

(2) ¹Direktkosten, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes stehen, sind ausschließlich den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes zuzuordnen. ²Liegen keine Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes vor oder sind die Einnahmen niedriger als die Werbungskosten, so hat der Spezial-Investmentfonds Verlustvorträge zu bilden.

(3) Verluste aus Finanzderivaten sind als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes herbeigeführt hat.

(4) Die nach der Zuordnung nach den Absätzen 2 und 3 verbleibenden Direktkosten sind von den jeweiligen Einnahmen abzuziehen.

§ 48 Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn, Fonds-Teilfreistellungsgewinn

[...]

(4) ¹Gewinne aus der Veräußerung sowie Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen sind nicht in den Fonds-Aktiengewinn einzubeziehen, wenn die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse

1. keiner Ertragsbesteuerung unterliegt,
2. von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit ist oder
3. sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit ist, wie sie eine Ausschüttung vornimmt.

²Verluste aus Finanzderivaten mindern den Fonds-Aktiengewinn, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Wertveränderungen nach Absatz 3 Nummer 2 herbeigeführt hat.

[...]

§ 49 Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, Teilwertansatz

[...]

(4) § 15b des Einkommensteuergesetzes ist auf Verluste aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen sowie auf Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwertes bei Spezial-Investmentanteilen entsprechend anzuwenden.

§ 48 Abs. 4 Satz 2 soll wie die Parallelvorschrift in § 39 Abs. 3 bestimmte unerwünschte Kopplungsgeschäfte steuerlich unattraktiv machen.¹⁴³ Bei solchen Kopplungsgeschäften schließt der Spezial-Investmentfonds gegenläufige Derivatgeschäfte ab, die dazu genutzt werden, Veräußerungsgewinne aus Aktien zu generieren und dazu führen, dass in ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften entstehen (BT-Drucks. 18/8045, S. 110). Die Geschäfte sind in der Weise aufeinander abgestimmt, dass unabhängig von der Kursentwicklung der Aktie in jedem Fall ein Aktienveräußerungsgewinn und ein Termingeschäftsverlust generiert werden kann.¹⁴⁴

In der Fachöffentlichkeit wird insoweit kommentiert, dass die notwendige Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Termingeschäftsarten – denjenigen, die in die Steuerbemessungsgrundlage eingehen, bzw. denjenigen, die außen vor bleiben – sehr komplex und damit in der konkreten Umsetzung fehleranfällig ist.¹⁴⁵ Ebenso gälte das für die Ermittlung der Ergebnisse aus der fiktiven Veräußerung im Rahmen der Übergangsregelung.

Dadurch, dass § 48 Abs. 4 Satz 2 InvStG die Termingeschäftsverluste in den Fonds-Aktiengewinn miteinbezieht, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Wertveränderungen aus Aktien und gleichstehenden Anteilen nach § 48 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 InvStG herbeiführt, werden die (un)realisierten Aktienveräußerungsgewinne neutralisiert.

Dabei setzt nach der Vorstellung des Gesetzgebers das Vorliegen einer **konzeptionellen Gestaltung** nicht voraus, dass die Derivatgeschäfte sich auf die gleiche Aktiengattung beziehen müssen. Vielmehr sollen auch Gestaltungsvarianten erfasst werden, die sich auf unterschiedliche Aktiengattungen oder eine oder mehrere Aktienkörbe beziehen.¹⁴⁶

Eine entsprechende gesetzliche Regelung findet sich auch in § 39 Abs. 3 InvStG. Dort sind Verluste aus Finanzderivaten als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer **konzeptionellen Gestaltung** Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG herbeigeführt hat. In der Vergangenheit behandelte die Finanzverwaltung derartige Gestaltungen als Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten.¹⁴⁷

¹⁴³ Völker, DStR 2016, 265 m.w.N.

¹⁴⁴ Beispiel in BT-Drucks. 18/8045, S. 110 f.

¹⁴⁵ Vgl. dazu die umfangreichen Ausführungen in BMF v. 18.6.2021, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung (InvStG), BStBl. I 2021, 844 Rz. 39.14 bis 39.20, insbesondere in Rz. 39.20.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 18/8045, S. 111.

¹⁴⁷ Vgl. Nds. FG v. 1.11.2012 - 6 K 382/10, EFG 2013, 382, aufgehoben durch BFH v. 22.12.2015 - I R 43/13, BFH/NV 2016, 1034, nachfolgend Nds. FG v. 6.7.2017 - 6 K 150/16, juris, rkr.

Der Gesetzgeber möchte allerdings die drohende Rechtsfolge rechtssicherer als mit einem Rückgriff auf § 42 AO auch in Fällen ausschließen, in denen sich die gegenläufigen Finanzderivate nicht nur auf die gleiche Aktiengattung, sondern z.B. auch auf Gesamtheiten von Aktiengattungen (Aktienkörbe) beziehen.¹⁴⁸ Dies hat der BFH mit Urteil vom 9.4.2014¹⁴⁹ in einer ähnlichen Gestaltung zu einer aus mehreren Bausteinen zusammengefassten Aktieninvestition entschieden.

Durch den **konzeptionellen Zusammenhang** verlieren die Verluste aus Finanzderivaten, aus Sicht des Gesetzgebers, ihre Eigenschaft als separat zu betrachtende Ertragsart und sind stattdessen als Werbungskosten der Ertragsart „Aktienveräußerungsgewinne“ zuzuordnen oder als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG abzuziehen.

Übersteigen die Verluste aus Finanzderivaten die Aktienveräußerungsgewinne, so ist ein Verlustvortrag zu bilden und eine Verrechnung mit Aktienveräußerungsgewinnen der Folgejahre vorzunehmen.

Dagegen dürfen die Verluste aus Finanzderivaten, die bei Kopplungsgeschäften entstanden sind, nicht mit positiven Erträgen aus anderen Finanzderivaten verrechnet werden.

In der Literatur wird vertreten, dass ein Verlust aus einem Finanzderivat immer dann ausreichend hoch ist, um zur Anwendung von § 39 Abs. 3 InvStG zu führen, wenn er durch den gegenläufigen Aktienveräußerungsgewinn und die durch den Verlust erreichbare Steuerersparnis wirtschaftlich ausgeglichen wird.

Der Verlust wäre dann schon ausreichend ähnlich hoch wie der angestrebte Gewinn, wenn er ca. 87 % des Gewinns beträgt.¹⁵⁰

Nach dieser Sichtweise läge unterhalb dieser Schwelle ggf. keine ausreichende „ähnliche“ Höhe vor. Der Wortlaut des § 39 Abs. 3 InvStG kann folglich zu Diskussionen bei der Anwendung der Regelung führen¹⁵¹. Selbst im Rahmen der konzeptionellen Kopplungsgeschäfte ist es eher unüblich, dass die Höhe der Verluste aus den Finanzderivaten der Höhe der Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG entspricht. Eine klarstellende Änderung sollte bei Gelegenheit in Betracht gezogen werden.

Ferner ist fraglich, wann eine konzeptionelle Gestaltung vorliegt. Aktienveräußerungsgewinne und Verluste aus Finanzderivaten müssen, um z.B. unter § 39 Abs. 3 InvStG zu fallen, im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung herbeigeführt werden.

Das Gesetz definiert nicht, wann eine konzeptionelle Gestaltung anzunehmen ist.

Die in der Begründung des Gesetzentwurfs geschilderten Beispiele zeigen, dass die zu Aktienveräußerungsgewinnen führenden Geschäfte und die Finanzderivate wohl gleichzeitig und beide mit einer Gegenpartei vereinbart werden müssen, um das Tatbestandsmerkmal der konzeptionellen Gestaltung zu erfüllen.¹⁵² Isoliert, d.h. nicht als Koppelungsgeschäft vereinbarte Aktien- und Termingeschäfte fallen nicht unter Abs. 3, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 39.20.¹⁵³

¹⁴⁸ BT-Drucks. 18/8045, S. 111.

¹⁴⁹ BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, BStBl II 2014, 861.

¹⁵⁰ Vgl. Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 39 Rn. 15.

¹⁵¹ Vgl. hierzu Völker, in Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), InvStG, 2. Aufl. 2020, § 39 Rn. 53 ff.

¹⁵² BT-Drucks. 18/8045, S. 110; s. zu einer vergleichbaren Fragestellung auch Haisch, RdF 2019, 223, 228.

¹⁵³ Vgl. Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 39 Rn. 15.

BMF-Schreiben, BMF IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :001; DOK 2019/0415199, (BStBl. I S. 527) Rdn. 39.20:

„Von den von § 39 Abs. 3 InvStG erfassten Kopplungsgeschäften sind isoliert vereinbarte Aktien- und Termingeschäfte abzugrenzen. Bei isoliert vereinbarten Aktien- und Termingeschäften tritt nach der jeweiligen individuellen Gestaltung ein spekulatives Element, d. h. die Risikotragung einer zukünftigen Wertentwicklung der Aktie, in den Vordergrund.“

U.E. handelt es sich um eine unnötige Einschränkung eines umfassenderen Gestaltungsspielraums. Die apodiktische Feststellung, bei isoliert abgeschlossenen Termingeschäften überwiege ein „spekulatives Element“ überrascht.

In diesem Zusammenhang sollte auch § 15b EStG i.V.m. § 49 Abs. 4 InvStG Erwähnung finden. Es handelt sich nach h.M. insoweit um einen Rechtsgrundverweis.¹⁵⁴ In Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Auffassung im Schrifttum dürften die Tatbestandsvoraussetzungen u.E. eher selten erfüllt sein.¹⁵⁵ § 15b EStG ist bekannt für seine Schwächen. Diese werden in das InvStG hineingetragen. Schwerpunkt der Kritik an der Norm ist u.E. die Unschärfe des „Modell“-Begriffs der Steuerstundungsmodells. Erforderlich hierfür ist ein vorgefertigtes Konzept. Ein Konzept ist vorgefertigt, wenn der Anwender es vorfindet und zumindest die wesentlichen Grundlagen für ein geplantes Vorhaben einsetzen kann und nicht erst selbst die Strategien und Maßnahmen zur Umsetzung seines Vorhabens entwickeln muss.¹⁵⁶

Aufgrund der „entsprechenden“ Anwendung von § 15b EStG ist dabei zu beachten, dass neben den Voraussetzungen aus § 49 Abs. 4 InvStG (Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen oder Teilwertabschreibung dieser) – wie erwähnt – auch die Voraussetzungen des § 15b EStG vorliegen müssen.¹⁵⁷

Ein Steuerstundungsmodell im Sinne des § 15b Abs. 2 InvStG liegt vor, wenn *auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen*. Dabei ist insbesondere das Vorliegen eines vorgefertigten Konzepts unerlässlich um den Anwendungsbereich des § 15b EStG zu eröffnen.¹⁵⁸ Dazu hat der BFH bereits in einem Urteil aus dem Jahre 2014 Stellung genommen.¹⁵⁹ Dabei hat er sich zur Definition des Begriffs des Konzeptes auf ein Urteil des Hessischen Finanzgerichts bezogen und beschlossen, dass ein solches „vorgefertigtes Konzept“ einen Plan für ein bestimmtes Vorhaben beschreibt, welcher sich aus den Erkenntnissen und Entwicklungen von Zielen mithilfe von Strategien und Maßnahmen ableitet und dabei einem größeren strategischen Vorhaben dient.¹⁶⁰ Ein solches Konzept kann also nicht für jede planmäßige Investition angenommen werden, sondern hat sich vielmehr als ein an mehrere Interessenten gerichtetes Investitionskonzept darzustellen.¹⁶¹ Vorgefertigt ist ein solches Konzept regelmäßig dann, wenn der Investor

¹⁵⁴ Vgl. z.B. Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28; Hartmann, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 49 Rn. 48-57.

¹⁵⁵ Wenzel, Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 28 („missglückt“)

¹⁵⁶ BFH v. 17.01.2017 – VIII R 7/13, BStBl II 2017, 700, Tz. 32.

¹⁵⁷ Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28.

¹⁵⁸ Hartmann, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 49 Rn. 48-57.

¹⁵⁹ BFH v. 06.02.2014 - IV R 59/10 (FG Münster 8. 11. 2010 5 K 4566/08 F), EFG 2011, 438.

¹⁶⁰ FG Hessen v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, EFG 2013, 510.

¹⁶¹ BFH v. 06.02.2014 - IV R 59/10 (FG Münster 8. 11. 2010 5 K 4566/08 F), EFG 2011, 438.

dieses Konzept nutzen kann, ohne selbst Strategien und Maßnahmen zur Umsetzung entwickeln zu müssen.¹⁶²

Über den Anwendungsbereich des § 15b EStG i.V.m. § 49 InvStG stellt sich die Frage, ob diese Kritik entsprechend auf das Tatbestandsmerkmal der konzeptionellen Gestaltung anzuwenden ist. In diesem Fall wären individuell erstellte Kopplungsgeschäfte ggf. weiterhin möglich.

Bezogen auf Spezial-Investmentfonds bedeutet dies, dass der Investor keine Möglichkeit der wesentlichen Einflussnahme auf das Investitionsmuster des Fonds haben darf. So spreche beispielsweise für ein Steuerstundungsmodell, wenn ein Anleger keinen Einfluss auf die Geschäftsführung (des Fonds) anstrebe und sich lediglich oder vorrangig am Kapital beteiligen möchte.¹⁶³

Aufgrund der Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Anlageentscheidungen und die Anlagepolitik des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds über den Anlageausschuss könnte es allerdings sein, dass bei diesen häufig gerade kein vorgefertigtes Konzept im Sinne des § 15b EStG vorliegt.

Dies verneint die Finanzverwaltung. Nach ihrer Ansicht seien geschlossene Fonds, die in der Rechtsform einer Personengesellschaft betrieben werden und den Anlegern in der Anlaufphase steuerliche Verluste zuweisen, regelmäßig als Steuerstundungsmodell einzuordnen, sogar dann wenn die Gesellschafter gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten auf die Vertragsgestaltung haben.¹⁶⁴ Genau diese Ansicht hat der BFH jedoch verneint, sofern der Einfluss des Gesellschafters ins Gewicht fällt und nicht nur rein formal eine Einflussnahmemöglichkeit besteht.¹⁶⁵

e) Modell „Zins- & Dividendensurrogate“

Zur Einschränkung von Gestaltungen im Zusammenhang mit Zins- und Dividendensurrogaten wurde § 36 Abs. 2 Nr. 2 2. HS InvStG konzipiert:

§ 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

[...]

(2) Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge sind

1. Erträge aus Stillhalterprämien nach § 20 Absatz 1 Nummer 11 des Einkommensteuergesetzes,
2. Gewinne nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 3 und 7 des Einkommensteuergesetzes; ausgenommen sind Erträge aus Swap-Verträgen, soweit sich die Höhe der getauschten Zahlungsströme nach Kapitalerträgen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 7 des Einkommensteuergesetzes bestimmt, und
3. Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen.

[...]

¹⁶² FG Hessen v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, EFG 2013, 510.

¹⁶³ FG Hessen v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, BeckRS 2013, 94495.

¹⁶⁴ BMF v. 17.07.2007, Anwendungsschreiben § 15b EStG, BStBl I 2007, 542, Rn. 7.

¹⁶⁵ BFH v. 06.02.2014 - IV R 59/10 (FG Münster 8. 11. 2010 5 K 4566/08 F), EFG 2011, 438.

Steuerfrei thesaurierbar sind daher nicht diejenigen Erträge aus Swap-Verträgen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Surrogat für Zinsen oder Dividenden darstellen.¹⁶⁶

Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben auf Grund des unbestimmten Begriffs „Swap“. U.E. bietet sich auch hier die zivilrechtliche Trennung und das Kontrahieren mit mehreren Vertragspartnern an. Eine wirtschaftliche Zusammenfassung aller Verträge mit dem Ziel der Umqualifikation in einen „Swap-Vertrag“ erscheint zu weitgehend.

Daneben muss kritisch festgehalten werden, dass die Vorschrift des § 36 Abs. 2 Nr. 2 2. HS InvStG in vielen Fällen in der Praxis kaum administrierbar sein dürfte. In jedem Einzelfall müsste der wirtschaftliche Zusammenhang der in Frage stehenden Derivate geprüft und eingeordnet werden.

U.E. ist der Begriff des „Swaps“ ferner zu unbestimmt. Zertifikate (§ 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG) zählen z.B. nicht zu „Swaps“. Swaps (Zinsswaps, Währungsswaps, kombinierte Zins-Währungsswaps) dienen dem Austausch relativer Vorteile, die sich aus bestimmten wirtschaftlichen Bezugsgrößen (z. B. Zinssätze) ergeben. Demnach sollten einseitige Zahlungsverpflichtungen unter einem Zertifikat nicht erfasst sein.

Denkbar wäre mit unterschiedlichen Emittenten verschiedene „Zertifikate“ zu zeichnen, die wirtschaftlich dem Konzept „Swap“ nahekommen.

f) Modell „Ertragsteuerliches Enhancement“

Die Gestaltungen um das „Ertragsteuerliche Enhancement“ werden von den Normen § 35 Abs. 6, 7 InvStG sowie § 36 Abs. 4 InvStG erfasst.

§ 35 Ausgeschüttete Erträge und Ausschüttungsreihenfolge

[...]

(6) Werden einem Anleger Erträge ausgeschüttet, die auf Zeiträume entfallen, in denen der Anleger nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war, gelten insoweit Substanzbeträge als ausgeschüttet.

(7) § 36 Absatz 4 Satz 1 ist entsprechend anzuwenden.

§ 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

[...]

(4) ¹Die ausschüttungsgleichen Erträge sind nach § 37 mit der Maßgabe zu ermitteln, dass Einnahmen und Werbungskosten insoweit den Anlegern zugerechnet werden, wie diese zum Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen oder des Abflusses der Werbungskosten Spezial-Investmentanteile an dem Spezial-Investmentfonds halten.

[...]

Die Ausschüttung von Erträgen, die auf Zeiträume entfallen, in denen der Anleger nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war, gilt als Substanzauskehr (§ 35 Abs. 6 InvStG).¹⁶⁷

U.E. werden durch die oben erwähnten Normen sowohl die geschilderte Zinsschranken-Optimierungen als auch bestimmte Double Dip Strukturen¹⁶⁸ und Foreign Credit Strukturen effektiv verhindert, da die ausgeschütteten Beträge nicht mehr als laufender Ertrag, sondern

¹⁶⁶ BMF v. 29.4.2021, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung, BStBl. I 2021, 735 Tz. 36.22

¹⁶⁷ Beispiele finden sich im BMF-Schreiben vom 29.04.2021 zu § 36 Abs. 4 InvStG.

¹⁶⁸ Vgl. Müller, IStR 2005, 181.

als teilweise Rückzahlung des eingezahlten Kapitals gelten, was sie bei wirtschaftlicher Betrachtung auch tatsächlich sind. Dies wird allerdings durch den Preis eines erheblichen administrativen Aufwandes erreicht. Ferner muss festgehalten werden, dass das investmentrechtliche und das investmentsteuerrechtliche Fondsergebnis auseinanderlaufen, da im Investmentrecht das Ertragsausgleichsverfahren weiterhin angewendet wird.

g) Modell „Luxemburg SPF“

Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Gegenmaßnahme um Besteuerungslücken zu schließen ist § 1 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 InvStG (Nummerierung geändert 2020)

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz ist anzuwenden auf Investmentfonds und deren Anleger.

(2) ¹Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs. ²Für Zwecke dieses Gesetzes besteht keine Bindungswirkung an die aufsichtsrechtliche Entscheidung nach § 5 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs. ³Als Investmentfonds im Sinne dieses Gesetzes gelten auch

1. Organismen für gemeinsame Anlagen, bei denen die Zahl der möglichen Anleger auf einen Anleger begrenzt ist, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs erfüllt sind,

2. Kapitalgesellschaften, denen nach dem Recht des Staates, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung haben, eine operative unternehmerische Tätigkeit untersagt ist und die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen oder die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, und

3. von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften verwaltete Investmentvermögen nach § 2 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs.

Die Regelung ist in der Fachliteratur umstritten. Eine Ansicht sieht in der Entfernung vom Aufsichtsrecht eine Systemwidrigkeit.¹⁶⁹ Nach anderer Ansicht ist die Regelung notwendig.¹⁷⁰ Vor dem Hintergrund eines divergierenden Gesetzeszweckes von Aufsichtsrecht und Steuerrecht mag u.E. der Vorwurf der Systemwidrigkeit im Ergebnis nicht überzeugen.¹⁷¹ Letztlich handelt es sich um eine fiskalisch motivierte Rückausnahme für das Steuerrecht. Fraglich ist vielmehr, ob Gleiches auch für andere Regelungen, für die Ausnahmen nach investmentrechtlicher Auslegung greifen, wie zum Beispiel Joint Ventures oder Investmentclubs, gelten muss.¹⁷² U.E. ist allerdings fraglich, ob das Tatbestandsmerkmal „Untersagung“ erfüllt ist, wenn die operative Tätigkeit nur mit negativen Folgen belegt wird (so bei partieller Steuerpflicht von gGmbH im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nach §§ 64 ff. AO).¹⁷³ Nach umstrittener Ansicht in der Literatur reicht die bloße (sachliche) Steuerbefreiung **bestimmter** Einkünfte, die faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt, für die

¹⁶⁹ Link, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 1 Rn. 6.

¹⁷⁰ Bödecker, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 1 Rn. 42.

¹⁷¹ Vgl. auch BaFin Merkblatt zur Erlaubnispflicht gemäß KWG und KAGB von Family Offices, Stand Mai 2014, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_140514_familyoffices.html, abgerufen am 15.12.2018; kritisch hierzu bereits Bödecker/Hartmann, in BeckOK, InvStG 2004, 19. Edition, § 1 Rn. 32, 33; aA WBA/Mann InvStG 2018 § 1 Rn. 33, der für das Investmentsteuerrecht eine solche Ausnahme für Family Offices und Joint Ventures ablehnt).

¹⁷² So Bödecker, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 1 Rn. 42.

¹⁷³ Vgl. BT-Drucks. 18/8045, S. 67; BMF v. 21.5.2019, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung, BStBl. I 2019, 527 Tz. 1.10 und Link, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 1 Rn. 9b.

Fiktion des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 InvStG nicht aus. Im Ergebnis wird deutlich, dass Besteuerungslücken daher in Abhängigkeit von der Entwicklung des ausländischen Rechts entstehen können.

h) Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen

Die gesetzgeberische Gegenmaßnahme beruht auf dem Zusammenspiel der Normen §§ 16 Abs. 4; 34 Abs. 3 Satz 2; 43 Abs. 1 i.V.m. 26, 29 InvStG.

Problematisch in diesem Zusammenhang könnte sein, dass § 26 Nr. 6 InvStG die Höhe der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung nur auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften bezieht.

Indem ein Spezial-Investmentfonds nach § 26 Nr. 6 InvStG nicht mindestens 10 % am Kapital einer ausländischen Kapitalgesellschaft halten kann,¹⁷⁴ sind Freistellungen nach Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU) grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁷⁵ Dies gilt selbst dann, wenn sich im Einzelfall eine Überschreitung der Beteiligungshöchstgrenze ergeben sollte, weil dann wegen § 29 Abs. 3 InvStG keine sich aus dem Steuerrecht ergebenden Rechtspositionen geltend gemacht werden dürfen.

Fraglich ist allerdings, ob der Begriff „Kapitalgesellschaft“ nicht zu eng ist, da Genossenschaften keine Kapitalgesellschaften sind und auf diese die Mutter-Tochter-Richtlinie Anwendung finden kann.

i) Übermäßige Thesaurierung

§ 36 Abs. 5 InvStG normiert eine Ausschüttungsfiktion.

§ 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

[...]

(5) ¹Die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten mit Ablauf des 15. Geschäftsjahres nach dem Geschäftsjahr der Vereinnahmung als ausschüttungsgleiche Erträge und zu diesem Zeitpunkt als zugeflossen, soweit sie die Verluste der Vorjahre übersteigen und nicht bis zum Ende des 15. Geschäftsjahres oder in den vorherigen Geschäftsjahren ausgeschüttet wurden. ²Absatz 4 ist auf die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge nicht anzuwenden.

[...]

U.E. besteht trotz der Ausschüttungsfiktion ein Anreiz zur Umqualifizierung von ausschüttungsgleichen Erträgen in thesaurierungsfähige Erträge. Darüber hinaus können Zins- und Dividenden erträge in Schuldverschreibungen umverpackt werden, um eine dauerhafte Thesaurierung zu ermöglichen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob 15 Jahre eine übermäßige Dauer darstellen. Dabei muss allerdings sektorspezifisch bedacht werden, dass für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen die Regelung zur steuerfreien Thesaurierung notwendig ist, um die Überschussbeteiligung der Versicherungsnehmer bestmöglich glätten zu können (sowohl zeitlich über die Jahre als auch über die verschiedenen Versicherungsnehmergruppen).

Da der überwiegende Teil der Thesaurierungen den Versicherungsnehmern zusteht (und damit letztlich beim Versicherungsunternehmen Betriebsausgabe ist), erscheint es

¹⁷⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU v. 30.11.11, ABI EU L 345 S. 8).

¹⁷⁵ Vgl. Wenzel, in Brandis/Heuermann, 158. Lfg. August 2021, § 26 InvStG Rn. 47.

nachvollziehbar, dass der sich für die Versicherungsunternehmen ergebende Steuerstundungseffekt für den Fiskus überschaubar ist.

Die in § 36 Abs. 5 InvStG gefasste Zwangszurechnung nach 15 Geschäftsjahren knüpft an dem Begriff der „steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge“ an, der im § 36 Abs. 2 InvStG definiert ist.

Veräußerungen von Inhaberschuldverschreibungen, die einen Anspruch auf Lieferung physischen Golds verbiefen, sind nicht erfasst.¹⁷⁶ Ferner sind auch Investments in virtuelle Währungen nicht erfasst.¹⁷⁷ Bei einer Besitzzeit von mindestens einem Jahr stellen Gewinne aus der Veräußerung dieser Wertpapiere zudem keine sonstigen Erträge i. S. d. § 36 Abs. 3 InvStG dar¹⁷⁸. Die realisierten Gewinne können zeitlich unbeschränkt auf Ebene des Spezial-Investmentfonds steuerfrei vorgetragen werden. Im Ergebnis sollte daher überlegt werden, dass die maximale Thesaurierungsfähigkeit von Erträgen nicht auf Kapitalerträge beschränkt bleibt. Zu prüfen sollte insbesondere sein, ob die „Tokenisierung“ als Einfallstor für weitergehende Gestaltungen gesehen werden kann.

III. "Neue" Steuersparmodelle bei Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds

1. Teilfreistellung

Die in § 20 InvStG geregelte Aktienteilfreistellung greift bei allen Aktienfonds und Mischfonds. Für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Aktienteilfreistellung wird die Kategorisierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht übernommen (vgl. Fondskategorien-Richtlinie vom 22. Juli 2013).

Laut Anlagebedingungen müssen bei einem Aktienfonds fortlaufend mehr als 50 % (25 % Mischfonds) des Wertes des Investmentfonds in Aktien und anderen Kapitalbeteiligungen angelegt (Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote) werden. Derivate werden auf die Kategorisierung nicht angerechnet. Sie führen ggf. dazu, dass im Rahmen des Vertriebs die Fondskategorie nicht erwähnt werden darf. Für Steuerzwecke ist aber der Vertrieb irrelevant. Durch gezieltes Ausnutzen der investimentrechtlichen Anforderungen kann damit eine Teilfreistellung erreicht werden bei gleichzeitiger weitgehender Neutralisierung etwaiger Kursänderungsrisiken durch den Einsatz von Derivaten.

2. Modell Gemischter Aktien- Fonds / Optimierung des Fondsvermögens

Hält eine Fondsgesellschaft beispielsweise einen Aktienfonds und einen Rentenfonds und sind beide Fonds wertmäßig in etwa identisch, bietet es sich an, die beiden Fonds zu einem Fonds zusammenzulegen.

Grund dafür sind die Teilfreistellungssätze für den Aktienfonds, die dann auch für Renten genutzt werden können (50 %-Grenze). Das heißt beim Körperschaftsteuerpflichtigen Anleger, dass 80 % der Erträge steuerbefreit sind (§ 20 Abs. 1 InvStG).

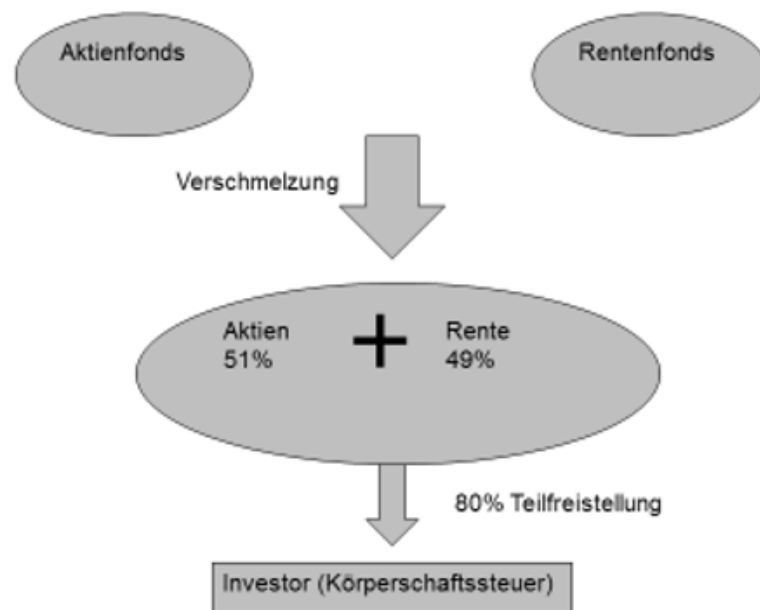
Damit erfolgt eine übermäßige Begünstigung des Renten-Anteils. Zu beachten ist, dass bei natürlichen Personen, die den Fonds im Privatvermögen halten, die Steuerbefreiung 30 % (Betriebsvermögen - 60 %) beträgt.

¹⁷⁶ Vgl. hierzu BFH-Urteile vom 12. Mai 2015 (VIII R 35/14 und VIII R 4/15), vom 6. Februar 2018 (IX R 33/17) sowie vom 16. Juni 2020 (VIII 7/17).

¹⁷⁷ Vgl. BMF v. 10.05.2022, „Einzelfragen zur ertragsteuerrechtlichen Behandlung von virtuellen Währungen und von Token“, BStBl. I 2022, 668 Tz. 85.

¹⁷⁸ Vgl. BMF v. 29.4.2021, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung, BStBl. I 2021, 735 Tz. 36.39.

Teilfreistellung / Modell Gemischter Aktien-Fonds



Es gibt Hinweise, dass mitunter gezielt die steuerpflichtigen Beteiligungseinnahmen aus inländischen Aktien i. S. d. § 6 Abs. 3 Nr. 1 InvStG durch auf Fondsebene nicht steuerbare Gewinne aus Zertifikaten i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG ersetzt werden.

Bei der Bewertung des hier aufgezeigten Gestaltungspotentials ist zu bedenken, dass bei der Ermittlung der Freistellungshöhen, etwa für Aktienfonds, typisierend das anteilige Halten auch anderer Kapitalanlagen bereits bewusst vom Gesetzgeber berücksichtigt und typisierend unterstellt wurde (BR-Drs. 119/16 S. 58 f.).

Hinsichtlich dieses Themas ist natürlich zu beachten, dass synthetisch replizierende Investmentfonds am Markt nicht unüblich sind (insb. im Bereich der ETFs). Außerdem sind Zertifikate keine Kapitalbeteiligungen i. S. d. § 2 Abs. 8 InvStG. Die Anleger vollsynthetischer Investmentfonds kommen daher auch nicht in den Genuss einer Teilfreistellung nach § 20 InvStG.

3. Nachweise

Auf der Basis existierender Nachweismöglichkeiten bieten sich ggf. Gestaltungsmöglichkeiten an.

a) Teilfreistellungsquoten

Die Vorschrift des § 20 Abs. 4 InvStG knüpft die Teilfreistellung an ein Nachweiserfordernis:

§ 20 Teilfreistellung

[...]

(4) Weist der Anleger nach, dass der Investmentfonds die Aktienfonds- oder Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote oder Immobilienfonds- oder Auslands-Immobilienfondsquote während des Geschäftsjahres tatsächlich durchgehend überschritten hat, so ist die Teilfreistellung auf Antrag des Anlegers in der Veranlagung anzuwenden.

Für den Fall, dass die Anlagebedingungen eines Investmentfonds keine hinreichenden Aussagen zum Überschreiten der Schwellenwerte für den Aktien- oder Immobilienteil enthalten oder keine Anlagebedingungen des Investmentfonds existieren, wird in Absatz 4 dem Anleger eine individuelle Nachweismöglichkeit eingeräumt.

Wenn der Anleger hinreichende Nachweise vorlegen kann, aus denen sich ergibt, dass der Investmentfonds während des gesamten Geschäftsjahres die Schwellenwerte überschritten hat, wird die Teilfreistellung im Rahmen des Veranlagungsverfahrens gewährt. Ein Nachweis gegenüber den zur Erhebung der Kapitalertragsteuer verpflichteten Personen ist dagegen nicht zulässig, da dieses einen unverhältnismäßigen Aufwand auf Seiten der Entrichtungspflichtigen auslösen würde.

Macht der Anleger davon Gebrauch und erbringt im (unmittelbar) folgenden VZ keinen Nachweis (keine Verpflichtung) oder einen Nachweis für einen anderen Teilfreistellungssatz, fingiert („gilt“) Satz 2 die Veräußerung des Investmentanteils zum Ablauf des VZ. Das Gj. des Investmentfonds ist nicht maßgeblich.¹⁷⁹

Daraus ergibt sich folgende Gestaltung:

Im Verlustfall: Kein Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG, damit voller BA-Abzug, im Gewinnfall: Nachweis, damit Teilfreistellung. Umgekehrter Fall von § 22 Abs. 1 Satz 2 InvStG.

Ggf. ist die Norm teleologisch zu reduzieren, wenn der Anleger den Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG im folgenden VZ erbringen kann, dies zu Gestaltungszwecken aber bewusst unterlässt.¹⁸⁰ Dies könnte mit dem Argument in Frage kommen, dass § 22 InvStG die Nutzung der Teilfreistellung zu Gestaltungen gerade verhindern soll.

Beispiel:

Der Privatanleger A erwirbt am 02.01.01 einen Investmentanteil zum Preis von 1.000 €. Der Investmentfonds schüttet im VZ 01 einen Betrag von 100 € an den Anleger aus. Am 31.12.01. beläuft sich der Wert des Investmentanteils auf 1.100 €. Bei Abgabe seiner Steuererklärung für den VZ 01 weist der Anleger nach, dass der Investmentfonds die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllt (§ 20 Abs. 4 InvStG).

Im VZ 02 werden keine Ausschüttungen vorgenommen. Am 30.12.02. veräußert der Anleger den Investmentanteil für 950 €. Bei Abgabe seiner Steuererklärung für den VZ 02 verzichtet der Anleger auf den Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG, dass der Investmentfonds die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllt. Tatsächlich ist das aber noch der Fall.

Steuerliches Ergebnis:

Der Anleger erzielt im VZ 01 laufende Investmenterträge i.H.v. 100 €. Davon werden 30 % aufgrund des für den VZ 01 erbrachten Nachweises nach § 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 4 InvStG freigestellt.

Außerdem entsteht am 31.12.01 ein fiktiver Veräußerungsgewinn i.H.v. 100 €. Denn aufgrund des für den VZ 02 nicht erbrachten Nachweises gilt der Investmentanteil am 31.12.01 als veräußert (§ 22 Abs. 1 Satz 2 InvStG). Auch vom fiktiven Veräußerungsgewinn i. H. v. 100 € werden 30 % nach § 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 4 InvStG freigestellt.

¹⁷⁹ BMF v. 21.05.2019, BStBl. I 2019, 527 Tz. 22.6

¹⁸⁰ Vgl. *Mann*, in Brandis/Heuermann, 161. EL März 2022, § 22 InvStG Rn. 10 m.w.N. so i. Erg. auch BMF v. 21.5.19, BStBl. I 2019, 527 Tz. 22.7 und Tz. 22.8 [§ 42 AO; dazu *Kleutgens*, in Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), InvStG, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 25 f.]; *Mertesdorf-Perathoner*, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 22 Rn. 39; ebenso *Klein*, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 22 Rn. 6.

Im VZ 02 erzielt der Anleger mangels Ausschüttungen keine laufenden Investmenterträge. Infolge der Veräußerung am 30.12.02 erzielt der Anleger einen Veräußerungsverlust i.H.v. 150 €. Da der Anleger für den VZ 02 auf den Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG verzichtet und der Investmentfonds damit als sonstiger Investmentfonds zu qualifizieren ist, müsste der Verlust i.H.v. 150 € eigentlich in voller Höhe ohne eine Teilfreistellung berücksichtigt werden können.

Dagegen könnte eine teleologische Reduktion der Vorschrift sprechen.¹⁸¹ Eine teleologische Reduktion zielt darauf ab, den Geltungsbereich einer Norm mit Rücksicht auf ihren Gesetzeszweck gegenüber dem zu weit gefassten Wortlaut einzuschränken. Sie ist nur zurückhaltend anzuwenden und kann nur in Betracht kommen, wenn die auf den Wortlaut abstellende Auslegung zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen würde.¹⁸² Es muss eine verdeckte Regelungslücke vorliegen, die es rechtfertigt und erfordert, diese Norm im Wege der teleologischen und zugleich dem Gebot der gleichheitskonformen und folgerichtigen Verwirklichung des Normzwecks Rechnung tragenden Reduktion auf das sinnvolle Maß zurückzuführen.¹⁸³

U.E. erscheint es gut vertretbar, eine solche verdeckte Regelungslücke vorliegend zu sehen. Es widerspricht insbesondere dem vorstehend erwähnten Grundsatz der Folgerichtigkeit, wenn die Nachweismöglichkeit zur Steuergestaltung genutzt werden kann. Allerdings kann kritisch hinterfragt werden, ob tatsächlich eine *verdeckte* Regelungslücke vorliegt. Vor diesem Hintergrund sollte eine klarstellende Regelung bestehende Auslegungszweifel ausräumen.

Eine klarstellende Regelung könnte z.B. dahingehend vorgenommen werden, dass ein einmal erfolgter Nachweis entsprechende Nachweise in allen VZ nach sich zieht, in denen der Anleger in den Investmentfonds investiert ist. Sollten in einem späteren VZ keine Nachweise vorgelegt werden, könnte die Teilfreistellung rückwirkend entfallen.

Alternativ könnte gesetzgeberisch geregelt werden, dass das pflichtwidrige Nichtvorlegen von Nachweisen im Verlustfall zur Anwendung des Teilfreistellungssatzes führt, der zuletzt nachgewiesen wurde.

b) Beschränkte Steuerpflicht

Die Vorschrift des § 6 InvStG regelt:

§ 6 Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds

(5) ¹Sonstige inländische Einkünfte sind

1. Einkünfte nach § 49 Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes mit Ausnahme der Einkünfte nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e des Einkommensteuergesetzes, soweit sie nicht von den Absätzen 3 oder 4 erfasst werden, und

[...]

Explizit vom Tatbestand ausgenommen sind die Gewinne aus der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e i. V. mit § 17 EStG an einer inländischen Kapitalgesellschaft. Der Hintergrund ist, dass Standortnachteile für deutsche Investmentfonds vermieden werden sollen.

¹⁸¹ Vgl. BFH v. 20.3.2003 - IV R 42/00, BFHE 202, 438, BStBl II 2003, 798, DStR 2003, 1653 m.w.N.

¹⁸² Vgl. BFH v. 20.3.2003 - IV R 42/00 a.a.O., unter 2. der Gründe, m.w.N.

¹⁸³ Vgl. BFH v. 26.6.2007 - IV R 9/05, BFH/NV 2007, 2197, BStBl II 2007, 893, DStR 2007, 1716.

Die Regelung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG muss allerdings kritisch gesehen werden. In der Überlegung, Veräußerungsgewinne aus wesentlichen Beteiligungen unterlägen nur bei inländischen Investmentfonds, aber in vielen Fällen nicht bei ausländischen Investmentfonds der Besteuerung, werden u.E. die Nicht-DBA-Fälle unzureichend berücksichtigt. Diese werden unnötigerweise der Besteuerung entzogen. Es muss dabei zwar die Frage gestellt werden, ob es überhaupt Nicht-DBA-Staaten gibt, die als international relevanter Fondsstandort in Frage kommen. Eine Besteuerung der Nicht-DBA-Staaten-Fonds wäre jedenfalls u.E. nicht unionsrechtskonform. Allerdings ist grundsätzlich der Ansatz kritisch zu hinterfragen, im § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG Veräußerungsgewinne nur deswegen nicht der beschränkten Steuerpflicht zu unterwerfen, weil es eine Vielzahl von DBA gibt, die Deutschland nicht das Besteuerungsrecht zuweisen. Es dürfte unbestritten sein, dass die verbliebenen Länder ohne DBA in der Gestaltungspraxis in Bezug auf die Generierung nicht steuerbarer Veräußerungsgewinne eine erhebliche steuerplanerische Rolle spielen. Eine Streichung von § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG ließe diese Gestaltungsvariante entfallen. Steuerplanerische Eingriffe würden dann nur noch zu einer Verlagerung von Besteuerungs-substrat in DBA-Staaten führen.

Eine steuerpolitische Frage hingegen ist, ob der Schutz des Fondsstandorts Deutschland eine generelle Ausnahme für die gegenwärtig von § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG erfassten Einkünfte erfordert. Wenn dem so sein sollte, könnte dies auch ohne Verweis auf diese Norm erfolgen und letztere einer grundsätzlichen fiskalpolitischen Revision unterzogen werden.

c) Immobilienerträge

Ein weiterer Ansatz für Steuergestaltungen bietet die Definition von Immobilienerträgen.

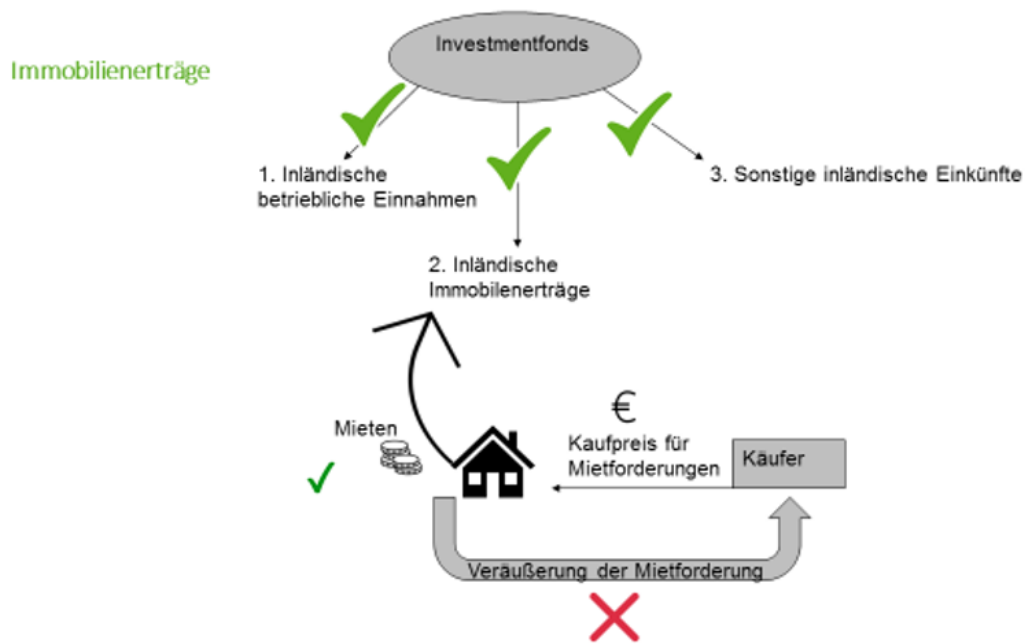
Gemäß § 6 Abs. 4 InvStG sind dies:

1. Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung von im Inland belegenen Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten und
2. Gewinne aus der Veräußerung von im Inland belegenen Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten.

Hier ist zu berücksichtigen, dass es sich nicht um Einkünfte gemäß § 21 EStG handelt.¹⁸⁴ Vielmehr handelt es sich hier um einen abstrakten Ertragstypus.¹⁸⁵ Davon zu unterscheiden sind Veräußerungen und veräußerungsähnliche Vorgänge, die dauerhaft auf das Recht einwirken. Anders als bei § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG fällt die Veräußerung von Miet- und Pachtzinsforderungen mangels ausdrücklicher Nennung nicht unter Abs. 4. Das eröffnet Gestaltungspotential, soweit Miet- und Pachtzinsforderungen veräußert werden, statt diese zu vereinnahmen.

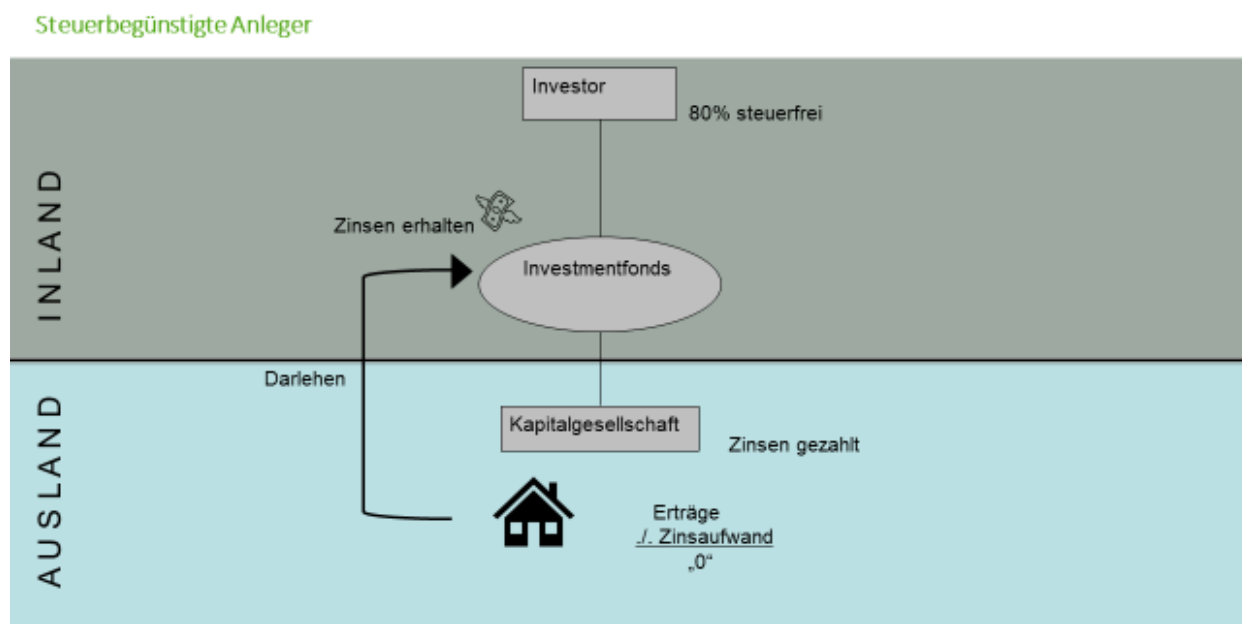
¹⁸⁴ Mann, in Brandis/Heuermann, 161. EL März 2022, § 6 InvStG, Rn. 47.

¹⁸⁵ Zu § 15 InvStG 2004: Beckmann/Scholtz/Vollmer InvStG 2004 § 15 Rz. 25; zu § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ähnl. Mann, in Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), InvStG, 2. Aufl. 2020, § 6 Rz. 232; Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 6 InvStG Rn. 25; a. A. Wolny, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 6 Rn. 142.



Ein weiterer Ansatz baut auf dem Einsatz von Gesellschafterdarlehen auf. Investmentfonds, die Auslands-Immobilien über Kapitalgesellschaften (Immobilien-Gesellschaften) halten, gelten als Immobilienfonds (§ 2 Abs. 9 InvStG). Durch den gezielten Einsatz von Gesellschafterdarlehen aus dem Investmentfonds an die Auslandskapitalgesellschaften kann der Fonds die ausländische Steuerbasis über Zinsaufwand minimieren und bekommt trotzdem für seine Anleger die gleiche Teilfreistellung wie bei einem Investmentfonds ohne solche internen Darlehen.

Der Teilfreistellungssatz von 80 % bei ausländischen Immobilien wurde so hoch angesetzt, weil die Steuerbelastung im Ausland auf die Mieterträge kompensiert werden sollte. In dem hier skizzierten Anwendungsfall steht den Mieterträgen jedoch Zinsaufwand entgegen, so dass eine Steuer weder im In- noch im Ausland anfällt.



d) Steuerbegünstigte Anleger und Nießbrauchsgestaltungen

Mittels Nießbrauchsgestaltungen kann ein nicht begünstigter Investor mittelbar an Vorteilen für steuerbegünstigte Anleger gemäß § 8 InvStG partizipieren.

§ 8 Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger

(1) Einkünfte nach § 6 Absatz 2 sind auf Antrag des Investmentfonds steuerbefreit, soweit

1. an dem Investmentfonds Anleger, die die Voraussetzungen des § 44a Absatz 7 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes erfüllen, oder vergleichbare ausländische Anleger mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat beteiligt sind, oder

2. die Anteile an dem Investmentfonds im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden, die nach den §§ 5 oder 5a des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes zertifiziert wurden.

(2) Inländische Immobilienerträge sind auf Antrag des Investmentfonds steuerbefreit, soweit an dem Investmentfonds beteiligt sind:

1. inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit die Investmentanteile nicht einem nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betrieb gewerblicher Art zuzurechnen sind, oder

2. von der Körperschaftsteuer befreite inländische Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, soweit sie nicht unter Nummer 1 fallen, oder vergleichbare ausländische Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat.

(3) ¹Bei Einkünften, die einem Steuerabzug unterliegen, richtet sich der Umfang der Steuerbefreiung nach dem Anteil, den die steuerbegünstigten Anleger am Gesamtbestand der Investmentanteile eines Investmentfonds zum jeweiligen Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen halten. ²Bei zu veranlagenden Einkünften richtet sich der Umfang der Steuerbefreiung nach dem Anteil des durchschnittlichen Investmentanteilbesitzes von steuerbegünstigten Anlegern am durchschnittlichen Gesamtbestand der Investmentanteile während des Geschäftsjahres des Investmentfonds.

(4) ¹Die Steuerbefreiung bei inländischen Beteiligungseinnahmen setzt voraus, dass der Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer nach § 36a des Einkommensteuergesetzes erfüllt. ²Die Steuerbefreiung nach Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 setzt zudem voraus, dass

1. der Anleger seit mindestens drei Monaten zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist und

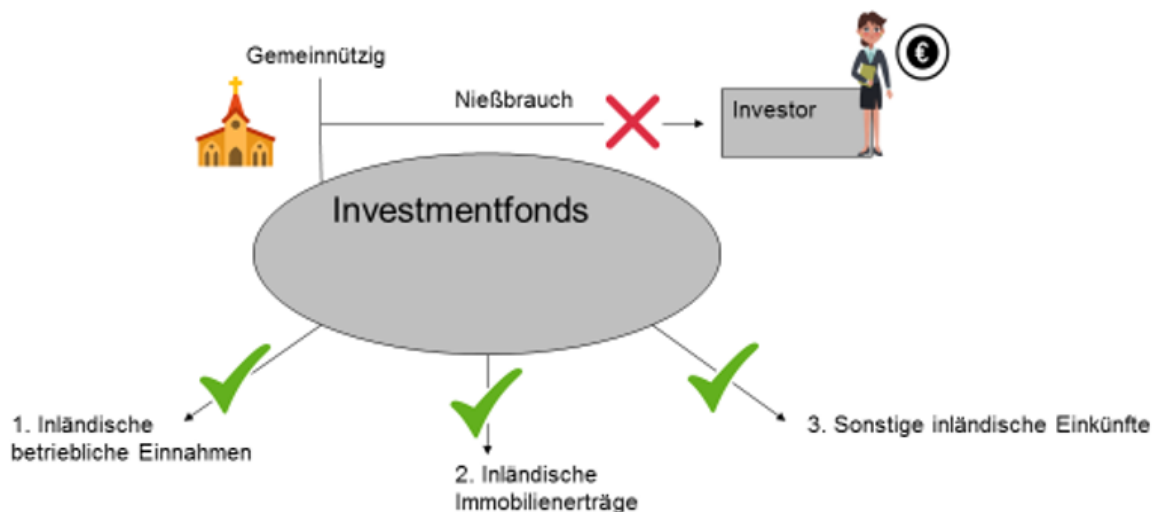
2. keine Verpflichtung zur Übertragung der Anteile auf eine andere Person besteht.

Dazu ist zunächst erforderlich, dass der direkte Anleger steuerbegünstigt ist. Hiervon soll vorliegend ausgegangen werden. So könnte z.B. eine inländische oder ausländische steuerbefreite Stiftung die Anteile an dem Fonds halten. Der Fonds wiederum erzielt Einkünfte, die von § 6 Abs. 2 InvStG erfasst werden. Der Fonds seinerseits hat im Rahmen dieser Gestaltungen keinerlei Schwierigkeiten, die Voraussetzungen des § 36a EStG einzuhalten.

Fraglich ist allerdings, ob der „Anleger“ seit mindestens drei Monaten zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist, vgl. § 8 Abs. 4 Satz 2 InvStG und keine Verpflichtung zur Übertragung der Anteile auf eine andere Person besteht.

Ein Nießbrauch kann zivilrechtlich an Wertpapieren, Forderungen oder Beteiligungen begründet werden. Es handelt sich hierbei um ein Recht i. S. des § 1068 Abs. 1 BGB. Es begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, welches aber durch die Vertragsparteien verändert werden kann.¹⁸⁶

Steuerbegünstigte Anleger, § 8 InvStG / Nießbrauch



Bei Kapitalvermögen erzielt grundsätzlich nicht der Nießbraucher, sondern der Inhaber des Stammrechts die Einkünfte, denn nur er kann Kapital zur Nutzung überlassen und dadurch den Besteuerungstatbestand verwirklichen. Der Nießbrauch beschränkt sich i.d.R. auf die Vereinnahmung der Erträge. Dadurch wird der Besteuerungstatbestand bei Kapitaleinkünften i.d.R. nicht verwirklicht.¹⁸⁷ Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Nießbraucher aufgrund der getroffenen Abreden alle mit der Beteiligung (oder dem Stammrecht) verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann.¹⁸⁸

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage der steuerlichen Behandlung von Erträgen, die z.B. ein Investor dadurch erzielt, dass eine gemeinnützige Stiftung diesem an ihren Fondsanteilen einen Nießbrauch (entgeltlich) bestellt. Denkbar ist, dass dem Investor auf diese Weise mittelbar die Begünstigungen des § 8 InvStG für steuerbefreite Fondsanteile zukommen.

¹⁸⁶ W. Maier, in Beck'sches Steuer und Bilanzrechtslexikon, Edition 59, "Nießbrauch" Rn. 2.

¹⁸⁷ Vgl. FG Münster v. 16.05.2013 - 2 K 577/11 E, EFG 2014, 270.

¹⁸⁸ BFH v. 24.01.2012 - IX R 51/10, BStBl II 2012, 308; BFH v. 18.11.2014 - IX R 49/13, BStBl II 2015, 224.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung stellt jedenfalls der entgeltliche Zuwendungsnießbrauch an Kapitalvermögen die Veräußerung des Ertragsanspruchs gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 2 EStG dar. Das für die Bestellung entrichtete Entgelt ist dabei vom Nießbrauchsbesteller (hier: gemeinnützige Stiftung) i.d.R. im Jahr des Zuflusses zu versteuern.

Im vorliegenden Fall ist allerdings die Frage nach dem zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum entscheidend. Jedenfalls das zivilrechtliche Eigentum wird durch die Nießbrauchsbestellung nicht berührt.

Der Nießbraucher kann jedoch neben dem Nutzungsrecht mit weiteren Befugnissen versehen sein, die seine Stellung derjenigen des zivilrechtlichen Eigentümers stark annähern, so dass die Frage zu stellen ist, ob der Nießbraucher damit schon zum wirtschaftlichen Eigentümer wird. Dem Nießbraucher kann im Innenverhältnis das wirtschaftliche Ergebnis einer Verfügung zustehen, zu deren Vornahme er ermächtigt wird (§§ 183, 185 BGB). Wirtschaftliches Eigentum des Nießbrauchers kommt demnach nur in Ausnahmefällen in Betracht. Dies kann dann der Fall sein, wenn sich die rechtliche und tatsächliche Stellung des Nießbrauchers gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer des Nießbrauchsgegenstandes vom gesetzlichen Regelstatut des Nießbrauchs so stark unterscheidet, dass er die tatsächliche Herrschaft ausübt.

Für die Inanspruchnahme der wirtschaftlichen Vorteile des § 8 InvStG kommt es aber auf eine derartige Abweichung vom Regelstatut nicht an. Damit sollte im hier skizzierten Fall das wirtschaftliche Eigentum bei der steuerbefreiten Stiftung verbleiben. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung des Nießbrauchs nicht die Verpflichtung zur „Übertragung“ des Fondsanteils auf eine andere Person umfasst. Hierin kann im Einzelfall ein Unterschied zu Treuhandgestaltungen gesehen werden.

IV. Regelungsvorschläge zur Vermeidung von Steuergestaltungen

Die Untersuchung hat ergeben, dass weiterhin Steuergestaltungspotential vorhanden ist. Allerdings rechtfertigt dieser Befund z.B. nicht die Schlussfolgerung, eine einfache Generalklausel – vergleichbar § 42 AO – genüge, um dieses Gestaltungspotential auszuschalten. Allein die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes dürften diesem Vorgehen entgegenstehen und letztlich damit die Grenzen des rechtsstaatlichen Gestaltungsspielraums überschreiten. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass fiskalpolitisch unerwünschte Strukturen auch durch gesetzgeberische Akte mit bestenfalls eingeschränkter Wirksamkeit wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit die wirtschaftliche Attraktivität von Steuergestaltungsstrukturen für bestimmte Investorenkreise genommen werden kann. Ob dies eine legitime Vorgehensweise sein kann, geht jedoch über die Funktion dieses Gutachtens hinaus und ist politisch zu bewerten. U.E. verfehlt ein solcher Ansatz das Gebot der Rechtsstaatlichkeit.

In einigen der dargestellten Szenarien ergibt sich das Gestaltungspotential schlicht aus der vorgenommenen fiskalpolitischen Abwägungsentscheidung zwischen den Anforderungen an eine praxisbezogene Steuerverwaltung (unter Berücksichtigung des Erklärungsaufwandes seitens der Steuerpflichtigen) und den Ansprüchen an eine dem Leistungsfähigkeitsprinzip verpflichtete Belastungsverteilung. Dies trifft insbesondere auf das Modell „Gemischter Aktien-Fonds“ zu.

Abweichend ist u.E. die oben skizzierte Gestaltung mittels Nießbrauchsvereinbarung zu werten. Die Besonderheiten des Nießbrauchsrechts führen dazu, dass möglicherweise

Gestaltungspotential fortbesteht, welches den fiskalischen Koordinaten des Investmentsteuerrechts widersprechen könnte. Der Befund drängt die Frage nach der Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns auf. U.E. handelt es sich bei Steuergestaltungen mittels Nießbrauch nicht um ein spezifisches investmentsteuerrechtliches Phänomen, sondern vielmehr um den Einsatz eines zivilrechtlichen Instruments bei der Ausgestaltung von (hier) kapitaleinkünftebezogenen Investmententscheidungen. Erfolgsverlagerungen mittels Nießbrauchsgestaltung knüpfen im Unterschied z.B. zu Treuhandgestaltungen nicht zwingend an eine Übertragung wirtschaftlichen Eigentums an, so dass Regelungen, die zur Bekämpfung von Gestaltungsmissbrauch hierauf Bezug nehmen, zwangsläufig zu kurz greifen müssen. Im Ergebnis sollte daher überlegt werden, die steuerlichen Folgen von Nießbrauchsgestaltungen im Rahmen des § 20 EStG zu adressieren. Das Investmentsteuerrecht könnte sich dann auf einen Verweis auf diese Regelung beschränken. Eine solche Regelung muss vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung zur Zurechnung von Kapitaleinkünften bei Nießbrauchsgestaltungen gesehen werden.¹⁸⁹ Danach tritt der Nießbraucher nicht in die Rolle des Überlassers von Kapitalvermögen ein, sondern realisiert nur den aufgrund des Nießbrauchs erworbenen Ertragnisanspruch.

U.E. sollte daher zur Vermeidung von Besteuerungslücken gesetzgeberisch geregelt werden, dass der Erwerb von Ertragnisansprüchen dem Erwerb des Stammrechts gleichgestellt wird. Über einen Verweis des InvStG auf den entsprechend ergänzten § 20 EStG wäre u.E. die oben skizzierte Besteuerungslücke geschlossen.

¹⁸⁹ Vgl. z.B. BFH v. 14.12.1976 - VIII R 146/73, BStBl. II 1977, 115; BFH v. 22.08.1990 - I R 69/89, DStR 1991, 75; BFH v. 28.01.1992 - VIII R 207/85, BStBl. II 1992, 605.

Teil 2 B

Verhinderung von Steuersparmodellen: Cum/Cum-Gestaltungen

Verhinderung von Steuersparmodellen: Cum/Cum-Gestaltungen

Inhaltsverzeichnis

I.	Cum/Cum-Gestaltungen.....	82
1.	Fallgruppen	82
2.	Abgrenzung zur strukturierten Wertpapierleihe	83
II.	Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG	83
1.	Regelungsprogramm.....	84
2.	Dogmatische Einordnung zwischen Belastungs- und Zurechnungsregel.....	86
3.	Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 50j EStG idF. Erstes BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016.....	87
4.	Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 31 Abs. 3 InvStG idF. JStG 2019 v. 12.12.2019	88
5.	Ausschluss von Steuerumgehungen bei steuerbegünstigten Anlegern nach § 8 Abs. 4 Satz 1 InvStG und § 10 Abs. 1 Satz 2 InvStG.....	88
III.	Wirksamkeit zur Verhinderung bekannter Cum/Cum-Gestaltungen	88
IV.	Alternativen	91
1.	Einheitliche Belastung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien	91
2.	Zurechnung von Wertpapieren.....	92
a)	De lege lata	92
b)	De lege ferenda.....	93
c)	Folgeherausforderungen	93
3.	Allgemeine bereichsspezifische Missbrauchsvorschrift	94
4.	Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlung, Wertpapierleihgebühr und Veräußerungsgewinnen in die beschränkte Steuerpflicht.....	94
a)	Einordnung der Dividendensurrogate de lege lata	95
b)	Vorschläge zur Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 5 EStG	95
c)	Einordnung und Wirkungen im Abkommensrecht	97
aa)	Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren.....	97
bb)	Veräußerungsgewinne aus Pensionsgeschäften	98
d)	Abstimmung mit §§ 36a und 50j EStG	99
e)	EU-Rechtskonformität einer Rückausnahme in § 36a Abs. 5 EStG	99
f)	Vollziehbarkeit und administrativer Aufwand	100
aa)	Indienstnahme inländischer Schuldner im Wege des Steuerabzugs	100
bb)	Durchsetzung einer beschränkten Steuerpflicht bei ausländischen Steuerschuldner	101
5.	Abgeltende Kapitalertragsteuer.....	101
V.	Zusammenfassung.....	102

Verhinderung von Steuersparmodellen: Cum/Cum-Gestaltungen

I. Cum/Cum-Gestaltungen

Für die Übertragung von Aktien mit Dividendenanspruch vor dem Dividendenstichtag hat sich die Bezeichnung "Cum/Cum-Transaktion" herausgebildet. Sie unterscheidet von Cum/Ex-Geschäften, dass die Aktie nicht nur mit Dividendenanspruch verkauft, sondern auch mit Dividendenanspruch geliefert wird.¹⁹⁰ Zur Steuergestaltung sind Cum/Cum-Transaktionen in großem Umfang mit dem Ziel verbunden worden, stichtagsbezogen, Dividenden gegen Veräußerungsgewinne, Wertpapierleihgebühren oder Kompensationszahlungen zu tauschen, um deren, rechtsform- und ansässigkeitsabhängig, unterschiedliche steuerliche Behandlung und Belastung auszunutzen.¹⁹¹

1. Fallgruppen

Grundsätzlich sind Cum/Cum-Gestaltungen sowohl in grenzüberschreitenden als auch in reinen Inlandssachverhalten vorstellbar. Im Inlandssachverhalt werden im geltenden Recht Dividenden und Veräußerungsgewinne aus Aktien insofern unterschiedlich behandelt, als bei einer Beteiligung von weniger als 10 % durch eine andere Kapitalgesellschaft bei dieser Dividenden nach § 8b Abs. 4 KStG in vollem Umfang sowohl der Körper- als auch der Gewerbesteuer unterliegen, während Veräußerungsgewinne beteiligungshöhenunabhängig nach § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG außer Ansatz bleiben und nur durch die Fiktion nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG mit 5 % in die Bemessungsgrundlage der Körperschaft- und über § 7 Abs. 1 Satz 1 GewStG auch der Gewerbesteuer einbezogen werden.

In grenzüberschreitenden Sachverhalten qualifizieren Veräußerungsgewinne ausländischer Gesellschafter mit einer Beteiligung von weniger als 1 % nicht als inländische Einkünfte und werden daher nicht in die inländische Steuerpflicht einbezogen. Oberhalb dieser Schwelle unterliegen Veräußerungsgewinne aus Aktien zwar nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG der beschränkten Steuerpflicht. In Doppelbesteuerungsabkommen verzichtet Deutschland aber regelmäßig auf ihre Besteuerung. Nicht in die beschränkte Steuerpflicht einbezogen sind im Grundsatz auch Wertpapierleihgebühren und Kompensationszahlungen.

Vor diesem Hintergrund haben sich zwei Gestaltungsstrategien herausgebildet, um das Ziel einer Transformation von Dividenden in Veräußerungsgewinne, Wertpapierleihgebühren oder Kompensationszahlungen zu verwirklichen.

In der ersten Fallgruppe werden Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag im Rahmen einer Wertpapierleihe durch einen Sachdarlehensvertrag auf einen anderen Rechtsträger übertragen, der damit den zivilrechtlichen Anspruch auf die Dividende erwerben, diese vereinnahmen und dieselben Aktien oder Aktien gleicher Gattung und Menge nach dem Dividendenstichtag wieder zurückübertragen soll. Als Ausgleich für die vereinnahmte Dividende wird eine Kompensationszahlung und eine Wertpapierleihgebühr geleistet und dadurch das Transformationsziel verfolgt. Um die Anwendung des § 42 AO zu erschweren, werden diese Transaktionen in wechselseitige Wertpapierdarlehensgeschäfte eingebettet, in denen die leihweise übertragenen Aktien als Sicherheit für leihweise übernommene andere Wertpapiere fungieren sollen.

¹⁹⁰ Zu Unterschieden und gemeinsamer Historie von Cum/Cum- und Cum/Ex-Geschäften: *Rau*, DStR 2021, 6.

¹⁹¹ *Geisenberger*, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A 42; *Spengel*, DB 2016, 2988, 2989; *Dutt/Spengel/Vay*, StuW 2018, 229, 236; BT-Drucks. 18/8045, S. 133 f.; BT-Drucks. 18/12700, S. 281, 285 ff.

In der zweiten Fallgruppe findet an Stelle des Wertpapierleihgeschäfts ein Veräußerungs- oder ein Wertpapierpensionsgeschäft statt, bei dem die vereinnahmte Dividende durch einen niedrigeren Rückkaufpreis in einen Veräußerungsgewinn transformiert wird.

Ist der Dividendenertrag dem Wertpapierentleiher, -erwerber oder -pensionsnehmer zuzurechnen, was das Ziel der Gestaltungen ist, wird dieser durch die Kompensationszahlung und die Wertpapierleihgebühr oder den Verlust aus dem Ankauf und der Rückveräußerung der Wertpapiere neutralisiert. Wird das Ziel erreicht, kann der Wertpapierentleiher, -erwerber oder -pensionsnehmer einen Kapitalertragsteuereinbehalt, der die zugeflossene Dividende gemindert hat, auf seine Körperschaftsteuerschuld anrechnen.

Die Höhe des steuerlichen Vorteils aus der Transformation ist bei grenzüberschreitenden Sachverhalten abhängig von der Regelbelastung. Sie richtet sich nach der Ansässigkeit des ausländischen Aktionärs und nach der Beteiligungshöhe. Innerhalb der EU, im Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie¹⁹² beträgt sie oberhalb einer Beteiligungsschwelle von 10 % null. In den übrigen Fällen kommt es auf Geltung und Regelungen der einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen an. Sie bewegt sich dann einschließlich Solidaritätszuschlag zwischen 0 % nach Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA-USA bei US-amerikanischen Pensionsfonds und im Grundsatz 15,825 % bei Nicht-DBA-Staaten nach § 44a Abs. 9 EStG.

2. Abgrenzung zur strukturierten Wertpapierleihe

Durch ein anderes Gestaltungsziel sind strukturierte Wertpapierleihgeschäfte von Cum/Cum-Gestaltungen zu unterscheiden. Mit diesem Begriff verbinden sich Wertpapierleihgeschäfte, in denen Dividenden zwar dem Entleiher zuzurechnen sein sollen, von diesem aber umgeformt in eine Kompensationszahlung an den Verleiher weitergeleitet werden sollen. Damit wird bezweckt, eine Steuerbefreiung für Dividenden beim Entleiher nach § 8b Abs. 1 KStG mit einem Betriebsausgabenabzugs für die Kompensationszahlung zu verbinden, aus dem sich dann ein Betriebsausgabenüberhang ergeben soll, der sich mit anderen Gewinnen des Entleihers steuermindernd verrechnen lässt. Diese Gestaltungen sind vom Gesetzgeber mit einer Betriebsausgabenabzugsbeschränkung in § 8b Abs. 10 KStG adressiert worden, die gem. § 34 Abs. 7 Satz 3 KStG erstmals für nach dem 31.12.2013 überlassene Anteile gilt. Für die Altfälle hat die Rechtsprechung die Zurechnung der Dividenden zum Entleiher und mit ihr den Betriebsausgabenabzug versagt.¹⁹³

II. Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

Die Vorschrift des § 36a EStG ist durch das InvStRefG v. 19.7.2016 neu in das Gesetz eingefügt worden. Sie begegnet Cum/Cum-Gestaltungen, indem sie die Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuern an zusätzliche Voraussetzungen knüpft. Die Vorschrift war gem. § 52 Abs. 35a EStG idF InvStRefG rückwirkend erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden, die ab dem 1.1.2016 zuflossen. Wegen dieser unechten Rückwirkung im Schrifttum vorgetragene

¹⁹² Art. 3 (1) a) i) i.V.m. Art. 5 der Richtlinie 2011/96/EU v. 30.11.2011 über das gemeinsame System der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EU L 345/8 v. 29.12.2011.

¹⁹³ BFH v. 18.8.2015 - I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 17; FG Nürnberg v. 7.6.2016 - 1 K 904/14, EFG 2017, 59, Rz. 105 rkr. m zust. Anm. Tiedchen, EFG 2017, 65; Niedersächsische Finanzgericht v. 17.11.2016 - 6 K 230/15, rkr., DStRK 2017, 76, Rz. 46; FG Sachsen-Anhalt v. 25.11.2020 - 3 K 403/10, rkr., juris, Rz. 51.

verfassungsrechtliche Bedenken¹⁹⁴ haben sich in der Rechtsprechung bislang nicht niedergeschlagen und im Schrifttum auch nicht durchgesetzt.¹⁹⁵ Seit ihrem Inkrafttreten hat die Vorschrift nur eine Änderung durch das WElektroMobFördG v. 12.12.2019¹⁹⁶ in den Regelungen über Anzeige-, Anmelde- und Zahlungspflichten bei einem unterbliebenen Steuerabzug in Abs. 4 der Vorschrift erfahren.

1. Regelungsprogramm

Im Anwendungsbereich der Vorschrift liegen zunächst über die Verweiskette in den §§ 36a Abs. 1 Satz 1 und 43 Abs. 1 Nr. 1a EStG Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG aus im Inland verwahrten Aktien und Genussscheinen. Über § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG erfasst sie sodann darüber hinaus auch im Ausland verwahrte Wertpapiere, soweit sie zu inländischen Kapitalerträgen führen. Damit sind lückenlos alle Kapitalerträge von börsennotierten inländischen Emittenten einbezogen, die dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen.

Die Vorschrift erweitert in diesem Anwendungsbereich die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 EStG für eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer. Eine volle Anrechnung setzt danach zusätzlich voraus, dass der Steuerpflichtige, für dessen Rechnung die Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist, während einer, später in der Vorschrift definierten, Mindesthaltedauer ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer ist, während dieser Mindesthaltedauer ununterbrochen ein, später in der Vorschrift definiertes, Mindestwertänderungsrisiko trägt und nicht verpflichtet ist, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten. Die Mindesthaltedauer ist mit 45 Tagen in einem Zeitraum von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach dem Dividendenstichtag bemessen und orientiert sich darin an ausländischen Regelungsvorbildern.¹⁹⁷ Das Mindestwertänderungsrisiko regelt die Vorschrift in Abs. 3 mit 70 % und bezieht dabei Absicherungsgeschäfte nahestehender Personen ein. Ein Regelbeispiel in Abs. 3 Satz 2 („insbesondere“) benennt Kurssicherungsgeschäfte, die das Wertänderungsrisiko unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 % mindern. Insbesondere die Auslegung des Absicherungsgeschäfte kennzeichnenden Merkmals "unter Berücksichtigung von gegenläufigen Geschäften" gewährt einen Auslegungsspielraum, der Rechtsunsicherheiten birgt, die von der Verwaltungspraxis aber gesetzeskonform ausgefüllt worden sind.¹⁹⁸ Der Gesetzgeber sollte hier keine weitergehenden Konkretisierungen vornehmen.¹⁹⁹ Eine zu enge gesetzliche Definition könnte vielmehr die Gefahr begründen, die Zielsetzung der Vorschrift zu gefährden. Die Rechtsprechung kann diese Zielsetzung hingegen bei der Auslegung berücksichtigen. Mit dem Anforderungsmerkmal des Mindestwertänderungsrisikos schließt die Vorschrift bei einfachen Wertpapierleihgeschäften und Wertpapierpensionsgeschäften die Anrechnung von Kapitalertragsteuer aus,²⁰⁰ wenn bei diesen Geschäften die Anrechnung nicht bereits wegen der Zurechnung der Wertpapiere zum Wertpapierverleiher oder Wertpapierpensionsverkäufer vorzunehmen ist.

¹⁹⁴ Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 5 m.w.N.

¹⁹⁵ Verf.-rechtl. Zulässigkeit: Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A 49; Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 29; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 8.

¹⁹⁶ BGBl. I 2019, 2451.

¹⁹⁷ BT-Drucks. 18/8045, S. 134.

¹⁹⁸ BMF-Schreiben v. 3.4.2017, BStBl I 2017, 726 Tz. 50 ff.

¹⁹⁹ Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 20.

²⁰⁰ Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. G 20 - G 21; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 43 f.

In Abs. 5 regelt die Vorschrift Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich der Norm. Die Beschränkungen der Anrechnung und Erstattung gelten nicht, wenn die erfassten Kapitalerträge höchstens 20.000 Euro im Veranlagungszeitraum betragen. Diese Freigrenze gilt nach der Verwaltungspraxis auch zwischen nahestehenden Personen, verbundenen Unternehmen, auch solchen die organschaftlich verbunden sind,²⁰¹ für jeden Rechtsträger gesondert. Bei Personengesellschaften gilt sie für jeden Gesellschafter.²⁰² Damit erscheint es grundsätzlich möglich, auch größere Beträge durch Gründung von Zweckgesellschaften vermittelt durch eine Personengesellschaft aufzusplitten. Im Schrifttum sind aber noch keine Gestaltungen dokumentiert worden, die vermuten lassen könnten, dass diese Atomisierung zur Umgehung des § 36a EStG genutzt wird. Die Bemessung des Schwellenwerts erscheint vor diesem Hintergrund entgegen einer Auffassung im Schrifttum nicht unnötig niedrig.²⁰³ Sie ist sogar deutlich höher als vergleichbare Schwellenwerte im Ausland.²⁰⁴ Problematisch könnten Fondsstrukturen in der Rechtsform von Personengesellschaften sein, die sich gezielt an eine große Zahl an Kleinanlegern richten. Die Finanzbehörden sollten hier gezielt beobachten, ob sich entsprechende Gestaltungen zeigen. Dann wäre dem Gesetzgeber zu raten, den Schwellenwert abzusenken.²⁰⁵

Eine zweite Bereichsausnahme regelt Abs. 5 Nr. 2 der Vorschrift in einer Mindesthaltedauer von einem Jahr, über das der Stpfl. ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien gewesen sein muss. Diese Mindesthaltedauer erscheint ausreichend lang, um auf die zusätzlichen Voraussetzungen des Abs. 1 verzichten zu können, weil Absicherungsgeschäfte über einen so langen Zeitraum mit unverhältnismäßig hohen Transaktionskosten verbunden sein dürften und damit auch die Verwaltungspraxis vertretbar erscheint, Aktien von verschiedenen Rechtsträgern auch zwischen nahestehenden Personen gesondert zu betrachten.²⁰⁶

Die Vorschrift des Abs. 6 Satz 1 verhindert, dass Übertragungen zwischen Treuhänder und Treugeber von der Vorschrift erfasst werden in den Fällen, in denen die Kapitalerträge einem Treuhandvermögen zuzurechnen sind, das der Erfüllung von Altersvorsorgeverpflichtungen dient und dem Zugriff der übrigen Gläubiger entzogen ist. Sie lässt sich so verstehen, dass der Treugeber durchgehend der wirtschaftliche Eigentümer bleibt und ist mit dieser Voraussetzung folgerichtig anzuwenden. Die Ausnahme des Abs. 6 Satz 2 für fondsgebundene Lebensversicherungen ist in der Regierungsbegründung mit der geringen Missbrauchsgefahr bei diesen Geschäften begründet worden.²⁰⁷ Theoretisch lässt sich nicht ausschließen, dass Cum/Cum-Gestaltungen auch in dieser Konstellation durchgeführt werden können. Im Schrifttum ist mit guten Gründen vertreten worden, dass Abs. 6 keinen Regelungszweck erfüllt und folgenlos gestrichen werden kann.²⁰⁸ Der Gesetzgeber sollte diesen Vorschlag mit Blick auf eine damit verbundene Vereinfachung der Vorschrift und eine Reduktion unentdeckter Missbrauchsrisiken ernsthaft prüfen.

²⁰¹ BMF-Schreiben v. 3.4.2017, BStBl I 2017, 726 Tz. 129.

²⁰² Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. J 9.

²⁰³ So aber Niederwetterberg/Drinhausen/Kraus, RdF 2020, 27, 28.

²⁰⁴ Zum australischen Vorbild mit einem Schwellenwert von 5.000 AUD: Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 228.1.

²⁰⁵ In diese Richtung auch Hasselmann, in Littmann, 150. Lfg. April 2021, § 36a Rn. 11.

²⁰⁶ BMF-Schreiben v. 3.4.2017, BStBl I 2017, 726 Tz. 32.

²⁰⁷ BT-Drucks. 18/8045, S. 135.

²⁰⁸ Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. K6; Link, in H/H/R, 285 Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 35; wohl auch Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 66.

2. Dogmatische Einordnung zwischen Belastungs- und Zurechnungsregel

Mit ihrer Rechtsfolge, der Versagung der Anrechnung zu 3/5 der Kapitalertragsteuer und gleichzeitiger Gewährung eines antragsgebundenen Betriebsausgabenabzugs beim inländischen Dividendenbezieher, knüpft die Vorschrift nicht beim ausländischen Begünstigten einer Cum/Cum-Gestaltung, sondern ohne Feststellung einer missbräuchlichen Gestaltung im konkreten Einzelfall bei der inländischen Gegenpartei von Cum/Cum-Transaktionen an. Sie greift damit unabhängig von einem Auslandsbezug und unabhängig vom Zweck der Cum/Cum-Transaktion und unterwirft potentielle Gegenparteien einer zusätzlichen Steuerbelastung²⁰⁹. In ihren unmittelbaren Wirkungen auf die "ökonomische Rentabilität"²¹⁰ erscheint die Vorschrift als wirtschaftslenkende "Strafsteuer", die besonders Cum/Cum-Gestaltungen trifft, aber auch damit völlig unverbundene Transaktionen treffen kann²¹¹.

Ein Teil des Schrifttums qualifiziert die Regelung mit der Entstehungsgeschichte und dem daraus erkennbaren Zweck der Vorschrift,²¹² missbräuchliche Gestaltungen zu Gunsten Dritter zu unterbinden, als spezielle Missbrauchsvorschrift, die die Anwendung des § 42 AO trotz des ausdrücklichen Vorbehalts in § 36a Abs. 7 EStG überlagern würde.²¹³ Nach dieser Auffassung muss der Zweck der typisierenden Missbrauchsbekämpfung die haldedauerabhängige Ungleichbehandlung und die Durchbrechung des Folgerichtigkeitsgebots rechtfertigen. Diese Rechtfertigungsfähigkeit ist von einem weiteren Teil des Schrifttums angefochten²¹⁴ und für grenzüberschreitende Geschäfte in der Europäischen Union auch mit der Frage der Vereinbarkeit mit Unionsrecht verbunden worden.²¹⁵ Nach überzeugender Auffassung bleibt die Vorschrift mit ihrem Regelungsansatz im Rahmen der Grenzen typisierender Missbrauchsabwehr, auch wenn sie die Missbrauchsfolgen beim Steuerinländer zieht²¹⁶. Der in § 36a Abs. 7 EStG angelegte Verweis auf eine verbleibende Anwendbarkeit des § 42 AO ist ebenso angreifbar, wie das im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Schweizer Vorbild einer speziellen Steuerumgehungsnorm.²¹⁷

Ein anderer Teil des Schrifttums erkennt in § 36a EStG demgegenüber die gesetzliche Konkretisierung einer Zurechnungsregel, die eine im System der §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 und 20 Abs. 5 EStG sowie § 39 AO angelegte gespaltene Anrechnungsberechtigung bei Cum/Cum-Gestaltungen wiedergibt.²¹⁸ Diese Auffassung hat den Vorzug, die aus einem politischen Kompromiss entstandene teilweise Versagung der Anrechnungsberechtigung und den antragsgebundenen Betriebsausgabenabzug erklären zu können und ermöglicht auch eine zielgenauere Anwendung der Norm. Noch nicht ausreichend erforscht und damit ohne Anerkennung im Schrifttum

²⁰⁹ Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 4.

²¹⁰ Gosch in Kirchhof/Seer, EStG, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 1.

²¹¹ So bereits die kritische Einordnung von Anzinger, Dahm und Kirchmayr-Schließelberger in der Anhörung des BT-Finanzausschusses, Protokoll 18/788, Anlage S. 21, 37 und 51 f.; Florstedt, DStR 2020, 2399, 2402.

²¹² BT-Drucks. 18/8045, S. 134.

²¹³ Drüen, Ubg 2022, 61, 65 f.; Ettlisch in Brandis/Heuermann, EStG, 151. Lfg. März 2020, § 36a Rn. 111; Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A3 und L1; Gosch in Kirchhof/Seer, EStG, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 1, 14; Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 40; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 70.

²¹⁴ Altvater/Buchholz, RdF 2016, 132, 138 f.; zust. Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 5.

²¹⁵ Lindermann, DStR 2019, 1549, 1556; Nagler/Niedling/Patzner, RdF 2017, 289, 294.

²¹⁶ Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A 52; Lamprecht, Ubg 2018, 189, 195; Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 14; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 9.

²¹⁷ Dazu Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 260.1 und 261.

²¹⁸ Lamprecht, Ubg 2018, 189, 193 ff.

ist jedoch das dieser Auffassung zugrundeliegende Konstrukt der steuerlichen Gesamtschuldnerschaft an Cum/Cum-Gestaltungen beteiligter Parteien, der isolierten Zurechenbarkeit der Kapitalertragsteuer²¹⁹ und der Aufteilbarkeit und Zurechenbarkeit der Anrechnungsberechtigung.²²⁰

3. Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 50j EStG idF. Erstes BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016

Die nachfolgend parallel zu § 36a EStG durch das Erste BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016²²¹ eingefügte Vorschrift des § 50j EStG soll Cum/Cum-Treaty Shopping-Gestaltungen erfassen, bei denen das wirtschaftliche Eigentum an dividendentragenden Wertpapieren nicht auf einen inländischen, sondern auf einen anderen ausländischen Steuerpflichtigen übertragen wird. Damit wird das Ziel verbunden, Kapitalerträge am Dividendenstichtag zu einer von günstigeren DBA-Regelungen erfassten Person zu verschieben, um in den Genuss ihrer Abkommensbegünstigung zu gelangen. Die Vorschrift knüpft die Gewährung der Abkommensbegünstigung in einem dem Regelungsprogramm des § 36a EStG vergleichbaren sachlichen Anwendungsbereich an dieselben Voraussetzungen. Ob darin eine abkommensimmanente Missbrauchsregelung konkretisiert wird oder die Vorschrift einen offenen treaty override regelt,²²² kann dahinstehen. Auch als offener treaty override wäre die Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar.²²³ Wie bei § 36a EStG setzt auch die Vorschrift des § 50j EStG mit ihren Rechtsfolgen nicht beim Begünstigten, sondern beim Dritten an, der die Abkommensvorteile vermitteln soll. Wie die Vorschrift des § 36a EStG lässt sie sich damit als typisierende Missbrauchsregel oder als indirekte Zurechnungsvorschrift verstehen. In den Rechtsfolgen und im Anwendungsbereich unterscheidet sich § 50j EStG indessen von § 36a EStG. Er gilt gem. Abs. 4 Nr. 2 nur für Streubesitzbeteiligungen und nach Abs. 4 Nr. 1 nur dort, wo ein günstigerer Quellensteuersatz als 15 % erlangt werden kann. Die Vorschrift ist wegen des engen damit verbleibenden Anwendungsbereichs²²⁴ im Schrifttum angefochten worden,²²⁵ ist aber genau deshalb gerechtfertigt und verhältnismäßig. Sie erfasst insbesondere den besonders bedeutsamen und daher auch gestaltungsanfälligen Bereich der Quellensteuerreduktion auf null für Dividendenerträge US-amerikanischer Pensionsfonds nach Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA-USA, ist bezogen auf diese nicht entbehrlich und daher bereits mit diesem Regelungsziel gerechtfertigt. Berechtigt ist der Hinweis im Schrifttum auf eine Umgehungsgefahr, die sich aus dem fehlenden Verweis auf § 20 Abs. 3 EStG ergibt.²²⁶ Wo die Vorschrift Anwendung findet, schließt sie bei Fehlen der zusätzlichen Voraussetzungen, anders als § 36a EStG, die Anrechnung vollständig aus und bildet insgesamt eine verhältnismäßige Maßnahme der Missbrauchsvermeidung.²²⁷ Ungeklärt ist die im Schrifttum aufgeworfene Frage nach der Unionsrechtswidrigkeit der Vorschrift, weil sie keine Möglichkeit

²¹⁹ Lamprecht, Ubg 2018, 189, 196.

²²⁰ Kritisch deshalb Gosch, in Kirchof/Seer, EStG, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 4a Fn. 13.

²²¹ BGBl. I 2016, 3000.

²²² So BT-Drucks. 8/10506, S. 87.

²²³ Zutreffend Mann im Kirchof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 50j Rn. 14, 115 mit dem Hinweis auf BVerfG v. 15.12.2015 - 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1.

²²⁴ Klein/Link, in HHR, 294. Lfg. Okt. 2019, § 50j EStG Rn. 4, 6; Mann, in Kirchof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 50j Rn. 174.1.

²²⁵ Salzmann/Heufelder, IStR 2018, 62, 65.

²²⁶ Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 46, A 149.

²²⁷ Zu den Steuerwirkungen und zum Erfüllungsaufwand Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 170 - A 178.

eröffnet, bei Nichtvorliegen der Anrechnungsvoraussetzungen, im Einzelfall außersteuerliche, nicht missbrauchsverdächtige Gründe anzuführen.²²⁸ Der Gesetzgeber sollte hierauf bezogene Regelungsvorschläge²²⁹ prüfen.

4. Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 31 Abs. 3 InvStG idF. JStG 2019 v. 12.12.2019

Die mit dem WElektroMobFördG v. 12.12.2019²³⁰ geänderte Vorschrift des § 31 InvStG enthält ergänzende Regelungen für den Steuerabzug und die Anrechnung der Kapitalertragsteuer bei Ausübung der Transparenzoption. In ihrer ursprünglichen Fassung des InvStRefG sah § 31 Abs. 3 Satz 1 InvStG idF InvStRefG nur eine Regelung vor, die die Voraussetzungen des § 36a Abs. 1 - 3 EStG auf die Ebene des Spezial-Investmentvermögens bezog, weil der Anteilseigner die Voraussetzungen der Zurechnung der Wirtschaftsgüter auch bei ausgeübter Transparenzoption nicht erfüllen kann.²³¹ Die geltende Fassung des § 31 Abs. 3 Nr. 2 InvStG ergänzt, dass den Voraussetzungen des § 36a Abs. 1 - 3 EStG funktionell entsprechende Voraussetzungen zusätzlich auch auf Anlegerebene vorliegen müssen, regelt diese Voraussetzungen aber eigenständig und bezieht sie auf die Spezial-Investmentfonds-Anteile selbst. Im Unterschied zu § 36a Abs. 3 EStG muss der Spezial-Investmentfonds-Anleger aber nicht nur 70 %, sondern das gesamte Wertänderungsrisiko während der Mindesthaltungsdauer tragen.

5. Ausschluss von Steuerumgehungen bei steuerbegünstigten Anlegern nach § 8 Abs. 4 Satz 1 InvStG und § 10 Abs. 1 Satz 2 InvStG

Die Vorschriften der §§ 8 Abs. 4 Satz 1 und 10 Abs. 1 Satz 2 InvStG übertragen die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG auf die partielle Steuerbefreiung für Investmentfonds aufgrund steuerbegünstigter Anleger und die Steuerbefreiung von Investmentfonds für steuerbegünstigte Anleger. Sie sichern damit wirksam ab, dass Cum/Cum-Gestaltungen durch Investmentfonds über steuerbegünstigte Anleger nicht unter Umgehung des § 36a EStG vorgenommen werden können.

III. Wirksamkeit zur Verhinderung bekannter Cum/Cum-Gestaltungen

Wo die zusätzlichen Anrechnungsvoraussetzungen nicht erreicht werden, führt die Vorschrift anders als ein früherer Vorschlag im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen hätte,²³² nicht zur vollständigen Versagung der Kapitalertragsteueranrechnung, sondern mildert diese Grundform der Anrechnungsversagung in zwei Dimensionen.

Zum einen schließt § 36a EStG nur 3/5 der Kapitalertragsteuer von der Anrechnung aus, dies nach der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Finanzausschusses mit Rücksicht auf die in Doppelbesteuerungsabkommen durchgehend übliche Beschränkung des Quellensteuerabzugs auf höchstens 15 %.²³³ Der Solidaritätszuschlag auf die KapESt ist stets voll anrechenbar.²³⁴ Eine vollständige Anrechnungsversagung hätte der Gesetzgeber als Treaty Override gestalten müssen, wenn er den Abkommen keinen Vorrang belassen wollte und damit in

²²⁸ Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 81.

²²⁹ Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 194.

²³⁰ BGBl. I 2019, 2451.

²³¹ Zutreffend Buge, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 31 InvStG Rn. 15.

²³² Die Konzeption der vorangegangenen Fassung in einem § 36 Abs. 2a EStG im Gesetzentwurf der BReg. v. 7.4.2016, BT-Drucks. 18/8045, S. 133, schloss die Kapitalertragsteueranrechnung vollständig aus.

²³³ BT-Drucks. 18/8739, S. 113.

²³⁴ Kretzschmann/Schwarz, FR 2017, 223, 234.

Abkommensstaaten ansässige ausländische Aktionäre besser hätte stellen wollen als inländische Aktionäre. Da auch bei Dividenden an ausländische Kapitalgesellschaften in Drittstaaten, mit denen kein DBA besteht, gem. § 44a Abs. 9 EStG zwei Fünftel der einbehaltenen Kapitalertragsteuer erstattet werden, kommt nur für ausländische natürliche Personen in Nicht-Abkommens-Staaten als Dividendenempfänger eine verbleibende Steuerarbitrage durch Cum/Cum-Geschäfte in Höhe von 10 % Betracht. Die Bedeutung dieser Gruppe von Dividendenempfänger ist nicht pauschal vernachlässigbar, sie kann insbesondere Anleger in transparent strukturierten Private Equity und Hedge-Fonds umfassen. Der Gesetzgeber hätte die Vorschrift vor diesem Hintergrund noch zielgenauer ausgestalten können und beschränkt auf diese Gruppe der in Nicht-DBA-Staaten ansässigen natürlichen Personen eine vollständige Anrechnungsversagung regeln können.²³⁵ Allerdings lässt sich nur durch eine umfassende empirische Untersuchung abschätzen, wie stark die Komplexität der Anwendung der Vorschrift in der Praxis insbesondere bei ausländischen transparenten Strukturen steigen würde, wenn die Vorschrift in diesem Sinne zielgenauer gefasst würde. Ebenfalls nur mit einer empirischen Untersuchung durch Auswertung der Daten über Steuererstattungen nach Anwendung des § 36a EStG ließe sich ermitteln, in welchem Umfang die Steuerarbitragegewinne durch Cum/Cum-Geschäfte die Transaktionskosten dieser Geschäfte noch übersteigen, wenn der Vorteil höchstens 2/5 der Kapitalertragsteuer bedeuten kann.

Eine zweite Milderung erfährt die Rechtsfolge des § 36a EStG durch die in Abs. 1 Satz 3 antragsgebundene Möglichkeit, den nicht anrechenbaren Teil der Kapitalertragsteuer bei der Ermittlung der Einkünfte abziehen zu können. Sie bildet eine Durchbrechung der in § 12 Nr. 3 EStG und § 10 Nr. 2 HS. 1 KStG geregelten Betriebsausgabenabzugsverbote für Steuern vom Einkommen. Unter diese fallen auch die für Rechnung des Steuerpflichtigen im Wege des Steuerabzugs erhobenen (Kapitalertrag-)Steuern.²³⁶ Die Rechtfertigung des in § 36a Abs. 1 Satz 3 EStG geregelten "Abzugs von der steuerlichen Bemessungsgrundlage sui generis"²³⁷ bleibt sowohl in der Regierungsbegründung als auch in der Beschlussempfehlung und im Bericht des Finanzausschusses im Dunkeln.²³⁸ Ein möglicher und für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Ausnahme tauglicher Erklärungsansatz könnte in einem Lenkungsziel bestehen, das auf gleiche steuerliche Wettbewerbsbedingungen inländischer Finanzinstitute und der an konkurrierenden ausländischen Finanzplätzen angesiedelten Finanzinstitute ausgerichtet ist. Orientierung könnte dieser Erklärungsansatz in der Mechanik der ausländischen Regelungsvorbilder²³⁹ finden, wenn auch nach diesen eine nicht angerechnete Kapitalertragsteuer als Betriebsausgabe anzusetzen wäre. Weniger überzeugend ist demgegenüber eine in der Kommentarliteratur angedeutete Überlegung, nach der eine nicht angerechnete Kapitalertragsteuer nach allgemeinen Grundsätzen nicht als Betriebseinnahme anzusetzen sein soll. Ein dort angestelltes Gedankenexperiment, mit dem nach § 36a EStG nichtanrechenbare Kapitalertragsteuern die Einkünfte zwei Mal, einmal auf der Einnahmenseite und ein weiteres Mal, mit einem Antrag nach § 36a Abs. 1 Satz 3 EStG, auf der Betriebsausgabenseite mindern, und damit eine nicht intendierte Begünstigung

²³⁵ Allgemeiner, aber mit dem zutreffenden Befund, dass durch § 36a EStG entweder eine Unter- oder eine Überbesteuerung vorprogrammiert ist, *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 192.

²³⁶ *Dürschmidt*, in H/H/R, EStG/KStG, 302. Lfg. Feb. 2021, § 10 KStG Rn. 61; *Fissenwert*, in H/H/R, EStG/KStG, 291. Lfg., April 2019, § 12 EStG Rn. 128 mit Hinweis auf BFH v. 22.1.1997 - I R 64/96, BStBl. II 1997, 548 Rn. 10.

²³⁷ *Geisenberger*, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. M6.

²³⁸ Zurecht kritisch deshalb *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 196 f.

²³⁹ *Haisch/Hüniken*, BB 2016, 345, 350, noch zum Vorentwurf für einen § 36 Abs. 2a EStG, ohne diese Betriebsausgabenabzugsregelung.

bewirken könnten,²⁴⁰ findet weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine überzeugende Grundlage. Dem Gesetzgeber ist gleichwohl nicht verwehrt, vor dem Hintergrund der unklaren Rechtfertigung des antragsgebundenen Betriebsausgabenabzugs, über eine Klarstellung oder auch über eine vollständige Streichung dieser Betriebsausgabenabzugsmöglichkeit nachzudenken. Vorsorglich und rückwirkend klarstellen könnte der Gesetzgeber ebenfalls, dass eine Einkünfteverringerung nicht in Betracht kommt, wenn die Dividendeneinkünfte nach § 8b Abs. 1 und 5 KStG insgesamt steuerbefreit sind. Auch hier lässt sich vor dem Hintergrund der Vorschriften der § 12 Nr. 3 EStG und § 10 Nr. 2 KStG eine überschießende Begünstigung diskutieren. Der Bedarf für solche Klarstellungen ist deshalb erhöht, weil der Zweck des Abzugs unklar bleibt und sich eine Auslegung daher weitgehend auf den Wortsinn beschränken muss. Im Ergebnis führen Teilanrechnungsversagung und Betriebsausgabenabzug beim Inländer bei einer angenommenen Thesaurierungsbelastung der Dividendenerträge mit Körperschaft- und Gewerbesteuer von 30 % bei ausländischen natürlichen Personen in Nicht-DBA-Staaten zu einer verbleibenden erhöhten Steuerbelastung von 10,5 % (15 % nicht anrechenbare Kapitalertragsteuer abzüglich Steuerentlastung durch Einkünfterminderung, typisiert 30 % von 15 % = 4,5 %). Aus einem Cum/Cum-Geschäft mit einer natürlichen Person in einem Nicht-DBA-Staat könnte damit ein Steuervorteil von 14,5 % weiter einen hinreichenden Gestaltungsanreiz bieten.

Während die Rechtsfolgenseite der Anrechnungsversagung damit für Nachschärfungen offen erscheint, geben die Anrechnungsvoraussetzungen für den vom Gesetzgeber adressierten Grundfall wenig Anlass, solche Nachschärfungen einzufordern.²⁴¹ Auf volatilen Märkten gilt im Schrifttum bislang unwidersprochen eine Haltedauer von 45 Tagen verbunden mit einem Mindestwertänderungsrisiko von 70 % und dem Verbot, die Kapitalerträge weiterzuleiten, als ausreichend, um alle Geschäfte zu erfassen, die für Cum/Cum-Gestaltungen genutzt werden können.²⁴² Kritik verdient die Ausgestaltung dieser Tatbestandsvoraussetzungen auch nicht deshalb, weil die Anforderungen so hoch sind, dass damit zahlreiche "unverdächtige" Geschäfte erfasst werden, die keinen Bezug zu Cum/Cum-Gestaltungen aufweisen. Diese Kritik ist vielmehr auf den eingeschlagenen Weg zu beziehen, Cum/Cum-Geschäfte durch eine Höherbelastung der potentiellen inländischen Gegenpartei unattraktiv zu machen und mit Vorschlägen für alternative Wege zu verbinden. Die Haltedauern oder das Mindestwertänderungsrisiko abzusenken, würde im eingeschlagenen Weg die Wirksamkeit der Vorschrift entkräften und ist daher nicht zu empfehlen.

Die Ausnahmetatbestände, insbesondere der Schwellenwert in § 36a Abs. 5 Nr. 1 EStG, sind nicht nur ein politischer Kompromiss, sondern auch die Lösung eines Optimierungsproblems. Die zusätzlichen Anforderungen des § 36a EStG führen in der Praxis zu erheblichem Mehraufwand bei den Bürgern, den Unternehmen und der Verwaltung. Bei Bagatellbeträgen wäre dieser Mehraufwand, auch mit verfassungsrechtlicher Relevanz, unverhältnismäßig. Zugleich ist aber zu berücksichtigen, dass ein rechtsträgerbezogener Schwellenwert zu Umgehungsge-
staltungen durch Stückelung einlädt und in weiterentwickelten Finanzmärkten Cum/Cum-Gestaltungen auch hochautomatisiert für einen Massenmarkt vorstellbar erscheinen. Forderungen nach einer Anhebung des Schwellenwerts sollte daher zurückhaltend begegnet werden. Die weiteren Bereichsausnahmen des § 36a Abs. 5 Nr. 2 und Abs. 6 EStG schwächen die

²⁴⁰ Mit diesem Hinweis auch *Ettlich* in Brandis/Heuermann, EStG, 151. Lfg. März 2020, § 36a Rn. 54.

²⁴¹ Zutreffend *Florstedt*, DStR 2020, 2399, 2401.

²⁴² Exemplarisch auch *Lechner/Exner*, RdF 2021, 284, 291: "missbräuchliche Gestaltungen (...) unwahrscheinlich".

Wirksamkeit, soweit in der Mechanik der Vorschrift und im Diskurs im Schrifttum erkennbar, nicht.

In grenzüberschreitenden Sachverhalten können sich Rechtsunsicherheiten und die Vorstellung einer Anwendungslücke für § 36a EStG in den Fällen ergeben, in denen inländische Dividenden der ausländischen Betriebsstätte einer inländischen Körperschaft in einem anderen DBA-Staat zurechenbar zufließen und deshalb nach dem DBA mit diesem Staat in Deutschland freizustellen sind. Dies ist kein Fall des § 50j EStG. Liegen in diesen Fällen die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe b EStG nicht vor, zugleich aber die des § 50c EStG, dort insbesondere die des Abs. 3, könnte vertreten werden, der Anwendungsbereich des § 36a EStG sei nicht eröffnet, weil er sich allein auf § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG beziehe. Das Verhältnis des § 36a EStG zu § 50c EStG hat der Gesetzgeber in der Tat offen gelassen. Ebensowenig ist die Vorschrift des § 36a EStG offen mit einem treaty override verbunden. Der Gesetzgeber sollte deshalb für diese Fallkonstellation eine klarstellende Regelung in das Gesetz aufnehmen.

IV. Alternativen

Eine abschließende Bewertung der Erforderlichkeit und der Wirksamkeit der Regelungen in § 36a EStG zur Vermeidung von Cum/Cum-Gestaltungen setzt Überlegungen zu möglichen Alternativen voraus.

1. Einheitliche Belastung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien

Anreize für Cum/Cum-Gestaltungen entstehen bei körperschaftsteuerpflichtigen Anteilseignern zum einen aus der oben unter I. bereits dargestellten unterschiedlichen Belastung von Streubesitzdividenden einerseits und Veräußerungsgewinnen andererseits in § 8b Abs. 1, 2 und 4 KStG. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten führt der beschränkte Katalog der inländischen Einkünfte zudem bei natürlichen Personen zu den ebenfalls unter I. bereits dargestellten Unterschieden in der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen und Dividenden ausländischer Anteilseigner.

Der konsequenteste Weg zur Vermeidung von Anreizen für Steuergestaltungen wäre, diese Unterschiede einzuebnen, Veräußerungsgewinne und Dividenden aus Streubesitzbeteiligungen einheitlich zu belasten und im gleichen Umfang, einschließlich der Dividendensurrogate in den Gestaltungen der Wertpapierleihe, einheitlich in den Katalog der beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte aufzunehmen.²⁴³ Dafür hatte sich auch der Finanzausschuss des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zum InvStRefG ausgesprochen.²⁴⁴ Unterhalb des Beteiligungsschwellenwerts von 10 % würde sich dieser Weg ohne weiteres im geltenden Unionsrecht verwirklichen lassen und zunächst im Verhältnis zu Nicht-DBA-Staaten ebenfalls wirksam Belastungsunterschiede eibnen. Im Verhältnis zu Abkommensstaaten, in denen wie in Art. 13 Abs. 5 des OECD-MA 2017 und gleichlautend in Art. 13 Abs. 5 der deutschen Verhandlungsgrundlage für DBA das Besteuerungsrecht für Veräußerungsgewinne aus Aktien allein dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen wird, versperren die Abkommen diesen einfachen Weg. Längerfristig könnte, auch mit Blick auf die Fortschritte im internationalen Informationsaustausch und die Entwicklung grenzüberschreitend digitalisierter Finanzmärkte, mit der leichteren Erfassbarkeit der durch Gebietsfremde mit Aktien inländischer Emittenten realisierten Wertgewinne über eine vorsichtige Änderung der deutschen Abkommenspolitik

²⁴³ Ähnlich und zu Gesetzesinitiativen in diese Richtung: *Mann*, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 5.

²⁴⁴ BR-Drucks. 320/1/16, Tz. 5.

nachgedacht werden. Überlegungen in diese Richtung anzustrengen erscheint auch deshalb lohnend, weil Cum/Cum-Gestaltungen nicht nur ein deutsches, sondern ein internationales Phänomen sind²⁴⁵ und Veränderungen der Kapitalmärkte (Stichwort: Decentralized Finance) ohnehin eine Anpassung der Abkommenspolitik für den Bereich der Kapitaleinkommensbesteuerung erforderlich machen könnten.

2. Zurechnung von Wertpapieren

Im Zentrum der Mechanik von Cum/Cum-Gestaltungen steht die subjektive Zurechnung der Wertpapiere. Jede Anrechnung der Kapitalertragsteuer setzt voraus, dass die Aktien, demjenigen, der Anrechnung begehrt, im Zeitpunkt des Gewinnfeststellungsbeschlusses zurechenbar sind. Das ergibt sich aus §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG und abhängig von der verwirklichten Einkunftsart aus § 20 Abs. 5 i.V.m. § 39 AO oder aus § 5 Abs. 1 EStG i.V.m. den Zurechnungsregeln der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung. Die Zurechnung zum sog. wirtschaftlichen Eigentümer ist auch eine zentrale Voraussetzung in § 36a EStG.

a) De lege lata

Cum/Cum-Gestaltungen stützen sich dabei ganz wesentlich auf die Annahme, dass die Aktien im Zeitpunkt des Gewinnfeststellungsbeschlusses bei Wertpapierleihgeschäften und auch bei Veräußerungsgeschäften mit Rückkaufvereinbarung dem Entleiher bzw. dem Wertpapierkäufer zuzurechnen sind. Im Steuerrecht ist diese Zurechnung lange unwidersprochen geblieben,²⁴⁶ während sie im Handelsbilanzrecht nach Inkrafttreten des § 340b HGB durch das Bankbilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz stark hinterfragt und in der kapitalmarktorientierten Rechnungslegung von Beginn an eine von der sachenrechtlichen Eigentumszuordnung abweichende Zuordnung zum Wertpapierverleiher bzw. Wertpapierpensionsverkäufer vorgenommen worden ist.²⁴⁷ Die Rechtsprechung hatte sich zwischenzeitlich im Kontext der strukturierten Wertpapierleihe²⁴⁸ und auch bei Cum/Cum-Gestaltungen²⁴⁹ im Einzelfall für eine Zurechnung zum Wertpapierverleiher oder zum Wertpapierpensionsverkäufer entschieden. Die jüngste Rechtsprechung betont die Bedeutung einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles.²⁵⁰ Die Verwaltungspraxis beurteilt die vor Inkrafttreten des § 36a EStG verwirklichten Sachverhalte gestützt auf diese Rechtsprechung überzeugend, aber im Schrifttum nicht unwidersprochen,²⁵¹ mit einer Zurechnung der im Rahmen von Wertpapierleihgeschäften übertragenen Aktien zum Wertpapierverleiher.²⁵² Die Entwicklung der Rechtsprechung ist offen. Wo allerdings keine Zurechnung zum inländischen

²⁴⁵ Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 165.

²⁴⁶ Häuselmann/Wagner, FR 2003, 331; Haisch, in Herrmann/Heuer/Raupach, § 5 EStG Rn. 1552, 1554; Heilmeier, StuW 2014, 344.

²⁴⁷ IDW ERS HFA 13 n.F. Tz. 20; ADS⁶, § 246 HGB Rn. 338; Barckow in Baetge/Wollmert/Kirsch/Oser/Bischof, Rechnungslegung nach IFRS, 37. Lfg. 2019, IFRS 9 Rn. 139, 141; Hartenberger in Beck'sches IFRS-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 3 Finanzinstrumente, Rn. 518; Scharpf/Schaber, Handbuch Bankbilanz, 8. Aufl. 2020, S. 39.

²⁴⁸ BFH v. 18.8.2015 - I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 19 ff.; FG Sachsen-Anhalt v. 25.11.2020 - 3 K 403/10, juris, Rz. 46; FG München v. 14.12.2020 - 7 K 899/19, nrkr. Az. BFH I R 3/21, EFG 2021, 723, Rz. 41; die Entscheidung des BFH v. 29.9.2021 - I R 40/17, BFHE 274, 463 betraf weder einen Fall der strukturierten Wertpapierleihe noch eine Cum/Cum-Gestaltung.

²⁴⁹ FG Kassel v. 28.1.2020 - 4 K 890/17, rkr., EFG 2020, 1160, juris Rz. 180 ff. und FG Kassel v. 1.7.2021 - 4 K 646/20, rkr., EFG 2022, 791, juris Rz. 98 ff.

²⁵⁰ Besonders deutlich BFH v. 2.2.2022 - I R 22/20, DB 2022, 700, Rz. 45, 47.

²⁵¹ Gill/Helios, DB 2022, 1280; Hansen/Haselmann/Holle, DStR 2022, 1407; Link/Tschatsch, FR 2022, 521; Behnes/Hoene, RdF 2022, 116.

²⁵² BMF-Schreiben v. 9.7.2021 - IV C 1-S 2252/19/10035:014, BStBl. I 2021, 995, Tz. 12; BMF-Schreiben v. 9.7.2021 - IV C 6-S 2134/19/10003:007, BStBl. I 2021, 1002, Tz. 4 ff.

zivilrechtlichen Anteilseigner im Gewinnfeststellungszeitpunkt stattfinden kann, sind auch die Voraussetzungen des § 36a EStG nicht eröffnet. In diesen Fällen ist § 36a EStG in seiner Funktion der Erweiterung der Anrechnungsvoraussetzungen zu beurteilen. Er ermöglicht dann nicht etwa eine teilweise Anrechnung nach seinem Rechtsfolgenprogramm. Die Anrechnung scheitert vielmehr bereits vollständig an den allgemeinen Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m. § 20 Abs. 5 EStG bzw. 5 Abs. 1 EStG. Wo die Aktien nicht dem inländischen Anteilseigner zuzurechnen sind, läuft § 36a EStG leer. Die Vorschrift ist in diesen Fällen aber auch nicht notwendig, um Cum/Cum-Gestaltungen zu vermeiden, weil die Anrechnung in diesen Fällen bereits nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG vollständig zu versagen ist.

b) De lege ferenda

Dies führt zu der Überlegung, ob der Gesetzgeber alternativ zu § 36a EStG eine Regelung schaffen sollte, nach der, wie bei § 340b Abs. 4 HGB in den Fällen echter Pensionsgeschäfte und aufbauend auf älteren Überlegungen in der Verwaltungspraxis zur Zurechnung bei Wertpapierpensionsgeschäften,²⁵³ Aktien im Rahmen von Wertpapierleihgeschäften oder Wertpapierpensionsgeschäften, z.B. unter den typisierenden Voraussetzungen des geltenden § 36a Abs. 1 Satz 1 EStG, stets und ausschließlich dem Wertpapierverleiher bzw. dem Wertpapierpensionsgeber oder Wertpapierverkäufer zuzurechnen sind. Eine solche gesetzliche Regelung müsste zum einen sicherstellen, dass die Kapitaleinkünfte aus Dividendenerträgen nur einem einzigen Steuersubjekt zur gleichen Zeit zugerechnet werden und sie müsste weiter sorgfältig die Folgewirkungen für den Kapitalertragsteuerabzug, die Ausstellung der Steuerbescheinigung und die Zurechnung korrespondierender Betriebsausgaben abwägen.

c) Folgeherausforderungen

Die Folgeherausforderungen eines gesetzlichen Paradigmenwechsels bei der subjektiven Zurechnung von Aktien im Rahmen von Wertpapierleih- und Wertpapierpensionsgeschäften lassen sich zunächst durch einen Blick in die Praxis der Internationalen Rechnungslegung und der handelsbilanziellen Behandlung von echten Wertpapierpensionsgeschäften eingrenzen. Die Aktien sind dort durchgehend in der Bilanz des Wertpapierverleihers bzw. des Wertpapierpensionsgebers auszuweisen. In der GuV bilden die dem sachenrechtlichen Eigentümer der Aktien zufließenden und durch eine Kompensationszahlung weitergeleiteten Dividenden einen durchlaufenden Posten und werden insgesamt dem Verleiher bzw. Pensionsgeber zugerechnet.²⁵⁴ Ein Betriebsausgabenabzug beim Entleiher bzw. Pensionsgeber kommt daher nicht in Betracht. Die Überlegungen zur Übertragbarkeit auf die Steuerbilanz und die Einkünfteermittlung müssen sich daher auf die Frage konzentrieren, wie eine mehrfache Zurechnung der Einkünfte bei Weiterveräußerung der Aktien durch den Wertpapierentleiher oder den Pensionsnehmer sicher ausgeschlossen werden kann.

Bereits im geltenden Recht leicht lösbar erscheinen dagegen alle Fragen, die eine Zurechnungsänderung in der Durchführung des Kapitalertragsteuerabzugs mit sich bringt.²⁵⁵ Maßgeblich für die Vornahme des Kapitalertragsteuerabzugs ist nach zutreffender Auffassung

²⁵³ BMF, Entwurf v. 11.3.2002 - IV A 6 S 2134 - 18/02, n.v., zustimmend wiedergegeben bei *Krumnow u.a.*, Rechnungslegung der Kreditinstitute, 2. Aufl. 2004, Teil B § 340b HGB Rn. 44.

²⁵⁴ ADS⁶, § 246 HGB Rn. 340; *Bieg/Waschbusch*, Bankbilanzierung nach HGB und IFRS, 3. Aufl. 2017, S. 129; *Krumnow u.a.*, Rechnungslegung der Kreditinstitute, 2. Aufl. 2004, Teil B § 340b HGB Rn. 35; *Gaber*, Bankbilanz nach HGB, 2. Aufl. 2018, S. 116; *Scharpf/Schaber*, Handbuch Bankbilanz, 8. Aufl. 2020, S. 50, 53.

²⁵⁵ Dazu und zum Folgenden: *Anzinger*, Zur subjektiven Zurechnung von Aktien bei echten Pensions- und wechselseitigen Wertpapierleihgeschäften im Handels- und Steuerbilanzrecht und im System des Kapitalertragsteuerabzugs, *StuW* 2022, 194.

bereits im geltenden Recht die sachenrechtliche Eigentumszuordnung. Den Kapitalertragsteuerabzug hat im gesetzlich gedachten Grundfall die Depotbank des Anteilseigners unabhängig von der wirtschaftlichen Zurechnung vorzunehmen. Sie stellt auch die Kapitalertragsteuerbescheinigung aus. Die wirtschaftliche Zurechnung kommt erst bei ihrem Inhalt zum Tragen. Wo die Depotbank positiv weiß, dass ein anderer als der Anteilseigner der wirtschaftlich Berechtigte ist, muss sie dies bereits im geltenden Recht auf der Steuerbescheinigung vermerken, ohne dazu den wirtschaftlich Berechtigten namentlich bezeichnen zu müssen.²⁵⁶ Die Steuerbescheinigung dient nicht dem Nachweis, für wessen Rechnung die Steuer abgeführt wurde, sondern ist nur ein Beweiselement im Rahmen der Feststellung, dass überhaupt Kapitalertragsteuer einbehalten wurde. Es obliegt dann demjenigen, der die Anrechnung geltend macht, seine Position als wirtschaftlicher Eigentümer im Zeitpunkt des Gewinnfeststellungsbeschlusses nachzuweisen. Wo dieser Nachweis nicht gelingt, weil die Beteiligten an Wertpapierleihgeschäften oder Wertpapierpensionsgeschäften nicht ausreichend Vorsorge durch klare und transparente Vereinbarungen getroffen oder auf unzureichende Abwicklungssysteme vertraut haben, kann von niemandem Kapitalertragsteuer angerechnet werden. Eine Mehrfachanrechnung ist jedenfalls ausgeschlossen, weil nur eine Bescheinigung ausgestellt wird und zwar an den sachenrechtlichen Anteilseigner, der sie weitergeben kann.

3. Allgemeine bereichsspezifische Missbrauchsvorschrift

In einem dem Regierungsentwurf zum InvStRefG vorangegangenen Referentenentwurf war an Stelle des geltenden § 36a EStG eine Ergänzung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG um eine allgemeine Missbrauchsklausel nach dem Vorbild einer Schweizer Regelung vorgesehen gewesen.²⁵⁷ Diese Regelung hätte als Zurechnungsregel wirken können²⁵⁸ und damit zielgenauer ähnliche Wirkungen entfalten können wie die oben unter IV. 2. b. vorgestellte allgemeine gesetzliche Zurechnungsregel, wäre aber im deutschen Recht mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden gewesen und hätte keine zuverlässige Gewähr für eine wirksame Verhinderung von Cum/Cum-Gestaltungen geboten.²⁵⁹ Sie erscheint auch weiter nicht als geeignete Alternative.²⁶⁰ Einen Zwischenweg zeichnet der Vorschlag im Schrifttum, bestimmte Geschäfte als Scheingeschäfte zu qualifizieren und unmittelbar nach § 41 AO oder durch eine entsprechende gesetzliche Regelung die steuerliche Anerkennung zu versagen.²⁶¹ Das Ergebnis käme einer fokussierten Zurechnungsregel nahe.

4. Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlung, Wertpapierleihgebühr und Veräußerungsgewinnen in die beschränkte Steuerpflicht²⁶²

Ein im Schrifttum bereits vorgeschlagener anderer Weg, zumindest Cum/Cum-Gestaltungen mit Wertpapierleihgeschäften ("Aktiendarlehen") ihre Anreizwirkungen zu nehmen, besteht darin, Dividendenkompensationszahlungen und die Wertpapierleihgebühr über den

²⁵⁶ BMF v. 15.12.2017, BStBl. I 2018, 13 Tz. 14.

²⁵⁷ RefE eines InvStRefG v. 16.12.2015, S. 44.

²⁵⁸ Dazu *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 195.

²⁵⁹ Instrukтив zur umstrittenen Anwendung des § 42 AO bei Cum/Cum-Gestaltungen einerseits FG Kassel v. 28.1.2020 - 4 K 890/17, rkr., EFG 2020, 1160, juris Rz. 202 und FG Kassel v. 1.7.2021 - 4 K 646/20, rkr., EFG 2022, 791, juris Rz. 125 ff.; andererseits *Lindermann*, DStR 2019, 1549, 1556.

²⁶⁰ *Drüen*, Ubg 2022, 121, 126 unter der Überschrift "Keine 'Fiskalnotwehr' mittels § 42 AO beim 'schlechten Steuergesetz'".

²⁶¹ In diese Richtung *Florstedt*, DStR 2020, 2399, 2402.

²⁶² Die folgenden Überlegungen finden sich inhaltsgleich bereits in *Anzinger*, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 171 ff.

Anwendungsbereich der § 2 Nr. 2 KStG und § 6 Abs. 3 Nr. 2 InvStG²⁶³ hinaus in die beschränkte Steuerpflicht einzubeziehen und damit in den Fällen, in denen die Einkünfte dem Wertpapierentleiher, bzw. Wertpapierpensionskäufer zuzurechnen sind, das Surrogat zu erfassen.²⁶⁴ Eine vom Status des Beziehers dieser Surrogate unabhängige allgemeine Einbeziehung in die beschränkte Steuerpflicht hätte auch insofern eine Vereinfachungswirkung als die mit Sachverhalts- und Rechtsunsicherheiten verbundene Feststellung dieses Status²⁶⁵ entbehrlich würde. Entsprechende Überlegungen lassen sich für Dividendensurrogate in Gestalt der Kauf- und Rückkaufpreisdifferenz bei Kassageschäften angestellt ("Aktienpensionsgeschäfte") anstellen. Für beide Gestaltungsvarianten könnte dieser Weg, wie die geltende Regelung des § 36a EStG, eine Ergänzung für die oben unter IV. 2. vorgestellten, im geltenden Recht bereits angelegten Zurechnungsregeln bilden, dürfte aber, wie § 36a EStG, nur zur Anwendung kommen, wenn die Einkünfte nicht nach den allgemeinen Regeln dem Wertpapierentleiher bzw. dem Wertpapierpensionskäufer zuzurechnen wären.

a) Einordnung der Dividendensurrogate de lege lata

In der ersten Variante der Wertpapierleihe zielen Cum/Cum-Gestaltungen auf die Transformation von Dividendenerträgen in Kompensationszahlungen. Wenn dies gelingt, lässt sich die vom ausländischen Wertpapierverleiher bezogene Dividendenkompensationszahlung nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG subsumieren, ist deshalb nicht zu den inländischen Einkünften i. S. d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG zu rechnen und unterliegt auch keinem Kapitalertragsteuerabzug. Die eigentliche Wertpapierleihgebühr, der Sachdarlehenszins, wird nach der Rechtsprechung und der Verwaltungspraxis vom Katalog des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nicht erfasst und lässt sich deshalb nur den sonstigen Einkünften aus sonstigen Leistungen i. S. d. § 22 Nr. 3 EStG zuordnen. Auch diese werden von der beschränkten Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerpflicht nicht erfasst, weil sie ebenfalls nicht zu den inländischen Einkünften, iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG zählen. Die Frage der abkommensrechtlichen Qualifikation stellt sich nicht.

In der zweiten Variante unterliegen die Veräußerungsgewinne zwar der sachlichen Einkommensteuerpflicht nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 EStG. Diese zählen aber nicht zu den inländischen Einkünften i. S. d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe d EStG und unterhalb der Beteiligungsschwelle von 1 % auch nicht zu jenen iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG. Sie sind in Deutschland steuerfrei, ohne dass es noch auf eine abkommensrechtliche Freistellung ankäme.

b) Vorschläge zur Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 5 EStG

Der Finanzausschuss des Bundesrates hatte daher im Gesetzgebungsverfahren zum InvStRefG empfohlen, die Dividendenkompensationszahlung in die inländische beschränkte Steuerpflicht einzubeziehen.²⁶⁶ Hierfür sind zwei Wege denkbar. Zum einen könnten sonstige Einkünfte aus sonstigen Leistungen in den Katalog der inländischen Einkünfte in § 49 Abs. 1 Nr. 5 und in § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG aufgenommen und damit die bisherige Qualifikation der Dividendenkompensationszahlungen als sonstige Leistungen i. S. d. § 22 Nr. 3 EStG akzeptiert werden. Besser auf die abkommensrechtliche Behandlung abstimmen ließe sich der zweite

²⁶³ Über diesen Anwendungsbereich *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216, 220.

²⁶⁴ Dazu *Anzinger*, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 171; abwägend *Mann*, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 51.

²⁶⁵ Kritisch zur Anwendung des § 6 Abs. 3 Nr. 2 InvStG deshalb *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216, 220 f.

²⁶⁶ BR-Drucks. 320/1/16, Tz. 7; BT-Drucks. 18/8739, S. 89.

Weg, die Dividendenkompensationszahlung als unselbständigen Teil der Wertpapierleihgebühr zu verstehen²⁶⁷ und beide als Dividendensurrogat bei den Einkünften aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG den sonstigen Bezügen zuzuordnen.²⁶⁸ Der Gesetzgeber könnte in Erwägung ziehen, in die „sonstigen Bezüge“ i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG²⁶⁹ sämtliche Dividendensurrogate aufzunehmen. Sie würden damit ohne weitere Gesetzesanpassung in die beschränkte Steuerpflicht über § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG einbezogen. Entsprechende Vorschläge sind bereits im Gesetzgebungsverfahren zum InvStRefG mit unterschiedlichen Formulierungsvorschlägen diskutiert worden. Ein erster Vorschlag zur Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG sah mit der Formulierung,

„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 im Zusammenhang mit Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäften im Sinne des § 340b Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs erzielt werden, soweit die diesen Kapitalerträgen zu Grunde liegenden Anteile oder Genussscheine zu inländischen Kapitalerträgen nach § 43 Absatz 3 Satz 1 führen;“

vor, Wertpapierleihgebühren, Kompensationszahlungen und auch Veräußerungserlöse, die *anstelle* der Dividenden gezahlt werden, insgesamt und einheitlich unter die sonstigen Bezüge zu fassen. Ein zweiter Formulierungsvorschlag für einen § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 5 EStG,

„Das Gleiche gilt für Kompensationszahlungen aus einem Wertpapierdarlehen oder einem Wertpapierpensionsgeschäft, die der Darlehensnehmer oder der Pensionsnehmer als Ausgleich für die dem Darlehensgeber oder Pensionsgeber entgangenen Einnahmen im Sinne des Satzes 1 erbringt;“

war hingegen auf Kompensationszahlungen beschränkt. Im Nachgang zu dem Gesetzgebungsverfahren waren weitere, alternative Überlegungen für eine entsprechende Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG angestellt und verworfen worden, die zusätzlich ein in § 4 Abs. 5 Satz 1 EStG einzufügendes allgemeines Betriebsausgabenabzugsverbot für die vom Darlehens- oder Pensionsgeber geleisteten Surrogate vorgesehen hätten. Dieser Vorschlag eröffnete zusätzlich das Spannungsfeld einer Doppelbelastung auf verschiedenen Ebenen. In den adressierten Fällen, in denen Dividenden, entgegen den unter IV. 2. angestellten Überlegungen, dem Aktienentleiher oder Aktienpensionsnehmer zuzurechnen wären, wären diesem allerdings bereits die Dividenden oder in den Fällen der Kettengeschäfte die Surrogate zuzurechnen. Ein Betriebsausgabenabzugsverbot für weitergeleitete Dividenden oder Surrogate erscheint aber allenfalls dann erforderlich und folgerichtig, wenn die weitergeleiteten Dividenden oder Surrogate im Inland steuerfrei blieben. Dies sollte bereits durch die Ergänzungen im Einnahmetatbestand, die Einbeziehung in die beschränkte Steuerpflicht, die abkommensvorrangige Wahrnehmung des inländischen Besteuerungsrechts und die Versagung sachlicher Steuerbefreiungen ausgeschlossen werden.

Sämtliche Vorschläge sind insbesondere wegen offener Fragen über die abkommensrechtliche Einordnung einer im nationalen Recht geänderten Dividendendefinition und zur EU-

²⁶⁷ Ähnlich S. Wagner, Die Besteuerung der Wertpapierleihe, StBp 1992, 173, 175.

²⁶⁸ Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 173.

²⁶⁹ Diese Vorschrift ist durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878) eingefügt worden, um inländischen Cum/Ex-Gestaltungen zu begegnen. Dazu Buge, in: H/H/R, EStG/KStG, 294. Lfg. Okt. 2019, § 20 EStG Rn. 110; S. Wagner, Die Neufassung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG - Absicht und Wirkung -, Der Konzern 2007, 127.

Rechtskonformität einer notwendigen Rückausnahme in § 36a EStG nicht umgesetzt worden. Fraglich ist auch die Vollziehbarkeit geblieben. Auf alle drei Punkte ist daher im Folgenden zur Bewertung dieser Alternative einzugehen.

c) Einordnung und Wirkungen im Abkommensrecht

aa) Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren

In der bestehenden Verwaltungspraxis unterfallen Wertpapierleihgebühren und Dividendenkompensationszahlungen den sonstigen Einkünften i. S. d. Art. 21 Abs. 1 OECD-MA und Art. 21 Abs. 5 DBA-VG, wenn sie keiner Betriebsstätte zuzuordnen sind²⁷⁰ und werden dort regelmäßig dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen. Und selbst, wenn, wie nach dem DBA Kanada in Art. 21 Abs. 3, dem Quellenstaat ein Besteuerungsrecht an sonstigen Einkünften zugewiesen wird,²⁷¹ läuft diese Zuweisung in Deutschland ins Leere, weil nach § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG keine beschränkte Steuerpflicht entsteht.

Würde man Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren als sonstige Bezüge im nationalen Recht den Dividenden gleichstellen, rückt die abkommensrechtliche Dividendendefinition in den Blick. Sie ist im OECD-MA, in der deutschen Verhandlungsgrundlage und in den einzelnen Abkommen unterschiedlich offen für nationale Dividendenbegriffe ausgestaltet.

Ältere Abkommen, die der Formulierung des Art. 10 Abs. 3 OECD-MA 2017,

„3. The term ‘dividends’ as used in this Article means income from shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights (Hervorhebung durch Verf.) which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.“

folgen, können so ausgelegt werden, dass die nationale Dividendenqualifikation nur in den Grenzen von unmittelbar aus Gesellschaftsrechten abgeleitetem Einkommen maßgeblich sein kann.²⁷² Zwingend erscheint dies nicht, weil allein maßgeblich der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Anteil und Ertrag ist. Deshalb könnten auch Dividendensurrogate, in denen sich dieser wirtschaftliche Zusammenhang spiegelt, unter den Wortsinn der Vorschrift fallen. Der Ansässigkeitsstaat wäre dann an die Qualifikation des Quellenstaates gebunden.²⁷³ Modernere Abkommen, deren Formulierung des Art. 10 Abs. 3 der deutschen Verhandlungsgrundlage entspricht,

„(3) Der in diesem Artikel verwendete Ausdruck „Dividenden“ bedeutet Einkünfte aus Gesellschaftsanteilen, Genussrechten oder Genussscheinen, Gründeranteilen oder sonstige Einkünfte, die nach dem Recht des Staates, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist, den Einkünften aus Gesellschaftsanteilen steuerlich gleichgestellt sind, sowie Ausschüttungen auf Anteilscheine an einem Investmentvermögen.“

²⁷⁰ Siehe oben unter 2.4.

²⁷¹ Dazu W. Wassermeyer, in: Wassermeyer, Doppelbesteuerung, EL 128 August 2014, Art. 21 Kanada Rn. 43.

²⁷² J. F. Avery Jones, The Definitions of Dividends and Interests in the OECD Model: Something Lost in Translation?, WTJ 2009, 5, 19 ff.; H. Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 19.332.

²⁷³ Zutreffend Kaeser/Wassermeyer, in Wassermeyer, DBA, EL 122 Rn. 110, Art. 10 OECD MA Rn. 110.

sind bereits im Wortsinn offener für Erweiterungen des Dividendenbegriffs im nationalen Recht²⁷⁴. Eine Erweiterung des Tatbestands des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zur Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren würde hier deutlicher auf die Abkommensauslegung durchschlagen.

Eine entsprechende Vorschrift im deutschen Recht bliebe schließlich auch dann wirksam, wenn man der hier vorgeschlagenen Auslegung der bestehenden Abkommen nicht folgen würde. Sie würde dann eine gegenüber dem Abkommensrecht vorrangige einseitige nationale Regelung bilden. Ein solcher Treaty Override ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁷⁵ selbst dann verfassungsrechtlich möglich, wenn er zu den geschlossenen Abkommen im Widerspruch stünde.

Soweit eine Anknüpfung an den inländischen Dividendenbegriff im Abkommen nachvollzogen wird, führt dies zumindest bei den neueren Abkommen mit dem Grundsatz der Qualifikationsverkettung²⁷⁶ dazu, dass der Ansässigkeitsstaat an die Qualifikation im Quellenstaat gebunden ist. Das gilt nicht im Fall eines außerhalb des jeweiligen Abkommens angelegten einseitigen Treaty Override. Hier müsste Deutschland im Ergebnis wiederum auf sein Besteuerungsrecht verzichten. Nachteilig bleiben ein wesentlich erhöhter administrativer Aufwand aus entstehenden Qualifikationskonflikten, der neben den erhöhten Vollzugsaufwand treten würde. Allein im Verhältnis zu Nicht-DBA-Staaten würde die Regelung daher mit größerer Rechtssicherheit und geringerem administrativem Aufwand Wirkungen entfalten.

bb) Veräußerungsgewinne aus Pensionsgeschäften

Viel weitergehend ist die Frage, ob auch eine Gleichstellung von Veräußerungsgewinnen und Dividenden abkommensrechtlich nachzuvollziehen wäre. Eine solche Gleichstellung lässt sich zuerst in der breiten Dimension der vollständigen Gleichbehandlung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien denken, dies mit der Überlegung, dass realisierte Veräußerungsgewinne wirtschaftlich einer Vollausschüttung entsprechen, weil sich in ihnen die bislang nicht ausgeschütteten Gewinne der Gesellschaft spiegeln,²⁷⁷ diese mit der inländischen Ertragsquelle des Unternehmens nicht weniger verbunden sind als die ausgeschütteten Dividenden und sich damit ein Besteuerungsrecht des Quellenstaates rechtfertigen lässt. Systembrüche entstehen dann erst mit Blick auf die in Veräußerungsgewinnen aus Anteilen enthaltenen Spekulationsgewinne, die allein mit Marktdifferenzen und dem Geschick der beteiligten Händler und damit deren Ansässigkeitsstaat verbunden sind.²⁷⁸ Eine so weitreichende Gleichstellung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen findet keinen Anknüpfungspunkt in den bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen. Sie würde sich auch nicht ohne weiteres in solche Abkommen einfügen, in die bereits ausdrücklich das Ziel der Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen Aufnahme gefunden hat und wäre im Verhältnis zu DBA-Staaten daher nur durch einen echten und deutlichen Treaty Override umsetzbar, bei dem im Verhältnis zu diesen Staaten eine Doppelbesteuerung oder ein Besteuerungsverzicht mit einem Rückfall zur Regelung des § 36a EStG in Kauf genommen werden müsste.

²⁷⁴ W. Tischbirek/G. Specker, in: Vogel/Lehner, DBA, 7. Aufl. 2021, Art. 10 Rn. 228; J. F. Avery Jones, WTJ 2009, 5, 30 ff.

²⁷⁵ BVerfG v. 15.12.2015 - 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 Rn. 51 ff.

²⁷⁶ Zum Grundsatz der Qualifikationsverkettung BFH v. 23.10.2019 - I R 51/16, BStBl. II 2020, 470 Rn. 16; BFH v. 11.7.2018 - I R 44/16, BFHE 2562, 354 Rn. 15 ff.; Schwibinger/Pleil, StuW 2016, 15 ff.

²⁷⁷ H.-J. Kanzler, Grundfragen der Besteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne, FR 2003, 1, 7; H.-J. Watermeyer, in H/H/R, 303. Lfg. April 2021, § 8b KStG Rn. 62.

²⁷⁸ Dazu Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 176.

Weniger weitreichend und leichter zu rechtfertigen wäre es, Gewinne und Verluste aus Veräußerungsgeschäften um den Dividendenstichtag bis zur Höhe der ausgeschütteten Dividende wie Dividendenkompensationszahlungen in den nationalen Dividendenbegriff und damit mittelbar auch in den Dividentatbestand moderner Doppelbesteuerungsabkommen aufzunehmen.²⁷⁹ Zur Bestimmung des zeitlichen Bezugs zum Dividendenstichtag könnte die 45/91-Tage-Regel des geltenden § 36a EStG idF InvStRefG als Vorbild dienen.²⁸⁰ Diese zeitliche Nähe zwischen Dividendenausschüttung und einem auch betragsmäßig an ihre Stelle tretenden Veräußerungsgewinn kann auch abkommensrechtlich eine typisierende Zuordnung der Veräußerungsgewinne zu den Dividenden rechtfertigen. Eine Doppelbesteuerung ließe sich vermeiden, indem beim Dividendenbezugsberechtigten, beim Veräußerer und beim Rückerber der Veräußerungsverlust mit der zugeflossenen Dividende verrechnet würde. Im Ergebnis würde dies zu einer veränderten Zurechnung der Dividende zum Veräußerer und Rückerber der Anteile führen. Im Verhältnis zu Abkommensstaaten sind mit Blick auf einen möglichen Treaty Override die Nachteile möglicher Doppelbesteuerung und des erhöhten administrativen Aufwands in die Bewertung dieser Option einzubeziehen.

d) Abstimmung mit §§ 36a und 50j EStG

Im Schrifttum ist bereits für das Verhältnis von § 6 Abs. 3 Nr. 2 InvStG und den §§ 36a, 50j EStG eine Doppelbelastung kritisiert und eine Abstimmung angeregt worden.²⁸¹ Bis zur Aufklärung aller abkommensrechtlichen Unsicherheiten über eine vollständige inländische Besteuerung der Dividendenkompensationszahlungen und der Wertpapierleihgebühren wären §§ 36a, 50j EStG nicht entbehrlich und müssten um Anrechnungs- oder Ausnahme- und Rückausnahmeregelungen erweitert werden. Das würde ihre Komplexität nochmals erhöhen. Entsprechende Überlegungen zur abgestimmten Ergänzung des § 36a Abs. 5 EStG, die Machbarkeit, aber auch Komplexität zeigen, waren im Nachgang zum Gesetzgebungsverfahren über das InvStRefG bereits angestellt worden.

Eine Alternative bestünde darin, an die Stelle der §§ 36a, 50j EStG die oben unter IV. 2. b. beschriebene gesetzliche Zurechnung mit der Einbeziehung der Dividendenkompensationszahlung und der Wertpapierleihgebühr in die beschränkte Steuerpflicht für die Fälle zu kombinieren, in denen die Dividendenerträge ausnahmsweise auch nach diesen neu gefassten Regeln dem Wertpapierentleiher bzw. Wertpapierpensionskäufer zuzurechnen sind.

e) EU-Rechtskonformität einer Rückausnahme in § 36a Abs. 5 EStG

Um das Risiko einer nur unvollständigen Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und Gewinnen aus Pensionsgeschäften zu kompensieren, könnte die Vorschrift des § 36a EStG auch bei einer Erstreckung der beschränkten Steuerpflicht auf Dividendensurrogate beibehalten und mit einer Ausnahme für die Fälle versehen werden, in denen diese Dividendensurrogate nach den vorgeschlagenen Neuregelungen der inländischen Steuerpflicht unterfallen. Erforderlich wäre dann aber weiter eine Rückausnahme für die Fälle, in denen diese Einbeziehung nicht durchsetzbar ist.

Daraus ergibt sich die Frage der Vereinbarkeit einer solchen, für grenzüberschreitende Sachverhalte nachteiligen, Rückausnahme mit den unionsrechtlichen Beschränkungs- und Diskriminierungsverboten. Solange die Rückausnahme jedoch darauf beschränkt bleibt, nur

²⁷⁹ Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III*, 2018, S. 159, 174 f.

²⁸⁰ Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III*, 2018, S. 159, 176.

²⁸¹ Gosch, in Kirchhof/Seer, *EStG*, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 3a; Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 6 InvStG Rn. 20; Lechner/Schober, *BB* 2018, 1691, 1693.

dort und insoweit einzugreifen, als Deutschland kraft DBA nicht besteuern kann, ist sie vom Rechtfertigungsgrund der Wahrung einer angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse²⁸² zweifach erfasst. Sie dient dann einer am Territorialitätsprinzip ausgerichteten Wahrnehmung und Sicherung nationaler Besteuerungsbefugnisse und sie dient der Bekämpfung missbräuchlicher Steuergestaltungen.

f) Vollziehbarkeit und administrativer Aufwand

Für eine Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und Dividendensurrogate in Veräußerungsgewinnen aus Pensionsgeschäften stellt sich in besonderem Maße die Frage ihrer Vollziehbarkeit. In Betracht kommt dazu eine Durchsetzung durch Indienstnahme inländischer Vertragsparteien durch Verpflichtungen zum Steuerabzug oder eine Durchsetzung unmittelbar beim ausländischen beschränkt Steuerpflichtigen.

aa) Indienstnahme inländischer Schuldner im Wege des Steuerabzugs

Bei Wertpapierleihgeschäften lässt sich eine an die inländische Ansässigkeit des Vertragspartners anknüpfende beschränkte Steuerpflicht für Kompensationszahlungen und für Wertpapierleihgebühren theoretisch vergleichsweise einfach im Wege des Steuerabzugs gewährleisten. Durch die Einbeziehung dieser Surrogate in die Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG ergäbe sich bei unverändertem Kapitalertragsteuerrecht automatisch die Anwendung der für Dividenden geltenden Regelungen über den Steuerabzug nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Zum Steuerabzug verpflichtet wäre nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG der inländische Schuldner der Kompensationszahlungen und der Wertpapierleihgebühren. Der Kreis der Verpflichteten kann damit über Finanz- und Kreditinstitute hinausreichen.

Im Grundsatz kann der Steuerabzug auch bei Wertpapierpensionsgeschäften greifen, wenn der Mehrbetrag zwischen Rückkaufpreis und Kaufpreis ggf. zzgl. Pensionsentgelt in die Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG einbezogen wird. Auch dann gilt § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Gesetzlich zu regeln wäre für diesen Fall noch der Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge i. S. d. § 44 Abs. 1 Satz 5 EStG. Enthalten ist das Dividendensurrogat bei Pensionsgeschäften um den Dividendenstichtag bereits in der Kaufpreiszahlung des Pensionsnehmers an den Pensionsgeber, vor dem Dividendenstichtag. Da der Rückkaufpreis in der Regel bereits zu Beginn des Geschäfts vereinbart wird, steht die Höhe der Kapitalerträge bereits in diesen Zeitpunkt fest. Der Steuerabzug könnte dann von der Kaufpreiszahlung vorgenommen werden. Würde an diesen frühen Zeitpunkt angeknüpft, wäre die Möglichkeit einer späteren Korrektur vorzusehen, wenn die tatsächlichen Kapitalerträge nach Abwicklung des Geschäfts von dem ursprünglich vereinbarten abweichen. Für Kettenpensionsgeschäfte wären zur Entwicklung der gesetzlichen Regelungen verschiedene Konstellationen zu simulieren und auch Ausweichgestaltungen vorauszudenken, um die Machbarkeit des theoretisch einfach erscheinenden Vollzugs im Wege des Steuerabzugs genauer abzuschätzen.

Im Rahmen solcher Machbarkeitsüberlegungen wäre auch das Zusammenspiel mit dem Steuerabzug auf den vor- und nachgelagerten Stufen der Dividendeneingangsseite und bei Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds sowie die Abstimmung mit den Zurechnungsregeln und den Vorschriften der §§ 36a und 50j EStG zu prüfen.

²⁸² Dazu *Englisch* in Schauburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 7.224 ff.

bb) Durchsetzung einer beschränkten Steuerpflicht bei ausländischen Steuerschuldern

Während sich der Vollzug einer Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und Dividendensurrogaten bei Wertpapierpensionsgeschäften in die beschränkte Steuerpflicht im Wege des Steuerabzugs bei den inländischen Schuldern dieser Surrogate zumindest theoretisch im Grundfall sicherstellen lässt, sind die Vollzugsherausforderungen für eine unmittelbare Veranlagung des ausländischen Steuerschuldners ungleich größer. Hier stellt sich zum einen das Problem der Sachverhaltsermittlung und zum anderen das der anschließenden Durchsetzung.

Eine Sachverhaltsermittlung im Inland könnte zunächst wiederum bei den inländischen Vertragspartnern der Geschäfte ansetzen. Dort wären die zur Feststellung der Besteuerungsgrundlagen notwendigen Informationen verfügbar. Theoretisch denkbar wären zusätzliche Dokumentationspflichten für die einbezogenen Geschäfte und auch eine automatisierte Mitteilungspflicht an das Bundeszentralamt für Steuern. Die Kosten und die Verhältnismäßigkeit einer solchen Ausweitung der Bürokratielasten der Wirtschaft wären aber sorgfältig abzuschätzen. Ungeeignet erscheint eine Informationserhebung unmittelbar bei den inländischen Emittenten der Aktien. Insbesondere die Informationserhebung über die Aktionäre entsprechend § 45b Abs. 9 EStG i.V.m. § 67d AktG wäre unzweckmäßig, weil sie zum einen keinen Rückschluss auf den wirtschaftlich Berechtigten im Zeitpunkt der Gewinnverwendung erlaubt und zum anderen diese Information für die Erfassung der Dividendensurrogate keine unmittelbare Bedeutung hat. Wesentlich zielführender und für die Wirtschaft bürokratieärmer wäre ein unmittelbarer Informationsaustausch mit der Finanzmarktaufsicht über Derivatepositionen. Schließlich bleiben die Wege der Informationsgewinnung über die bestehenden Instrumente der Amtshilfe und des Informationsaustausches in der Europäischen Union und im Netzwerk der Doppelbesteuerungsabkommen und der Abkommen auf dem Gebiet der Rechts- und Amtshilfe und des Informationsaustauschs. In ihrer derzeitigen Ausgestaltung dürften sie aber nicht ausreichen, um einen effektiven Vollzug zu gewährleisten. Die Durchsetzung der Besteuerungsansprüche gegenüber ausländischen Steuerpflichtigen jenseits des Weges über einen Steuerabzug im Inland durch Veranlagung erscheinen ebenfalls nur in der Europäischen Union mit vertretbarem Aufwand möglich.

5. Abgeltende Kapitalertragsteuer

Im Schrifttum ist schließlich eine radikale Vereinfachung des Kapitalertragsteuerabzugs durch weitgehende Streichung der Anrechnungs- und Erstattungsmöglichkeiten und einem umfassenden Übergang zu einer abgeltenden Kapitalertragsteuer auch im Verhältnis zu juristischen Personen, betrieblichen und begünstigten Anlegern beschränkt auf Streubesitzdividenden vorgeschlagen worden.²⁸³ Damit würden in der Tat Anreize für Cum/Cum-Gestaltungen zuverlässig beseitigt, weil Dividenden bei inländischen Aktionären nicht mehr günstiger als bei ausländischen Aktionären belastet würden. Um Brüche mit der Abkommenspraxis und zugleich eine Ungleichbehandlung in- und ausländischer Aktionäre zu vermeiden, müsste mit diesem Vorschlag der Kapitalertragsteuerabzug entsprechend § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG, § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 InvStG und Art. 10 Abs. 2 Buchstabe b OECD-MA allgemein auf 15 % reduziert werden. Anrechnungs- und Erstattungsansprüche noch weitreichender als begünstigungswürdig angesehener Anleger, etwa nach § 8 Abs. 4 InvStG oder nach DBA, die auch für Streubesitzdividenden einen niedrigeren Quellensteuersatz vorsehen, könnten dann

²⁸³ *Altwater*, DStR 2021, 261, 262 und 266.

entsprechend der Bereichsausnahme in § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG an eine Haltedauer von einem Jahr geknüpft werden. Mit dem Vorschlag wären die Vorschriften der §§ 36a, 50j EStG entbehrlich. Problematisch bleibt die notwendige Absenkung des Kapitalertragsteuersatzes auf 15 %. Würde sie einheitlich für juristische und natürliche Personen vorgenommen werden, wäre damit eine Absenkung der Gesamtbelastung von Gewinnen aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften verbunden, die entweder durch eine Anhebung des Körperschaftsteuersatzes oder durch eine Absenkung des Einkommensteuerhöchstsatzes bei Einkünften in den Rechtsformen der Einzelunternehmung und der Beteiligung an Personengesellschaften auszugleichen wäre. Dieses Problem gewinnt an Schärfe dadurch, dass zum einen der Abgeltungssteuersatz von 25 % und zum anderen, durch die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts und die nunmehr auch formal erfolgte Abkehr von der Idee des Gesamthandsvermögens, Belastungsunterschiede im Dualismus der Unternehmensbesteuerung verfassungsrechtlich wieder stärker gerechtfertigt werden müssen.²⁸⁴ Beschränkt man hingegen das vorgeschlagene Konzept einer abgeltenden Besteuerung mit 15 % auf Dividendenerträge zugunsten juristischer Personen, geht ein erheblicher Teil der Vereinfachungs- und Gestaltungsvermeidungswirkung dieses Vorschlags verloren.

V. Zusammenfassung

Die Vorschrift des § 36a EStG wirkt Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum-Gestaltungen) weitgehend wirksam entgegen. Sie ähnelt ebenso wirksam angesehenen Regelungsvorbildern im Ausland.²⁸⁵ Die zusätzlichen Anrechnungsvoraussetzungen mit der Mindesthaltedauer, dem Mindestwertänderungsrisiko und dem Weiterleitungsverbot sind hinreichend zielgenau gefasst, um Anreize für Umgehungsgestaltungen wirksam zu beseitigen. Um Rechtsunsicherheiten bei einzelnen grenzüberschreitenden Sachverhalten vorzubeugen, sollte der Gesetzgeber eine Klarstellung des Verhältnisses von § 36a EStG und § 50c EStG anstreben.

Auf der Rechtsfolgenseite kann hingegen die nur teilweise Anrechnungsversagung in Kombination mit einem antragsgebundenen Betriebsausgabenabzug die Anreize für Cum/Cum-Gestaltungen für in Nicht-Abkommensstaaten ansässige natürliche Personen nur teilweise dämpfen. Deshalb könnte darüber nachgedacht werden, die Möglichkeit des Betriebsausgabenabzugs zu streichen. Zugleich fokussiert die Vorschrift in ihrer Wirkungsweise, potentielle Gegenparteien höher zu belasten, ohne auf eine tatsächliche Beteiligung an einer Umgehungsgestaltungen abzustellen, ihr Regelungsziel ungenau und führt im Nachweis an das Mindestwertänderungsrisiko zu hohem bürokratischem Aufwand. In der Mechanik des § 36a EStG sind hier Erleichterungen allerdings weitgehend ausgeschlossen, ohne das Ziel der Vorschrift zu gefährden.

Der Gesetzgeber könnte daher weiter über Alternativen nachdenken. An deren erster Stelle steht eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung von Streubesitzdividenden und Veräußerungsgewinnen aus Streubesitzbeteiligungen sowohl bei inländischen wie auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Weniger einschneidend wäre eine gesetzliche Zurechnungsklarstellung, die in den Geschäften, die Cum/Cum-Gestaltungen tragen, eine Zurechnung der Dividendenerträge grundsätzlich zum Wertpapierverleiher bzw. Wertpapierver- und -rückkäufer

²⁸⁴ Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 5 ff..

²⁸⁵ Dargestellt in BT-Drucks. 18/8045, S. 134; *Geisenberger*, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. E 3; *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 195; *Mann*, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 9; *Zielke*, RIW 2015, 51, 53.

vorsehen würde. Dieser Weg könnte sich an der Behandlung dieser Geschäfte nach den internationalen Rechnungslegungsstandards und an der Behandlung von echten Wertpapierpensionsgeschäften im Handelsbilanzrecht orientieren.

Eine weitere Alternative besteht darin, Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und die Dividendensurrogate in Aktienpensionsgeschäften im Gesetz so in die sachliche und die beschränkte Steuerpflicht einzubeziehen, dass auch nach Abkommensrecht ein deutsches Besteuerungsrecht verbleibt. In dieser Alternative müsste § 36a EStG aber subsidiär bestehen bleiben und wäre in seinem Anwendungsbereich durch abgestimmte Ausnahmen und absichernde Rückausnahmen zurückzuschneiden. Der Vollzug dieser Alternative könnte nur auf den bestehenden Wegen des Steuerabzugs gewährleistet werden.

Erwägenswert ist schließlich der grundsätzlichere Vorschlag einer allgemein abgeltenden Kapitalertragsteuer mit stark beschränkter Anrechnungs- und Erstattungsmöglichkeit. Dieser Vorschlag wäre aber mit weitreichenden Folgefragen im System der Abgeltungsteuer und der Unternehmensbesteuerung verbunden, die sich allerdings aus anderen Anlässen parallel ohnedies stellen werden. Dem Gesetzgeber ist deshalb zu raten, das System der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung in einer Reform der Abgeltungssteuer zu überdenken und dabei Alternativlösungen zu § 36a EStG zu prüfen.

Teil 3
Vereinfachung des Investmentsteuerrechts

Vereinfachung des Investmentsteuerrechts

Inhaltsverzeichnis

I.	Gegenstand und Regelungsziele des Investmentsteuerrechts.....	106
1.	Anwendungsbereich	106
2.	Kontrollfrage zur Rechtslage ohne investmentsteuerrechtliche Regelungen	107
3.	Regelungsziele	108
a)	Entscheidungsneutralität zwischen Direktanlage und Investmentvermögensanlage.....	108
b)	Gewährleistung der Administrierbarkeit und der Rechtsanwendungsgleichheit	108
c)	Rechtsformneutralität.....	109
d)	Lenkungsziele	109
II.	Reformanlässe für das InvStG 2018 im vorherigen System der Investmentbesteuerung.....	109
1.	Entwicklung des deutschen Investmentsteuerrechts	110
2.	Trennungs- und Transparenzprinzip ("Semi-Transparenz").....	110
3.	Verknüpfung von Fondseingangs- und Fondsausgangsebene	111
4.	Einbettung in das System der Kapitalertragsteuer	111
5.	Pauschalbesteuerung.....	111
III.	Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018	112
1.	Bewertungsmaßstab.....	112
2.	Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten im InvStG 2018	113
3.	Rechtssicherheit und Komplexität.....	114
4.	Elastizität, Dynamik und Beständigkeit.....	115
5.	Übergangsregeln.....	115
IV.	Überlegungen zur weiteren Vereinfachung der Investmentbesteuerung.....	116
1.	Grundentscheidungen	116
a)	Qualifikation von Investmentfonds und Statusbescheinigung.....	116
b)	Parallelität Investmentfonds- / Spezial-Investmentfonds-Besteuerung	117
2.	Investmentfonds	118
a)	Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger	118
b)	Abzugsbeschränkungen des § 21 InvStG	118
c)	Vorabpauschale.....	118
d)	Teilfreistellungsverfahren	119
3.	Spezial-Investmentfonds.....	121
a)	Anlagebestimmungen des § 26 InvStG.....	121
b)	Besitzanteilige Zurechnung (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 und § 35 Abs. 7 InvStG).....	122
c)	Kapitalertragsteuer bei Dividendentransparenzoption.....	122
d)	Spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften	123
e)	Ein-Anleger-Fonds	123
f)	Ermittlung Besteuerungsgrundlagen und Feststellungserklärung nach § 51 InvStG	123
4.	Übergangsregelungen.....	124
5.	Digitalisierung	124
a)	Medienwandel	125
b)	Dezentrale und zentrale Datenbanken und Register	125
c)	Digitale Gesetze und automatisierter Vollzug.....	127
V.	Zusammenfassung.....	127

Vereinfachung des Investmentsteuerrechts

Im dritten Teil der Evaluierung der Auswirkung der Investmentsteuerreform sollen die folgenden Fragen betreffend die Steuervereinfachung untersucht werden:

- Wurde bei Investmentfonds eine rechtliche und administrative Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands erreicht?
- Welche Möglichkeiten bestehen, um die für Investmentfonds und deren Anleger geltenden Regelungen zu vereinfachen und / oder den administrativen Aufwand für die Wirtschaft, die Bürger und / oder die Finanzverwaltung zu reduzieren?
- Wie könnte insbesondere das Teilfreistellungsverfahren vereinfacht werden (z. B. durch eine geringere Zahl von unterschiedlichen Teilfreistellungsätzen)?
- Welche Möglichkeiten bestehen, um die für Spezial-Investmentfonds und deren Anleger geltenden Regelungen zu vereinfachen und / oder den administrativen Aufwand für die Wirtschaft, die Bürger und / oder die Finanzverwaltung zu reduzieren?
- In welchem Umfang haben Spezial-Investmentfonds i. S. d. § 15 InvStG 2004 das Besteuerungsregime gewechselt und sind nunmehr Investmentfonds i. S. d. Kapitel 2 des InvStG 2018? Welche Gründe gab es für den Wechsel des Besteuerungsregimes?
- Besteht Bedarf für die Beibehaltung des Besteuerungsregimes für Spezial-Investmentfonds i. S. d. Kapitels 3 des InvStG 2018?

Dazu werden im Folgenden zunächst in Vorüberlegungen der Gegenstand und die Regelungsziele des Investmentsteuerrechts strukturiert (unter I.), sodann die Reformziele der Investmentsteuerreform skizziert (unter II.) und vor diesem Hintergrund eine Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018 vorgenommen (unter III.), mit der die erste Frage nach der Erreichung der Vereinfachungsziele behandelt werden soll. Daran schließen sich die Überlegungen zur weiteren Vereinfachung bei Investmentfonds an, mit denen die folgenden fünf Fragen zur Fortentwicklung des Investmentsteuerrechts betreffend Steuervereinfachung untersucht werden (unter IV.). Der dritte Teil schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (unter V.).

I. Gegenstand und Regelungsziele des Investmentsteuerrechts

Eine Einordnung der rechtlichen Ausgestaltung des Investmentsteuerrechts in den Kategorien „einfach“ und „komplex“ und eine Untersuchung des Vereinfachungspotentials setzt drei Vorüberlegungen voraus. Einzugrenzen ist zunächst der Gegenstand, also der potentielle und der geregelte Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts. Anzureißen ist weiter die Kontrollfrage, was die Folgen eines völligen Verzichts auf jedwede besondere Regel für die in den Anwendungsbereich einbezogenen Sachverhalte wären. Schließlich sind die Regelungsziele des Investmentsteuerrechts zu beleuchten, in deren Rahmen Einfachheit und Komplexitätsreduktion eine Optimierungsaufgabe bilden.

1. Anwendungsbereich

Wesensbestimmend handelt das Investmentsteuerrecht von der Besteuerung der Organisationsformen gemeinsamer Anlagen zur Erzielung von Einnahmen. Darin unterscheidet es vom Unternehmenssteuerrecht, dass in diesen Organisationsformen mit dem Ziel der gemeinsamen Erzielung von Einnahmen kein über die Vermögensverwaltung hinausgehender unternehmerischer Zweck verfolgt wird, sondern allein die gemeinsame Vermögensanlage prägend ist.²⁸⁶

²⁸⁶ Anzinger, FR 2016, 101, 102; Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, Einführung zum InvStG Rn. 1; HHR.

Dies spiegelt sich in der aufsichtsrechtlichen Grunddefinition der Investmentvermögen in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB. Danach sind Investmentvermögen Organismen für gemeinsame Anlagen, die kein operatives Unternehmen außerhalb des Finanzsektors sind und von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammeln, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren. Diese Definition ist rechtsformunabhängig und erfasst sowohl Investmentvermögen in Vertragsform, das sind gem. § 1 Abs. 10 KAGB etwa die Sondervermögen, die von einer Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) nach dem Treuhandmodell für Rechnung der Anleger oder nach dem Miteigentumsmodell für diese als Miteigentümer verwaltet werden, als auch diejenigen in Verbandsform, also etwa in Form von Investmentgesellschaften, die grundsätzlich in jeder Rechtsform denkbar sind, der die Rechtsordnung eine eigene Rechtsfähigkeit zuerkennt, die im Aufsichtsrecht aber in Deutschland in § 1 Abs. 11 KAGB insbesondere durch die Investmentaktiengesellschaften und die Investmentkommanditgesellschaften angesprochen sind. In der weiten Definition des „Investmentvermögens“ i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB sind die Anlagestrategie, die Rechtsform, das Rückgaberecht, als Unterscheidungsmerkmal für die Abgrenzung offener und geschlossener Fonds, der Vertriebsweg und die Form der Verwaltung unerheblich.²⁸⁷ Erst die aufsichtsrechtlichen Regeln des KAGB schränken zulässige Organisations- und Handlungsformen ein.

Unterkategorien der Investmentvermögen bilden die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW) nach § 1 Abs. 2 KAGB, die Alternativen Investmentfonds (AIF) nach § 1 Abs. 3 KAGB, die offenen und geschlossenen Investmentvermögen nach § 1 Abs. 4 und 5 KAGB und die Spezial-AIF nach § 1 Abs. 6 KAGB. Die den europäischen Urtyp des diversifizierten, offenen Publikumsfonds prägenden Definitionsmerkmale der Risikomischung und des jederzeitigen Rückgaberechts ergeben sich erst aus der Definition des OGAW.²⁸⁸ Im Aufsichtsrecht verknüpfen sich mit diesen unterschiedlichen Kategorien unterschiedliche Organisations- und Handlungsschranken, die bei den an ein breites Publikum adressierbaren OGAW folgerichtig strenger ausfallen als bei den allein an professionelle oder semiprofessionelle Anleger adressierten (§ 1 Abs. 6 KAGB) Spezial-AIF. Erst aus diesen Anforderungen folgt auch der in den §§ 91, 124, 139, 140 KAGB geregelte Rechtsformtypenzwang.

2. Kontrollfrage zur Rechtslage ohne investmentsteuerrechtliche Regelungen

Nimmt man die weite aufsichtsrechtliche Definition des § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB zum Ausgangspunkt, eröffnet sich die Kontrollfrage, wie die dort rechtsformunabhängig beschriebene Betätigung der gemeinsamen Anlage in den allgemeinen Kategorien des deutschen Ertragsteuerrechts behandelt würde. Sie führt in den Dualismus der deutschen Unternehmensbesteuerung, die mit ihm verbundene rechtsformabhängige Unterscheidung zwischen Trennungs- und Transparenzprinzip und auch in den Dualismus der Einkunftsarten mit der Unterscheidung zwischen Überschuss- und Gewinneinkunftsarten.²⁸⁹

Für die OGAW als Urtypus des offenen Publikumsfonds, die nach § 91 Abs. 1 KAGB nur als Sondervermögen aufgelegt werden dürfen, dessen Vermögensgegenstände entweder von der Kapitalverwaltungsgesellschaft für Rechnung der Anleger gehalten werden oder unmittelbar in deren Miteigentum stehen, ergäbe sich, wie für die Investmentkommanditgesellschaft aus der Anwendung des § 39 Abs. 2 AO eine transparente Regelbesteuerung, während für die In-

²⁸⁷ *Zetzsche* in: Assmann/Wallach/Zetzsche, Kapitalanlagegesetzbuch, 1. Aufl. 2019, § 1 KAGB Rn. 5.

²⁸⁸ *Zetzsche* in: Assmann/Wallach/Zetzsche, Kapitalanlagegesetzbuch, 1. Aufl. 2019, § 1 KAGB Rn. 99 ff.

²⁸⁹ Über die Grundsysteme im Kontext der Investmentbesteuerung *Hoch*, *StuW* 2020, 234, 235 ff.; *Anzinger FR* 2016, 101, 104 ff.

vestment-AG mit fixem oder veränderlichem Kapital und auch für nach dem Unternehmensbeteiligungsgesellschaftengesetz (UBGG) ausnahmsweise weiteren zulässigen Rechtsformen der KGaA und der GmbH eine intransparente Regelbesteuerung die Folge wäre.²⁹⁰

3. Regelungsziele

Die Regelungsziele des Investmentsteuerrechts sind vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage zu strukturieren und dabei daran zu erinnern, dass das Investmentsteuerrecht in Deutschland wesentlich jünger als das deutsche Ertragsteuerrecht und auch jünger als die Idee des Investmentsparens selbst ist.²⁹¹

a) Entscheidungsneutralität zwischen Direktanlage und Investmentvermögensanlage

Ein wesensprägendes Ziel des Investmentsteuerrechts ist die Vermeidung steuerlicher Nachteile für die Investmentanlage gegenüber der Direktanlage. Im System der Regelbesteuerung wären insbesondere Anleger in intransparenten Fonds durch eine Doppelbelastung auf Fondseingangs- und Fondsausgangsebene schlechter gestellt als Direktanleger. Dieses Phänomen wirkt umso stärker, je weniger die Regelbesteuerung eine solche Doppelbelastung auf Fondsebene und Anlegerebene vermeiden würde. Es tritt nicht auf, wo bereits nach den allgemeinen Regeln der Besteuerung von Körperschaften und ihrer Anleger ein vollständiger Ausgleich der Doppelbelastung durch Ausschüttungsbegünstigung, Freistellung oder Anrechnung gelingt.²⁹²

Das Ziel der Entscheidungsneutralität verlangt bezogen auf die Investition durch Beteiligung an einem Investmentfonds einerseits, dass Anleger in ein Investmentvermögen nicht schlechter gestellt werden, als sie stehen würden, wenn sie direkt in die Vermögensgegenstände investiert hätten, in die sie mittelbar durch das Investmentvermögen investieren. Es verlangt andererseits aber auch, dass sie durch das indirekte Investment nicht besser stehen als durch eine Direktanlage.²⁹³

Im Grundsatz wäre diese Neutralität in den Investmentvermögen, die als Sondervermögen oder als Investmentkommanditgesellschaft ausgestaltet sind, bereits nach der Regelbesteuerung gewährleistet, unterstellt, dass die einzelnen Vermögensgegenstände des Investmentvermögens und die daraus erzielten Einkünfte den Anlegern sowohl beim Treuhand- als auch beim Miteigentumsmodell ohnedies nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 AO anteilig und phasengleich zuzurechnen wären. Benachteiligt wäre nur die weniger verbreitete mittelbare Anlage durch eine Investmentaktiengesellschaft.²⁹⁴

b) Gewährleistung der Administrierbarkeit und der Rechtsanwendungsgleichheit

Auf die Anforderungen, die sich aus der Kombination der Vielzahl unterschiedlicher Anlageobjekte, Anlageklassen und Anlageformen auf der einen Seite und der großen Anlegerzahl in Publikumsfonds auf der anderen Seite ergeben, ist weder das materielle Recht noch das Verfahrensrecht im allgemeinen System der transparenten Besteuerung von Bruchteils-, Gesamthands- und Mitunternehmerschaften gerüstet. Es ist zugeschnitten auf das Leitbild von Erben- und Miteigentümergeinschaften sowie kleiner und mittelständischer

²⁹⁰ *Anzinger*, FR 2016, 101, 104.

²⁹¹ Zur historischen Entwicklung des Investmentsteuerrechts und den Frühformen des Investmentsparens *Anzinger*, FR 2016, 101, 104; *Kohl*, Ubg 2017, 643 ff.

²⁹² Im Kontext der Investmentbesteuerung *Anzinger*, FR 2016, 101, 104; *Hoch*, StuW 2020, 234, 236.

²⁹³ *Höring*, DStZ 2012, 367, 368; *Klein*, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, Einführung zum InvStG Rn. 3

²⁹⁴ *Anzinger*, FR 2016, 101, 103; *Hoch*, StuW 2020, 234, 240.

Unternehmen mit einstelliger Gesellschafterzahl. Ein wesentliches Regelungsziel des Investmentsteuerrechts ist daher, durch Anpassungen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts, die Administrierbarkeit der Besteuerung für die Finanzbehörden, die Kapitalverwaltungsgesellschaften, die kapitalertragsteuerabzugsverpflichteten Stellen und die Anleger zu gewährleisten und dadurch auch sicherzustellen, dass dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit Rechnung getragen werden kann.²⁹⁵

c) Rechtsformneutralität

Ein weiteres Ziel des Investmentsteuerrechts lässt sich mit einem bislang nicht erreichten Ideal der Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung verknüpfen. Mit Blick auf eine optimale Ressourcenallokation im Ausgangspunkt unbestritten volkswirtschaftlich zweckmäßig ist die Neutralität des Steuerrechts gegenüber unterschiedlichen Anlageformen und damit auch die Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Rechtsformen, in denen Investmentvermögen strukturiert werden können. Um diese Neutralität herzustellen, muss sich der Gesetzgeber entscheiden, ob er alle Durchführungswege einheitlich transparent, intransparent oder nach einem einheitlichen Zwischenmodell besteuern möchte und damit durch eine einheitliche Entscheidung die Rechtsformabhängigkeit des Ertragsteuerrechts mildern.²⁹⁶

d) Lenkungsziele

Wie überall im Steuerrecht kann der Gesetzgeber auch im Investmentsteuerrecht gesellschafts- und wirtschaftspolitische und perspektivisch selbst klima- und umweltpolitische Lenkungsziele verfolgen und mit ihnen einzelne Durchbrechungen vorheriger Grundentscheidungen rechtfertigen. Er muss dazu nur ein legitimes Lenkungsziel ausweisen können, zu dessen Durchsetzung die gewählte Form der steuerlichen Begünstigung geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist.²⁹⁷ Lenkungsziele können etwa allgemein die Förderung des Aktiensparens in risikogestreuten Anlageformen, die Förderung der betrieblichen Altersvorsorge, aber auch Investitionen privater Mittel in besonders förderungswürdige Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftsregionen sein. Der Gesetzgeber kann schließlich in den Grenzen des Unionsrechts auch den Wirtschaftsstandort im internationalen Standortwettbewerb durch Privilegien im Investmentsteuerrecht fördern. Er muss dabei freilich Unterschiede zwischen verschiedenen Anlageformen und Durchführungswegen intersubjektiv nachvollziehbar rechtfertigen können.

II. Reformanlässe für das InvStG 2018 im vorherigen System der Investmentbesteuerung

Bis zur Reform in dem InvStG 2018 beruhte das deutsche Investmentsteuerrecht auf einem historisch gewachsenen semitransparenten System, das insbesondere den Anforderungen der Administrierbarkeit immer weniger gerecht werden konnte. Es galt allgemein als überkomplex und wurde gleichwohl gegen radikale Reformen verteidigt, weil naturgemäß auch jede Umstellung mit neuen Rechtsunsicherheiten und hohem Verwaltungsaufwand verbunden ist. Zur Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018 ist diese Ausgangslage zu skizzieren.

²⁹⁵ Anzinger, FR 2016, 101, 104.

²⁹⁶ Anzinger, FR 2016, 101, 104.

²⁹⁷ Zur Rechtfertigung wirtschaftslenkender Normen Hey, in Tipke/Lang, 21. Aufl. 2010, Kap 19.70 ff.

1. Entwicklung des deutschen Investmentsteuerrechts

Den historischen Ausgangspunkt des modernen deutschen Investmentsteuerrechts bildete das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) v. 16.4.1957.²⁹⁸ Es begründete die bis zum InvStG 2018 geltende investmentsteuerliche Semi-Transparenz. Zuvor waren Investmentvermögen im Regelungssystem des allgemeinen Ertragsteuerrechts einzuordnen gewesen und entweder in transparent besteuerten Rechtsformen oder unter Inkaufnahme einer aus dem System der Regelbesteuerung folgenden Doppelbelastung auf Fonds- und Anlegerebene strukturiert worden.²⁹⁹ Die steuerlichen Vorschriften in den §§ 21, 22 KAGG 1957 hatten dabei die Zwecksetzung, die Administrierbarkeit der Transparenz bei einer Vielzahl von Anlegern herzustellen und dazu das Verfahren der einheitlichen und gesonderten Festsetzung abzulösen.³⁰⁰ Die Grundsätze des Investmentsteuerrechts blieben auch nach Einbeziehung der ausländischen Fonds durch das Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (AuslInvestmentG) v. 28.7.1969³⁰¹ und nach verschiedenen Umgliederungen des Investimentaufsichtsrechts und des Investmentsteuerrechts bis zur Zusammenführung des Aufsichtsrechts im Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz) v. 4.7.2013³⁰² und die Anpassung des InvStG durch das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz v. 18.12.2013³⁰³ unverändert.³⁰⁴

2. Trennungs- und Transparenzprinzip ("Semi-Transparenz")

Die Komplexität des früheren Investmentsteuerrechts folgte aus der Mechanik der angestrebten Semi-Transparenz. Für die Fälle, in denen sich das Investmentvermögen nicht bereits kraft Rechtsform als Steuersubjekt für die Körperschaft- und Gewerbesteuer qualifizierte, regelte § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 auf einer ersten Stufe die Steuersubjekteigenschaft und damit zugleich die Grundlage für eine steuerliche Trennung zwischen Fonds- und Anlegerebene. Damit war insbesondere der Anwendung des § 39 Abs. 2 AO bei Sondervermögen die Grundlage entzogen und die Basis für die eigenständige Regelung einer Semi-Transparenz gelegt. Auf einer zweiten Stufe folgten Körperschaft- und Gewerbesteuerbefreiungen in § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 für inländische Sondervermögen und Investment-AG, die Gewerbesteuerbefreiung für inländische offene Investment-KG und die Modellierung der Semi-Transparenz.³⁰⁵ Abweichungen zur vollständigen Transparenz ergaben sich dabei insbesondere für thesaurierte Erträge durch Umqualifikation und Periodenverschiebung.³⁰⁶ Die Komplexität erhöhte sich noch, wenn die Semi-Transparenz über mehrere Ebenen von Investmentfonds (sog. Dachfonds-Zielfonds-Konstruktionen) hindurch vollzogen werden sollte.³⁰⁷

²⁹⁸ BGBl. I 1957, 378.

²⁹⁹ Anzinger, FR 2016, 101, 104.

³⁰⁰ Anzinger, FR 2016, 101, 105.

³⁰¹ BGBl. I 1969, 986.

³⁰² BGBl. I 2013, 1981.

³⁰³ BGBl. I 2013, 4318.

³⁰⁴ Kohl, Ubg 2017, 643 unter 2.2.

³⁰⁵ Anzinger, FR 2016, 101, 105 f.; Hoch, StuW 2020, 234, 240 ff.; Kohl, Ubg 2017, 643.

³⁰⁶ Zu den Hauptproblemen der alten Investmentbesteuerung Höring, DStZ 2012, 367, 368 f.

³⁰⁷ BT-Drucks. 18/8045, S. 52.

3. Verknüpfung von Fondseingangs- und Fondsausgangsebene

Die besonders hohe Komplexität des alten Investmentsteuerrechts ergab sich aus der notwendigen Verknüpfung zwischen der Fondseingangs- und der Fondsausgangsseite. Um zu gewährleisten, dass eine weitgehende Gleichbehandlung mit der Direktanlage erhalten blieb, suchte der Gesetzgeber in diesem System nach Wiederherstellung der Transparenz. Durch die im deutschen Ertragsteuerrecht angelegte Vielfalt der Einkunftsarten mit ihren jeweils unterschiedlichen Regeln ihrer Bemessung, Periodisierung und Belastung sowohl auf der Fondseingangsseite als auch auf der Fondsausgangsseite potenzierte sich die Komplexität der Kapitaleinkommensbesteuerung in der Investmentbesteuerung. Diese Komplexität fand augenscheinlichen Ausdruck in einem umfassenden Katalog der nach § 5 InvStG 2004 berichtspflichtigen Besteuerungsgrundlagen, die die Grundlage für die Anlegerbesteuerung bilden mussten. So waren auf der Fondseingangsseite acht Eingangskategorien (deutsche Dividenden, ausländische Dividenden, Zinserträge, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus inländischen Immobilien, Gewinne aus Grundstücksgeschäften, Veräußerungsgewinne aus Wertpapieren, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus Veräußerungsgewinne aus ausländischen Immobilien und Veräußerung von Alt-Wertpapieren) zu unterscheiden und auf der Fondsausgangsseite beim Anleger abhängig von seiner Qualifikation als Privatanleger oder betrieblicher Anleger, als natürliche oder juristische Person, als inländischer oder ausländischer Anleger je unterschiedlich zu behandeln.

4. Einbettung in das System der Kapitalertragsteuer

Nicht wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten im Unionsrecht, sondern wegen des bereits für sich überkomplexen Kapitalertragsteuersystems war die Einbettung der Investmentbesteuerung in das System der Kapitalertragsteuer für alle beteiligten Stellen durch Bescheinigungs-, Nachweis-, Erklärungs- und Abführungspflichten mit einem hohen administrativen Aufwand verbunden. Zu klassifizieren waren zunächst auf der Fondseingangsseite die unterschiedlichen Ertragskategorien, sodann war zwischen inländischen und ausländischen, Publikums- und Spezialfonds zu unterscheiden und die unterschiedliche Behandlung ausgeschütteter und thesaurierter Einkünfte im Kapitalertragsteuerrecht nachzuvollziehen. Im vierten Schritt waren der Steuerabzug durch Depotbank, Wertpapiersammelbank oder Investmentgesellschaft auf der Fondsausgangsseite zu vollziehen und dabei unterschiedliche Wege der Abstandnahme von diesem Steuerabzug nachzuvollziehen. In einem letzten Schritt konnte der Kapitalertragsteuerabzug im Erstattungsverfahren zu prüfen und zu korrigieren sein. Auf jeder Stufe führten die Ausstellung von Bescheinigungen, die Anforderung und Vorlage von Nachweisen und deren Prüfung zu hohem administrativem Aufwand.

5. Pauschalbesteuerung

Damit die Semi-Transparenz auf Anteilseignerebene unter Berücksichtigung der auf Fondsebene verwirklichten unterschiedlichen Einkunftsarten vollzogen werden konnte, mussten die Informationen hierüber nach § 5 InvStG 2004 in einem Bericht zusammengefasst und bekannt gemacht werden. Dabei waren bis zu 33 unterschiedliche Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln und zu veröffentlichen und Verluste in bis zu zwölf verschiedene Verlustverrechnungskategorien zu unterteilen.³⁰⁸ Insbesondere für ausländische Fonds war diese Pflicht unverhältnismäßig aufwendig zu erfüllen, weil zum einen eine Berücksichtigung des deutschen Rechts notwendig und zum anderen oft nur wenige deutsche Anleger beteiligt waren. Eine teilweise

³⁰⁸ BT-Drucks. 18/8045, S. 52.

Verletzung der Berichtspflichten führte zur Intransparenz bezogen auf ausländische Fondserträge und private Grundstücksveräußerungsgeschäfte. Eine vollständige Verletzung begründete die Voraussetzung für eine Pauschalbesteuerung die eine Mindestrendite von 6 % des letzten Rücknahmepreises unterstellte.

III. Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018

Erkenntnisse über die Vereinfachungswirkungen der Investmentsteuerreform durch das InvStG für die Bürger, die Wirtschaft und die Verwaltung ergeben sich zum einen aus einem Vergleich der Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten. Sie bilden auch die Grundlage für die Messung des Erfüllungsaufwands für Bürgerinnen und Bürger, für die Wirtschaft und für die Verwaltung im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung und sind für die Zwecke dieser Messung durch das Statistische Bundesamt tabellarisch aufbereitet worden. Auf diese tabellarische Auswertung kann hier verwiesen werden.

Ausgewertete Erkenntnisse, auf die das Gutachten weiter Bezug nehmen kann, ergeben sich zum anderen aus den Rückmeldungen auf eine Umfrage, die das BMF im Kreis der Betroffenen durchgeführt hat und schließlich aus dem Gesetz selbst. Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf eine qualitative Bewertung. Die quantitative Bewertung des Erfüllungsaufwands erfolgte durch das Statistische Bundesamt.

1. Bewertungsmaßstab

Die Einfachheit von Steuerrechtsnormen lässt sich aus der Perspektive der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörden in drei Dimensionen beschreiben. Die erste Dimension betrifft den unmittelbaren Befolgungsaufwand, der mit Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten verbunden ist. Dabei ergibt sich der Aufwand der Erklärungs- und Bescheinigungspflichten für den Steuerpflichtigen aus der Sachverhaltsermittlung, bei der auch die Erhebung von sachverhaltsrelevanten Informationen bei Dritten zu berücksichtigen ist, aus der rechtlichen Würdigung, in der Rechtsunsicherheiten auf den Erklärungsaufwand ausstrahlen, aus dem Übermittlungsformat und dem Übermittlungsweg und aus den Anforderungen der Verifizierbarkeit der Erklärung durch die Finanzbehörden. Bescheinigungspflichten gegenüber Dritten erfordern ebenfalls Sachverhaltsermittlung, rechtliche Würdigung und Übermittlung und können darüber hinaus mit dem Aufwand einer Haftungsanspruchnahme des Bescheinigungspflichtigen verbunden sein. Im Aufwand von Nachweispflichten sind die Mitwirkungserfordernisse Dritter und daneben nicht nur die Kosten der Nachweiserbringung, sondern auch die Kosten eines möglicherweise günstigeren Nachweisverzichts zu berücksichtigen.

Die zweite Dimension, in der Vereinfachung zu messen ist, bezieht sich auf Rechtssicherheit und Komplexität. Auf die Rechtssicherheit wirken sich bei neuen Gesetzen, für die sich noch keine Rechtsprechung und kein gefestigtes Meinungsbild im Schrifttum entwickeln konnte, drei Faktoren besonders aus: Erstens, der Konkretisierungsgrad, also die Sachverhaltsnähe von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen. Sie lässt sich gefühlt für die Rechtsanwendungspraxis durch Konkretisierungen in BMF-Schreiben erhöhen, solange keine Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Gesetz aufkommen. Konkretisierungen in BMF-Schreiben können daher den Erfüllungsaufwand verringern, wirken streitvermeidend und erhöhen die Akzeptanz gesetzlicher Regelungen. Zweitens wirkt sich die Verwendung von Differenzierungen und Qualifikationsanforderungen sowie unbestimmter Tatbestandsmerkmale und Billigkeitsregelungen aus. Deren Vermeidung kann die Rechtssicherheit aber auch die Komplexität erhöhen, wenn an ihre Stelle detailreiche Einzelregelungen treten, die die Gefahr

von Inkonsistenzen mit sich bringen können. Drittens sind schließlich die Folgerichtigkeit und die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht wesentliche Faktoren für Rechtssicherheit. Einflussfaktoren der Komplexität sind Verflechtungen mit gegenseitigen Interdependenzen von Normen sowie die Länge von Entscheidungsbäumen. Komplexitätserhöhend wirken Wahlrechte, Verrechnungsschranken und Rückausnahmen, demgegenüber komplexitätsreduzierend Typisierungen und Pauschalierungen.

Die dritte Dimension, in der sich die Einfachheit von Regeln bewerten lässt, betrifft schließlich ihre Elastizität, also die Aufnahmefähigkeit für neue Entwicklungen der Lebenswirklichkeit, ihre Beständigkeit oder Dynamik, also die Stetigkeit und die Frequenz der Anpassung der gesetzlichen Grundlagen und die Qualität von Übergangsregeln. Ein höherer Abstraktionsgrad, unbestimmte Rechtsbegriffe und dynamische Verweisungen erfordern seltener eine Anpassung des Gesetzes und vermeiden damit die Komplexität von Übergangsregeln und den Anpassungsaufwand an veränderte Rechtsregeln, können aber ihrerseits die Rechtssicherheit verringern. Die Konstruktion einfacher Gesetze ist eine Optimierungsaufgabe zwischen den verschiedenen Dimensionen der Einfachheit.

2. Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten im InvStG 2018

Der Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts und damit die Reichweite der aus ihm folgenden Pflichten ist durch die Reform des InvStG 2018 im Wesentlichen unverändert geblieben. Deshalb sind u.E. potentiell weder mehr noch weniger Unternehmen verpflichtet, Steuerinformationen zu ermitteln und weiterzugeben. Wo Investmentvermögen erstmals eine Körperschaftsteuererklärung nach § 6 InvStG abzugeben haben, ist dies per Saldo keine neue zusätzliche Belastung. Sie tritt dann nur an die Stelle der früheren Bekanntmachungspflicht nach § 5 InvStG 2004.

Durch den Wegfall der komplexen Berichtspflichten nach § 5 InvStG 2004 ist es für Investmentfonds zu einer starken Reduktion der Steuerinformationspflichten gekommen, die die Komplexität der Investmentbesteuerung in diesem Bereich reduziert und die Rechtssicherheit erhöht und für die Anleger, die diese Informationen in ihren Erklärungen weiterverarbeiten mussten, ebenfalls eine erhebliche Vereinfachung bedeuten konnte. Bei den Kapitalverwaltungsgesellschaften wird sowohl für inländische wie für ausländische Investmentfonds wahrgenommen, dass sich der Aufwand für die Ermittlung der relevanten Steuerinformationen deutlich reduziert hat. Für die Finanzbehörden verringert die Reduktion der verifikationspflichtigen Steuerinformationen den administrativen Aufwand sowohl bei der Prüfung der Erklärungen der Kapitalverwaltungsgesellschaften (KVG) und in noch größerem Maß bei den steuerpflichtigen Anlegern.

Für Investmentfonds führt die Reform bei den KVG gegenläufig an vier Stellen zu einer gegenzurechnenden Erweiterung des administrativen Aufwands. Erstens tritt an die Stelle der Berichtspflichten nach § 5 InvStG 2004 die Notwendigkeit, für jedes Investmentvermögen die Voraussetzungen der unterschiedlichen Teilfreistellungssätze zu prüfen und dem Anleger einen Nachweis darüber zu vermitteln, den dieser zur Geltendmachung der Teilfreistellung nach § 20 Abs. 4 InvStG verwenden kann. Das wird in der Wirtschaft als Mehraufwand angesehen, der mit einem korrespondierenden Mehraufwand in der Verifikation durch die Finanzbehörden verbunden sein wird. Ein den Erleichterungen aus dem Wegfall der ausschüttungsgleichen Erträge gegenzurechnender Mehraufwand gegenüber dem alten Recht ergibt sich zweitens aus der Ermittlung und aus dem Vollzug der Vorabpauschale. In der Niedrigzinsphase ist dieser Aufwand in vielen Fällen bislang noch nicht richtig zum Tragen gekommen, weil die Vorabpauschale wegen eines niedrigen oder sogar negativen Basiszins

ausgesetzt war. Eine potentiell aufwandserhöhende Änderung stellt drittens der Wegfall der Kapitalertragsteuerfreistellung für Investmentfonds auf der Fondseingangsseite dar. Für ausländische Fonds, die inländische Einkünfte erzielen, die dem Steuerabzug unterliegen ist damit einerseits eine erhebliche Vereinfachung verbunden.³⁰⁹ Um die Quellensteuerreduktion nach § 7 Abs. 1 InvStG auf der Fondseingangsseite in Anspruch nehmen zu können, muss für das Investmentvermögen nach § 7 Abs. 3 InvStG aber andererseits eine Statusbescheinigung vorgelegt werden, die von der abzugsverpflichteten Stelle geprüft und verarbeitet werden muss. Diese Statusbescheinigung muss für das Investmentvermögen spätestens alle drei Jahre beantragt und ausgestellt werden (§ 7 Abs. 4 Satz 3 InvStG). Diese Pflichten sind aber ebenfalls nicht neu und dürften damit per Saldo im Vergleich zur alten Rechtslage keinen Mehraufwand darstellen, weil die Statusbescheinigung im alten Recht ihre Entsprechung in der NV-Bescheinigung hatte. Tatsächlichen Mehraufwand bringt aber viertens die Ausgestaltung der Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger nach §§ 8, 10 InvStG mit sich, die mit entsprechenden Nachweiserfordernissen in § 9 InvStG und den Antrags- und Erstattungspflichten in den §§ 11 und 12 InvStG verbunden ist und im alten Recht keine Entsprechung hatte.

Für Spezial-Investmentfonds haben sich durch die Reform kleinere, aber keine wesentlichen Änderungen in den Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten ergeben. Bei diesen ist die Zahl der betroffenen Anleger auch erheblich geringer.

Die unabhängig von der Investmentsteuerreform anzusetzende, aber in demselben Gesetzgebungsvorhaben verbundene Einführung zusätzlicher Kapitalertragsteueranrechnungsvoraussetzungen in § 36a EStG und in § 31 Abs. 3 InvStG ist mit Steuerinformationsermittlungspflichten verbunden, die ebenfalls aufwandserhöhend wirken.

3. Rechtssicherheit und Komplexität

Betrachtet man isoliert das neugestaltete System der Besteuerung der Investmentfonds, hat sich die Komplexität des Investmentsteuerrechts mit der Reform reduziert, weil das Trennungsprinzip zu einer stärkeren Entkopplung von Fondseingangs- und Fondsausgangsseite führt. Die starke Verzahnung der Fondsebene und der Anlegerebene, die sich aus der Semi-Transparenz ergab, war ganz wesentlich für die Komplexität des alten Rechts verantwortlich.³¹⁰ Vollständig weggefallen ist diese Verschränkung mit dem System der Teilfreistellungssätze aber nicht. Der Anleger muss weiter über Informationen über die Zusammensetzung der Fondserträge verfügen. Nur der Umfang dieser Informationen und deren Auswirkungen haben sich deutlich verringert. Komplexitätserhöhend ist auch die Implementierung der Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger. Sie bewirkt eine Verschränkung von Fonds- und Anlegerebene in die entgegengesetzte Richtung. Weniger komplex als das durch sie abgelöste System der ausschüttungsgleichen Erträge ist hingegen die Vorabpauerschale ausgestaltet.

Bezogen auf das neue Investmentsteuerrecht insgesamt komplexitätserhöhend ist das neu geschaffene Nebeneinander der intransparenten Besteuerung von Investmentfonds in Kapitel 2 auf der einen Seite und den weiter, wie im bisherigen System nach Ausübung der Transparenzoption, semitransparent zu steuernden Spezial-Investmentfonds in Kapitel 3 auf der anderen Seite. Die Komplexität der semi-transparenten Besteuerung hat durch die noch stärkere Verschränkung von Fondseingangs- und Fondsausgangsseite sowie die

³⁰⁹ *Watzlaw*, in *Moritz/Jesch/Mann* (Hrsg.) *Frankfurter Kommentar*, Bd. 2, 2020, § 7 InvStG Rn. 6.

³¹⁰ *Anzinger*, FR 2016, 101, 106.

Kombinationsmöglichkeiten für Transparenz-, Immobilien-Transparenz- und Erhebungsoption sogar noch zugenommen. Dies lässt sich insofern aber eher in Kauf nehmen, als mit diesem Besteuerungsmodell bereits die größeren Erfahrungen und Anwendungsmuster bestehen, die Komplexität in der Rechtsanwendungspraxis wieder verringern können.

Auf die Rechtssicherheit wirkt sich jeder Systemwechsel grundsätzlich belastend aus, weil sich viele Rechtsfragen erst in der praktischen Anwendung stellen und neue Rechtsfragen ein größeres Risiko der Rechtsunsicherheit mit sich bringen. In der Wahrnehmung, durch die in einer Umfrage angehörten Verbände der betroffenen Unternehmen und nach den allerjüngsten Stellungnahmen im Schrifttum konnte die mittlerweile vollständig veröffentlichte Verwaltungspraxis diesem negativen Effekt jeder Reform aber offenbar wirksam begegnen. Die Reform wird knapp vier Jahre nach ihrem Inkrafttreten nicht mehr mit einer breiten Rechtsunsicherheit verbunden.

4. Elastizität, Dynamik und Beständigkeit

Das neue Besteuerungsregime für Investmentfonds zeichnet sich, soweit es an das Aufsichtsrecht anknüpft, durch eine hohe Elastizität aus. Die Schwellenwerte für die Teilfreistellungsätze sind neutral gegenüber Marktentwicklungen. Die Vorabpauschale ist dynamisiert an die Entwicklung des Basiszinses gekoppelt. Statisch ist demgegenüber bei Spezial-Investmentfonds der Katalog des § 26 InvStG, der laufende Anpassungen durch den Gesetzgeber an Veränderungen in den Anlageklassen erfordert.

Seit Verkündung des InvStRefG v. 19.7.2016 sind bis Ende 2021 acht Änderungsgesetze ergangen, die aber mit keinen wesentlichen Anpassungen verbunden waren.³¹¹ Die sich herausbildende Verwaltungspraxis hat in der Wirtschaft und bei den Bürgern Vertrauen in eine Beständigkeit der Reform begründet.

5. Übergangsregeln

Um den höheren Aufwand eines nebeneinander des semi-transparenten Systems für Altanteile und der Anwendung der Teilfreistellungsätze allein für Neuanteile zu vermeiden, regelt die Vorschrift des § 56 InvStG für Investmentfonds einen stichtagsbezogenen Übergang in das neue System. Die Vorschrift fingiert dazu in Abs. 2 beim Anleger mit Ablauf des 31.12.2017 die Veräußerung seiner Anteile, regelt aber zugleich in Abs. 3 einen Besteuerungsaufschub. Der Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung ist nach Abs. 3 Satz 1 erst zu berücksichtigen, wenn die Anteile tatsächlich verkauft werden. Die Kombination einer Veräußerungsfiktion mit einem Besteuerungsaufschub führt in der Übergangsphase zu einem hohen administrativen Aufwand, weil die dazu notwendigen Informationen festgestellt und fortgeführt werden müssen. Die Vorschriften sind durch die Fiktion, den Aufschub und Rückausnahmen komplex und wegen ihrer Neuheit mit Rechtsunsicherheiten verbunden. Diese Komplexität ist aber dem Umstand geschuldet, die Steuerbelastungswirkungen des Übergangs abzumildern und zugleich eine gleichmäßige Belastung im alten und im neuen Recht auch im Übergang herzustellen. Einfachere Lösungen, etwa eine pauschalisierende Wertfeststellung oder ein kurzfristigeres Abschmelzmodell wären entweder mit Steuerausfällen für den Fiskus oder mit Steuer Mehrbelastungen für die Anleger verbunden

³¹¹ KöMoG v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2050; ATADUmsG v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2035; FoStoG v. 3.6.2021, BGBl. I 2021, 1498; AbzStEntlModG v. 2.6.2021, BGBl. I 2021, 1259; JStG 2020 v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3096; WElektroMobFördG ("JStG 2019") v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2541; JStG 2018 v. 11.12.2018, BGBl. I 2018, 2338; StUmsBG v. 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1682.

gewesen. Den Bedürfnissen der Praxis nach höherer Rechtsunsicherheit könnte durch Konkretisierung der Verwaltungspraxis in weiteren Fallbeispielen Rechnung getragen werden.

IV. Überlegungen zur weiteren Vereinfachung der Investmentbesteuerung

In einer Analyse des inneren und äußeren Systems des InvStG 2018, einer Auswertung des Schrifttums, einer Umfrage des BMF bei beteiligten Gruppen und einem Workshop beim BMF sind Vereinfachungsaspekte hervorgetreten, unter denen die folgenden näher betrachtet werden sollen.

1. Grundentscheidungen

Erste Überlegungen zur weiteren Vereinfachung des Investmentsteuerrechts lassen sich auf die Grundfragen des Anwendungsbereichs der Investmentbesteuerung und das neu entstandene Nebeneinander parallel bestehender Besteuerungsregime für Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds beziehen.

a) Qualifikation von Investmentfonds und Statusbescheinigung

Die Vorschrift des § 1 InvStG regelt den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes durch eine dreistufige Definition des Investmentfonds. Deren Ausgangspunkt bildet die Anknüpfung an die aufsichtsrechtliche Definition des Investmentvermögens in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB. Diese Definition erfährt sodann Erweiterungen in § 1 Abs. 2 Satz 3 InvStG, etwa für Ein-Anleger-Fonds, die vom aufsichtsrechtlichen Investmentvermögensbegriff nicht umfasst sind, und schließt in § 1 Abs. 3 InvStG in einem Katalog eine Teilmenge der Investmentvermögen vom Anwendungsbereich des Investmentsteuerrecht aus.

Wegen der notwendigen zweifachen Statusprüfung und der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten in wenigen Einzelfällen aufwands- und komplexitätserhöhend kann dabei die durch den, mit dem JStG 2020 v. 21.12.2020³¹² eingefügten, Abs. 2 Satz 2 nochmals unterstrichene bloß materielle Maßgeblichkeit des Investmentrechts wirken. Nach der Regelung des Abs. 2 Satz 2 soll die aufsichtsrechtliche Entscheidung über die Qualifikation als Investmentvermögen keine Bindungswirkung für die investmentsteuerrechtliche Entscheidung entfalten, obwohl das Steuerrecht materiell an die aufsichtsrechtlichen Vorschriften und damit auch an die aufsichtsrechtlichen Wertungen anknüpft und damit keinen Raum für eine Berücksichtigung unterschiedlicher Ziele des Aufsichts- und des Steuerrechts lässt. Damit ist im Statusfeststellungsverfahren eine eigenständige Entscheidung der Finanzbehörde zu treffen, die bei gleicher materieller Rechtsgrundlage auch anders als die aufsichtsrechtliche Entscheidung ausfallen kann. Für jedes potentielle Investmentvermögen muss ein Statusfeststellungsverfahren damit zwei Mal durchlaufen werden. Diese zweifache Prüfung kann dort rechtfertigungsfähig sein, wo die steuerrechtliche Attraktivität der Investmentbesteuerung die aufsichtsrechtlichen Pflichten erheblich überwiegt und die aufsichtsrechtliche Statusprüfung mit Blick auf die weniger gravierenden Rechtsfolgen von der Aufsichtsbehörde dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur bezogen hierauf Rechnung tragend vorgenommen wird. Das kann etwa bei Spezial-AIF der Fall sein, die die Größenkriterien des § 2 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KAGB nicht überschreiten und deshalb nach § 2 Abs. 4 Satz 1 KAGB im Wesentlichen nur einer Registrierungspflicht unterliegen. Der Gesetzgeber könnte gleichwohl noch einmal prüfen, ob Voraussetzungen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht geschaffen werden können, die eine einheitliche aufsichts- und steuerrechtliche Qualifikation von Investmentvermögen ermöglichen oder unterschiedliche Ziele des Aufsichts- und des

³¹² BGBl. I 2020, 3096.

Steuerrechts deutlicher machen. Dabei könnte auch erwogen werden, das Statusfeststellungsverfahren zu digitalisieren und die Statusfeststellung zu entfristen.

Zur Komplexitätsreduktion könnte der Gesetzgeber weiter erwägen, ob eine Unterscheidung zwischen dem Merkmal der „nicht in wesentlichem Umfang aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“ in § 15 Abs. 2 Nr. 2 InvStG einerseits und den Voraussetzungen der „nicht operativen Tätigkeit“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 1 InvStG andererseits geboten ist oder ein einheitliches Verständnis die Streichung des gesamten zweiten Halbsatzes mit den Nr. 1 und Nr. 2 sowie Satz 2 des § 15 Abs. 2 InvStG ermöglichen würde.

b) Parallelität Investmentfonds- / Spezial-Investmentfonds-Besteuerung

Das Nebeneinander von zwei Systemen mit den damit verbundenen Gestaltungs- und Wahlrechten ist im geltenden Investmentsteuerrecht deutlich aufwands- und komplexitäts-erhöhend. Die Frage drängt sich auf, ob nach einer Bewährung des neuen intransparenten Besteuerungsmodells für Investmentfonds das System der transparenten Besteuerung für Spezial-Investmentfonds aufgegeben werden könnte.

In der Praxis besteht indessen weiter eine große Attraktivität des gegenüber Investmentfonds wesentlich aufwendigeren und komplexeren Systems der Spezial-Investmentfondsbesteuerung. Damit verbunden ist die Erwartung einer Beibehaltung dieses Systems. Umgekehrt werden Investmentfonds nicht nur als Publikumsfonds genutzt. Vielmehr zeigt sich in einer 2021 erhobenen Statistik des BVI, dass die Mehrheit der (aufsichtsrechtlichen) Spezial-Fonds (Spezial-AIF), die investmentsteuerrechtlich als Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG 2018 qualifizieren, nur einen Anleger hat. Gründe, die weiter für die Strukturierung eines Investmentvermögens im Besteuerungssystem des Spezial-Investmentfonds sprechen, sind die unterschiedlichen Thesaurierungsbegünstigungen, die unterschiedlichen Transparenzoptionen, der erschwerte spätere Wechsel in dieses System und auch der Aufwand und die Komplexität der Steuerbefreiung bei steuerbegünstigten Anlegern.

Der Gesetzgeber könnte die Attraktivität des Dualismus der Investmentbesteuerung in zwei Dimensionen zurückbauen. Zum einen könnten Anreize für eine Entscheidung zugunsten des Spezial-Investmentfonds abgebaut werden. Dazu könnte der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Wechsels vom Investmentfonds in einen Spezial-Investmentfonds vorsehen und damit den Anreiz verringern, häufiger initial das vermeintlich flexiblere Spezial-Investmentfondsmodell zu wählen, um sich nichts zu „verbauen“. Damit würde er aber zugleich in ihren Steuerwirkungen schwer abzuschätzende Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Nicht zu unterschätzen wäre zudem die Komplexität der notwendigen Überleitungsregelungen und der Administration der Überleitung sowohl auf Seiten der Wirtschaft wie auf Seiten der Verwaltung.

Mit demselben Ziel einer Erhöhung der Attraktivität der Investmentfonds gegenüber Spezial-Investmentfonds könnte er die Komplexität und die Nachweisanforderung für eine Steuerbefreiung des Investmentfonds aufgrund steuerbegünstigter Anleger reduzieren. Erwogen werden könnte weiter eine Reduktion der Optionen im Regulationssystem der Spezial-Investmentfonds und der Abbau von Thesaurierungsvergünstigungen.

Umgekehrt könnte der Gesetzgeber auch eine Beibehaltung des Dualismus und eine klarere Fokussierung von Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds anstreben und dazu etwa eine Mindestanlegerzahl für Investmentfonds vorschreiben. Vor dem Hintergrund der einfacheren Administrierbarkeit von Investmentfonds wäre dies aber kein Schritt zur Vereinfachung des Investmentsteuerrechts.

2. Investmentfonds

Im neuen System der Besteuerung von Investmentfonds stechen vier Themenkreise hervor, die Überlegungen zur weiteren Vereinfachung der Investmentbesteuerung besonders rechtfertigen können: die Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger, die Abzugsbeschränkungen des § 21 InvStG, die Vorabpauschale und das Teilfreistellungsverfahren.

a) Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger

Die Berücksichtigung steuerbegünstigter Anleger bei der Besteuerung des Investmentfonds ist in zweifacher Hinsicht aufwendig und komplex. Zum einen verbinden sich damit auf Anlegerseite Nachweiserfordernisse und Mitteilungspflichten. Der Anleger benötigt eine Befreiungsbescheinigung durch die zuständige Finanzbehörde und einen Investmentanteil-Bestandsnachweis der depotführenden Stelle. Zum anderen muss der Investmentfonds nicht nur die Nachweise prüfen und verarbeiten, sondern als nicht vollständig steuerbefreiter Fonds zusätzlich die Anrechnungsvoraussetzungen des § 8 Abs. 4 InvStG prüfen und aufwendig die Anträge auf Erstattung einbehaltener Kapitalertragsteuer nach § 11 InvStG stellen und die erstattete Kapitalertragsteuer an die steuerbegünstigten Anleger nach § 12 InvStG weiterleiten. Fraglich ist zunächst, ob sämtliche Investmentfonds für steuerbegünstigte Anleger auch steuerbegünstigt eröffnet bleiben müssen oder ob es nach einer Übergangszeit zumutbar sein könnte, steuerbegünstigte Anleger entweder auf solche Investmentfonds zu konzentrieren, die, wie § 10 Abs. 1 InvStG vorsieht, nach den Anlagebedingungen nur steuerbegünstigten Anlegern offenstehen, oder auf Spezial-Investmentfonds zu verweisen. Bezogen auf das aufwendige Kapitalertragsteuererstattungsverfahren nach den §§ 10 und 11 InvStG könnte erwogen werden, steuerbegünstigte Anleger allein auf das Veranlagungsverfahren zu verweisen. Zu prüfen wäre dabei aber zunächst, ob dieser Weg den administrativen Aufwand verringern würde.

b) Abzugsbeschränkungen des § 21 InvStG

Nach § 21 Satz 1 InvStG dürfen Betriebsvermögensminderungen und Aufwendungen, die mit den Erträgen aus Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, bei der Ermittlung der Einkünfte in dem prozentualen Umfang nicht abgezogen werden, in dem auf die Erträge eine Teilfreistellung anzuwenden ist. Diese Regelung ist aufwendig zu administrieren, fehleranfällig und begründet bislang Rechtsunsicherheiten. Auf drei Wegen könnten der Gesetzgeber oder die Verwaltungspraxis die Regelung verbessern. Zum einen könnten, wie bei § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG, die nichtabziehbaren Betriebsausgaben typisierend festgelegt werden. Das setzt voraus, dass ein geeigneter Satz für jeden Teilfreistellungssatz quantifizierbar ist. Zum anderen könnte die Vorschrift des § 21 InvStG vollständig gestrichen werden und der Betriebsausgabenabzug in die Teilfreistellungssätze integriert werden. Schließlich könnte die Verwaltungspraxis bei unveränderter Gesetzeslage zumindest die gefühlte Rechtssicherheit durch Fallbeispiele im einschlägigen BMF-Schreiben erhöhen.

c) Vorabpauschale

Die überzeugende Idee der Vorabpauschale besteht darin, eine Gleichbehandlung zur Direktanlage durch Vorabbesteuerung thesaurierter Erträge zu gewährleisten, ohne zum Modell der ausschüttungsgleichen Erträge des alten Investmentsteuerrechts zurückkehren zu müssen. Sie soll zudem Anreize nehmen, Investmentfonds als Steuerstundungsmodell zu etablieren.

Indessen ist die Vorabpauschale in den Jahren nach Inkrafttreten der Investmentsteuerreform wegen des anhaltend niedrigen Zinsniveaus mit einem zur Höhe unverhältnismäßigen administrativen Aufwand verbunden gewesen,³¹³ solange nicht auf ihre Erhebung, wie in den Jahren 2021 - 2022 ganz verzichtet werden konnte.³¹⁴

Der einfachste und verschiedentlich vorgetragene Vereinfachungsvorschlag, die Vorabpauschale vollständig aufzugeben, verliert mit dem absehbar wieder steigenden Zinsniveau an Überzeugungskraft. Er könnte allerdings in einem veränderten Kapitalmarktumfeld unter Lenkungs Gesichtspunkten zu rechtfertigen sein und Wettbewerbsneutralität gegenüber Anlagen in Kryptowerten herstellen, wenn sich der Gesetzgeber dort nach dem Vorbild Österreichs³¹⁵ entschließen sollte, Umschichtungen zwischen verschiedenen Kryptowerten ebenfalls nicht zu erfassen und damit Erträge aus „Kryptofonds“ erst bei Ausschüttung zu besteuern.

Die Vorabpauschale könnte aber auch verwaltungsärmer ausgestaltet werden und dazu zum einen mit einem Freibetrag verknüpft und zum anderen für die Einziehung und die Berücksichtigung außerhalb des Steuerabzugs mit einer De-Minimis-Regel verbunden werden.

Der Gesetzgeber könnte schließlich auch in Erwägung ziehen, die Bemessungsgrundlage marktnäher auszugestalten. Marktnäher und daher überzeugender wäre eine anlagenklassenbezogene Durchschnittsrendite. Bei Aktienfonds wäre ein Maßstab angemessen, der den Basiszins zzgl. einer typisierten oder dynamisierten Marktrisikoprämie abbildet. Alternativ wäre eine Anknüpfung an die tatsächliche Wertsteigerung des Fonds verbunden mit einem Volatilitätsabschlag von z.B. 30 % denkbar.

d) Teilfreistellungsverfahren

Das Verfahren der Teilfreistellung ist zwar verwaltungsärmer als die Verfahren zur Ermittlung der im vorangegangenen System erforderlichen Besteuerungsinformationen, die nach § 5 InvStG 2004 zu veröffentlichen waren. Es wird in der Praxis aber gleichwohl als sehr aufwendig wahrgenommen. Administrativer Aufwand entsteht im System der Teilfreistellung in vier Dimensionen: Die anteilsklassenabhängig unterschiedlichen Teilfreistellungssätze führen zu Aufwand in der Überwachung und der Verifikation der Einhaltung der Teilfreistellungsquoten auf Fondsebene, der sich insbesondere bei ausländischen Fonds und Dachfonds erhöht. Die Komplexität des Systems wird aufwandserhöhend durch die zusätzliche anlegerabhängige Modifikation der Teilfreistellungssätze gesteigert. Aufwand entsteht auch aus dem Nachweiserfordernis der Haltdauer in § 20 Abs. 4 InvStG und durch die nur hälftige Berücksichtigung im Rahmen der Gewerbesteuer nach § 20 Abs. 5 InvStG.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufgeworfen worden, ob sich die Teilfreistellungssätze durch weitergehende Typisierung noch weiter zusammenlegen lassen. Den äußeren Rahmen einer solchen Typisierung würde die aus dem Folgerichtigkeitsgebot abgeleitete verfassungsrechtliche Anforderung an gesetzliche Typisierungen bilden, die verlangt, dass der Durchschnittsfall noch folgerichtig belastet werden muss.³¹⁶ Hinzu tritt die Anforderung, dass die Ungleichbehandlung im Einzelfall verhältnismäßig zum Zweck der Vereinfachung ist.

³¹³ Für 2019 betrug der Basiszins 0,07 %, BMF v. 29.1.2020, BStBl. I 2020, 218 und für 2018 noch 0,87 %, BMF v. 4.1.2018, BStBl. I 2018, 249.

³¹⁴ BMF v. 7.1.2022, BStBl. I 2022, 122; BMF v. 6.1.2021, BStBl. I 2021, 56.

³¹⁵ Zum Modell der Besteuerung der Einkünfte aus Kryptowährungen nach der Ökosozialen Steuerreform in Österreich: *Mayr*, BB 2022, 727, 728.

³¹⁶ BVerfG v. 29.3.2017 - 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, 1082, 1096; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 21. Aufl. 2020, Kap 3.148.

Diese Anforderungen ließen sich einfacher erfüllen, wenn die Unterschiede in der Vorbelastung auf der Ebene des Investmentfonds angeglichen werden könnten. So könnte der Aktienteilfreistellungssatz nach § 20 Abs. 1 Satz 1 InvStG angehoben werden, wenn Veräußerungsgewinne aus Aktien auf Ebene des Fonds besteuert würden. Das kann vollständig aber nur bei inländischen Investmentfonds gelingen. Spätestens für Veräußerungsgewinne aus ausländischen Aktien bei ausländischen Investmentfonds könnte eine einheitliche Vorbelastung der Veräußerungsgewinne aus Aktien nicht mehr hergestellt werden. Das gilt auch für die weitere Überlegung, dass sich der Aktienteilfreistellungssatz nach § 20 Abs. 1 Satz 3 InvStG absenken ließe, wenn Veräußerungsgewinne aus Aktien wie Dividenden bei Streubesitzbeteiligungen körperschaftsteuerpflichtig gestellt würden. Ein gemeinsamer Teilfreistellungssatz könnte sich auf diesem Weg, ohne die verfassungsrechtlichen Grenzen des Typisierungsspielraums des Gesetzgebers zu tangieren,³¹⁷ für private und betriebliche Anleger über alle Anteilsklassen hinweg deshalb zwar finden lassen, allerdings aus den gezeigten Gründen nur für Beteiligungen an inländischen Fonds. Das führt zu der Frage einer möglichen Differenzierung der Teilfreistellungssätze für in- und ausländische Fonds, um eine Wettbewerbsverzerrung zu vermeiden. Möglich und mit den oben in Teil A VI 2 e) angestellten Überlegungen auch unionsrechtskonform wäre eine Differenzierung der Teilfreistellungssätze, die nicht an die Ansässigkeit, sondern an die Vorbelastung der Veräußerungsgewinne aus Aktien auf Ebene des Investmentfonds anknüpft. Wettbewerbsverzerrungen könnten so unionsrechtskonform vermieden werden. Ein wesentlicher Vereinfachungseffekt dürfte sich mit einer solchen Differenzierung aber nicht erreichen lassen.

Wollte man einen einheitlichen Teilfreistellungssatz nur für Privatanleger über alle Anlageklassen hinweg einführen und für betriebliche Anleger die bisherigen Teilfreistellungssätze beibehalten, müsste, verglichen zur geltenden Rechtslage, die größte Teilfreistellungssatzspreizung zwischen 30 % für Aktienfonds und 80 % für ausländische Immobilienfonds überwunden werden. Verfassungsrechtlich ist auch eine solche Typisierung der Vorbelastung nicht kategorisch ausgeschlossen. Zu deren Rechtfertigung wäre aber nicht nur eine empirische Begründung der gewichteten Durchschnittsvorbelastung notwendig, die eine Gewichtung der Anlageklassen bei den Investmentfonds und der Investmentfondsklassen bei den Anlegern berücksichtigt. Der Verlust an Einzelfallgerechtigkeit müsste sich bei einer Typisierung mit Vereinfachungszweck zusätzlich auch mit dem bewirkten Maß der Vereinfachung rechtfertigen lassen. Bei Investmentfonds, die sowohl privaten wie betrieblichen Anlegern offenstehen, müsste die Einhaltung der Teilfreistellungsquoten auch dann weiter deklariert und verifiziert werden, wenn für die eine Anlegergruppe ein einheitlicher Teilfreistellungssatz gelten würde, für die andere aber weiter anlageklassenabhängige Teilfreistellungssätze. Vereinfachungswirkungen würden sich dann nur bei der Einkünfteerklärung und -verifikation der Privatanleger ergeben. Eine weitergehende Vereinfachung würde voraussetzen, dass ein Investmentfonds entweder ausschließlich privaten oder ausschließlich betrieblichen Anlegern offensteht. Eine solche Anlegerklassenreinheit, die im System eines einheitlichen Teilfreistellungssatzes nur für Privatanleger eine Anlageklassenqualifikation bei reinen Privatanlegerfonds erübrigen würde, müssten dann sowohl die Kapitalverwaltungsgesellschaften als auch die Finanzbehörden

³¹⁷ BVerfG v. 29.3.2017 - 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, 1082, 1096; Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2020, Kap 3.148.

verifizieren können. Dadurch könnten aber die Vereinfachungswirkung einer Teilfreistellungssatzvereinheitlichung zumindest teilweise verloren gehen und in gleichem Maße auch Zweifel an der Rechtfertigung einer solchen gespaltenen Typisierung aufgeworfen werden.

Erwogen werden könnte zur Vereinfachung der Teilfreistellung unabhängig von jeder Form der Teilfreistellungssatzvereinheitlichung, das Nachweiserfordernis des § 20 Abs. 4 InvStG durch ein zentrales Register zu ersetzen, das eine Berücksichtigung der Teilfreistellung beim Anleger in dessen Veranlagung von Amts wegen ermöglichen könnte.³¹⁸

Die nach § 20 Abs. 5 InvStG zumindest teilweise erhaltene Teilfreistellung bei der Bemessung der Gewerbesteuer lässt sich mit Blick auf die fehlende Vorbelastung hinterfragen. Der Investmentfonds ist unter den regelmäßig vorliegenden Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 InvStG grundsätzlich von der Gewerbesteuer befreit. Es fehlt daher an der Vorbelastung, die eine Teilfreistellung rechtfertigen könnte. Die Rechtfertigung einer hälftigen Freistellung für die Gewerbesteuer soll sich nach der Regierungsbegründung aus einem Vergleich mit der Direktanlage ergeben.³¹⁹ Dort seien Veräußerungsgewinne aus Aktien im Unterschied zu Streubesitzdividenden steuerfrei. Dies rechtfertige eine hälftige Belastung. Der Gesetzgeber unterstellt, dass die Hälfte der Erträge aus Veräußerungsgewinnen stammt. Die Gewerbesteuerliche Teilfreistellung könnte daher gänzlich entfallen, wenn entweder Investorerträge nicht in die Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer einbezogen würden oder bei der Direktanlage auch Veräußerungsgewinne aus Streubesitzbeteiligungen miterfasst würden.

3. Spezial-Investmentfonds

Im Besteuerungsregime der Spezial-Investmentfonds ermöglicht es das Gesetz, das frühere System der Semi-Transparenz fortzuleben. Dabei wird allerdings die Zahl der Anleger auf höchstens 100 begrenzt und, um unionsrechtlichen Unsicherheiten zu begegnen, mit der Ausübung insbesondere der Dividendentransparenzoption nach § 30 InvStG eine besonders enge Verbindung zwischen der Fondseingangs- und der Fondsausgangsebene hergestellt.

a) Anlagebestimmungen des § 26 InvStG

Eine in ihrer grundsätzlichen Bedeutung hinterfragte,³²⁰ verwaltungsaufwendige und komplexe Eintrittshürde in das Besteuerungsregime der Spezial-Investmentfonds bildet der Katalog der Anlagebestimmungen in § 26 InvStG. Während die Anforderungen in § 26 Nr. 1 - 3 InvStG, Investmentaufsicht, Rückgaberecht und Risikomischung, dazu dienen den Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts vor der Reform zu perpetuieren,³²¹ lässt sich der fortgeschriebene Katalog der zulässigen Anlagegegenstände grundsätzlich ebenfalls mit dieser historischen Entwicklung erklären, aber mit jeder Anpassung des Katalogs immer weniger rechtfertigen. Die besonderen Qualifikationsanforderungen für Spezial-Investmentfonds gegenüber Investmentfonds führen zu aufwendigen Qualifikationsanforderungen, Rechtsunsicherheiten, Gestaltungsmöglichkeiten mit einem faktischen Wahlrecht und zu aufwendigen Nachweis- und Qualifikationsanforderungen.

Wenn die Vorschrift des § 26 InvStG sich nur historisch rechtfertigen lässt, würde deren vollständige Streichung keine Funktionsbeeinträchtigung des InvStG bedeuten und eine wesentliche Vereinfachung und Komplexitätsreduktion bedeuten. Deshalb ist zu prüfen, wie sich die

³¹⁸ Zu weiteren Möglichkeiten im Rahmen eines dezentralen Registers untern IV. 5. b).

³¹⁹ BT-Drucks. 18/8045, S. 92.

³²⁰ Bintl/Schober, BB 2020, 599 f.

³²¹ Buge, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 26 InvStG Rn. 1.

besonderen Qualifikationsanforderungen des § 26 InvStG rechtfertigen lassen. Einleuchtend erscheint dabei zunächst die 100-Anleger-Grenze des § 26 Nr. 8 InvStG und die Folgevorschrift des § 26 Nr. 9 InvStG. Mit größeren Anlegerzahlen wäre die Semi-Transparenz schwer zu verwalten. Stärker rechtfertigungsbedürftig sind aber bereits die Anforderungen der Aufsicht, der Risikomischung und des Rückgaberechts in § 26 Nr. 1 - 3 InvStG, weil sie nicht zugleich ein Wesenserfordernis für das System der Investmentfondsbesteuerung nach Kapitel 2 sind. Der Anwendungsbereich des § 1 InvStG setzt diese Eigenschaften nicht voraus. Allerdings kann es die höhere Attraktivität der semitransparenten Besteuerung rechtfertigen, nur typischen Investmentfonds den Zugang zu ermöglichen. Vollends entbehrlich, weil rechtfertigungslos sind hingegen die Anlageanforderungen in § 26 InvStG. Die Vorschrift könnte deshalb formell und materiell mit positiver Wirkung für den Erfüllungsaufwand erheblich vereinfacht werden, wenn man die Vorschriften des § 26 Nr. 4 Buchst. a) - n) und Nr. 5 - 7 InvStG durch einen Verweis auf die für Spezial-AIF geltenden aufsichtsrechtlichen Anlagebestimmungen und den Katalog des § 284 KAGB ersetzen würde. Für die KVG von Spezial-AIF wäre damit eine deutliche Vereinfachung verbunden. Um der Sorge vor einer übermäßigen Attraktivität dieses Besteuerungssystems entgegenzuwirken, könnte im Gegenzug die Kategorie der steuerfrei thesaurierten Erträge in § 36 Abs. 2 und 5 InvStG gestrichen werden.

b) Besitzanteilige Zurechnung (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 und § 35 Abs. 7 InvStG)

In den Stellungnahmen zur Komplexität der Investmentsteuerreform fand sich häufiger der Hinweis auf die Komplexität des neuen Verfahrens der besitzanteiligen Zurechnung, das in den §§ 36 Abs. 4 Satz 1 und 35 Abs. 7 InvStG an die Stelle des früheren Ertragsausgleichsverfahrens getreten ist. Kritisch hervorgehoben wurde der Umstellungsaufwand vom Ertragsausgleich auf die besitzanteilige Zurechnung und das Auseinanderfallen von investimentrechtlichem und steuerrechtlichem Ergebnis. Der Gesetzgeber könnte eine Rückkehr zum Ertragsausgleichsverfahren in Erwägung ziehen. Dafür würde im Wesentlichen aber nur die Wiederherstellung der Einheitlichkeit der investimentrechtlichen und der steuerrechtlichen Erfolgsermittlung sprechen. Gegen eine solche erneute Umstellung sprechen aber drei andere administrative Gründe. Zum einen sollte ein übermäßiges Hin und Her im Interesse der Stetigkeit des Investmentsteuerrechts vermieden werden. Die Fondspraxis hat sich auf die Umstellung eingestellt und kommt im Großen und Ganzen damit zurecht. Das Prinzip der besitzanteiligen Zurechnung ist in sich widerspruchsfrei und im Transparenzmodell auch folgerichtig. Schließlich erscheint der Aufwand des Verfahrens und auch ein Abweichen von der investimentrechtlichen Erfolgsermittlung beherrschbar.

c) Kapitalertragsteuer bei Dividendentransparenzoption

Nicht überraschend führte die Verstärkung der Transparenz in der Dividendentransparenzoption, mit der unionsrechtliche Unsicherheiten ausgeräumt werden, über die Komplexität der früheren Investmentbesteuerung hinaus zu anderen aufwandserhöhenden Rechtsunsicherheiten insbesondere im Rahmen des Kapitalertragsteuervollzugs. Aus der Praxis der Kapitalverwaltungsgesellschaften sind Rechtsunsicherheiten bezogen auf die Bemessungsgrundlage der Kapitalertragsteuer vorgetragen worden, die sich auf ein Auseinanderfallen ausschüttungsgleicher und ausgeschütteter Erträge einerseits und ausgezahlter Erträge andererseits bezog. Als belastend sind jenseits des eigentlichen Systems der Investmentbesteuerung auch die Prüfpflichten bezogen auf § 31 Abs. 3 InvStG empfunden worden. Kritisch hervorgehoben worden ist auch der Aufwand und die Fehleranfälligkeit der Informationsverteilung im Dreieck Spezial-Investmentfonds, Anleger und Entrichtungspflichtiger.

Zur Vereinfachung und Komplexitätsreduktion sind am weitreichendsten ein gänzlicher Verzicht auf die Kapitalertragsteuererhebung und eine reine Veranlagungslösung vorgeschlagen worden, dies mit dem Argument, die Anleger von Spezial-Investmentfonds seien regelmäßig im Inland ansässig. Im System der Besteuerung von Spezial-Investmentfonds ist dieser reine Inlandsbezug nicht angelegt und eine Befreiung nur der inländischen Anleger wäre unionsrechtlich problematisch. Dieser Weg erscheint daher nicht zweckmäßig. Stattdessen sollten andere Möglichkeiten zur Erhöhung der Rechtssicherheit aktiviert werden, etwa durch Konkretisierungen und Fallbeispiele in BMF-Schreiben. Stärker in den Blick genommen werden sollten auch die Möglichkeiten, die der digitale Fortschritt für den Austausch von Informationen in zentralen und dezentralen Registern bietet.

d) Spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften

Naturgemäß komplexitätserhöhend und oft auch mit einem administrativen Mehraufwand verbunden sind spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften. Dazu zählt etwa bei den steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen die Rückausnahme des § 36 Abs. 2 Nr. 2 InvStG für Erträge aus Swap-Verträgen, weil hier die Sachverhaltsermittlung bei bestimmten Swap-Geschäften aufwendig ist. Dazu zählt auch die Berücksichtigung von Verlusten aus Finanzderivaten als Direktkosten nach § 39 Abs. InvStG, weil hier zum Aufwand der Sachverhaltsermittlung noch Rechtsunsicherheiten hinzutreten.

Eine stark vereinfachende Lösung würde darin bestehen, die Vorschrift des § 36 Abs 2 InvStG vollständig zu streichen und damit die traditionellen Fondsprivilegien aufzugeben. Wenn das Thesaurierungsprivileg erhalten bleiben soll sind erhöhte Transaktionskosten für Swap-Geschäfte mit seltener gehandelten Underlyings in Kauf zu nehmen. Doch zumindest die Rechtsunsicherheiten bei § 39 Abs. 3 InvStG könnten durch Konkretisierungen und Fallbeispiele im BMF-Schreiben zur Anwendung des InvStG abgemildert werden.

e) Ein-Anleger-Fonds

Wenn, wie sich aus der Statistik des BVI für 2021 ergibt, knapp 70 % aller Spezial-Investmentfonds nur einen Anleger haben, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber für diese Ein-Anleger-Fonds ein besonderes Besteuerungsregime zur Verfügung stellen sollte. Einzelne Vorschriften enthalten Einkünfteermittlungs- und Zurechnungsregeln, die auf Fonds mit mehreren Anlegern zugeschnitten sind und für Ein-Anleger-Fonds unverhältnismäßige Berichtspflichten auslösen. U.E. spricht nichts dagegen, für Ein-Anleger-Fonds Erleichterungen bei solchen Berichtspflichten und Nachweiserfordernissen vorzusehen, die ihre Bedeutung bisher erst aus einem größeren Anlegerkreis erlangen.

f) Ermittlung Besteuerungsgrundlagen und Feststellungserklärung nach § 51 InvStG

Wenig überraschend bleibt, wie im früheren Recht, die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen und die Feststellungserklärung nach § 51 InvStG aufwendig und komplex. Besonders die Sachverhaltsermittlung in mehrstufigen Strukturen hat sich als zweitaufwendig und fehleranfällig erwiesen. Das gleiche gilt für die Korrekturprozesse. Nicht mehr zeitgemäß war die Form der Feststellungserklärung. Sie musste trotz ihres erheblichen Umfangs bis vor kurzem papiergebunden und bei Korrekturen häufig vollständig neu eingereicht werden.

Eine wesentliche Komplexitätsreduktion an der Wurzel der Erklärungspflichten könnte durch eine vorherige Reduktion von erklärungsrelevanten materiellen Ausnahmen und Rückausnahmen erreicht werden, die, wie die Thesaurierungsprivilegien, aber häufig zugunsten des Anlegers wirken. Naheliegender und mit Nachdruck sollte sich der Gesetzgeber dagegen um die Digitalisierung des Verfahrens bemühen. Ein wesentlicher Schritt ist die freiwillig bereits für

nach dem 31.12.2021 endende Geschäftsjahre in allen fondsrelevanten Bundesländern ab dem 1.1.2023 mögliche elektronische Abgabe der Feststellungserklärung.³²² Gemeinsam mit den Kapitalverwaltungsgesellschaften, Depotbanken und institutionellen Anlegern könnte über den weiteren Schritt der Einrichtung von zentralen Registern oder dezentralen Datenbankstrukturen nachgedacht werden, in denen etwa zu erteilende Steuerbescheinigungen und Statusnachweise zur Abstimmung in den dem Investmentsteuerrecht immanenten mehrstufigen Strukturen hinterlegt und die häufig mehrfach notwendigen Korrekturen erleichtert würden (dazu unten IV. 5.).

4. Übergangsregelungen

Wenig überraschend werden in der Praxis insbesondere von den Kapitalverwaltungsgesellschaften die Vorschriften für den Übergang von dem alten in das neue Besteuerungssystem für Investmentfonds als besonders verwaltungsaufwendig und komplex wahrgenommen. Eine Herausforderung bildeten dabei insbesondere Substanzausschüttungen und die Berücksichtigung von vor dem 1.1.2018 auch in weit zurückliegenden Zeiträumen versteuerter ausschüttungsgleichen Erträge. Die Übergangsvorschrift des § 56 InvStG sah in ihrer Ausgangsfassung nach dem InvStRefG v. 19.7.2016 nur eine Veräußerungsfiktion und einen Besteuerungsaufschub vor. Sie ist durch das StUmgBG v. 23.6.2017 noch vor ihrem Inkrafttreten um eine Ausschüttungsfiktion des § 56 Abs. 7 Satz 1 InvStG für thesaurierte Erträge ergänzt worden. Diese Ausschüttungsfiktion führt bei den Anlegern ausländischer Fonds im geltenden Recht zu schwer zu erfüllenden Erklärungspflichten.³²³

Da die Übergangsphase wegen der langen Lebensdauer von Publikumsfonds über einen unabsehbaren Zeitraum andauern wird, könnte der Gesetzgeber noch über eine Vereinfachung der Übergangsvorschriften in § 56 InvStG nachdenken. Erwogen werden könnte zunächst eine Begrenzung des Berücksichtigungszeitraums in der Vergangenheit versteuerter ausschüttungsgleicher Erträge. Um den Übergang zu beschleunigen, könnte ein Wahlrecht eingeführt werden, mit dem der Besteuerungsaufschub der zum 1.1.2018 in der Veräußerungsfiktion festgestellten Veräußerungsgewinne oder -verluste vorzeitig, auch für Teilbeträge, beendet werden kann. Verfassungsrechtlich zulässig wäre dazu auch ein Lenkungsanreiz in Gestalt einer moderat ermäßigten Besteuerung im Falle fiktiver Veräußerungsgewinne. Eine solche Optionslösung könnte mit einem Enddatum verbunden werden, bis zu dem die Veräußerungsgewinne spätestens realisiert sein müssen. Weiter mit dieser Lösung verbunden werden könnte der Vorschlag im Schrifttum, auf Antrag des Steuerpflichtigen die in der Vergangenheit bereits in die Veranlagung einbezogenen ausschüttungsgleichen Erträge bei thesaurierenden ausländischen Investmentfonds festzustellen.³²⁴ Damit verbinden ließe sich eine Vereinfachung in Gestalt einer Durchschnittsbetrachtung und einer pauschalen Verrechnung.³²⁵

5. Digitalisierung

Das Investmentsteuerrecht wird auch nach der Reform durch mehrstufige Strukturen und arbeitsteilige Prozesse geprägt. Diese Prozesse erfordern in besonders hohem Maße gesicherte Wege der Sachverhaltsermittlung, einen Informationsaustausch zwischen Anlegern, Kapital-

³²² Entwurf eines Schreibens über den Anwendungszeitpunkt der neuen Vordrucke zur Erklärung der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 51 InvStG v. 12.10.2022 - IV C 1 - S 1980-1/19/10071:011.

³²³ Mandler, FR 2020, 977, 980 f.

³²⁴ Mandler, FR 2020, 977, 981 f.

³²⁵ Mandler, FR 2020, 977, 978.

verwaltungsgesellschaften und den Verwahrstellen, den im Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Stellen und den verschiedenen Finanzbehörden. Bei Publikumsfonds erscheint zudem der Einsatz automatisierter Entscheidungsunterstützungssysteme, Methoden der Risikobewertung und des automatisierten Vollzugs besonders lohnend. In der Praxis deutet sich deshalb besonders im Investmentsteuerrecht ein erhebliches Digitalisierungspotential an. Dabei könnte auch durch Anpassungen des Gesetzes dieses Potential gehoben und der Digitalisierungsprozess vorangetrieben werden.

a) Medienwandel

In einem ersten Schritt sollte der Gesetzgeber für sämtliche Erklärungen, Bescheinigungen und Nachweise im Gesetz die elektronische Form und Datenübermittlung vorschreiben, wo dies noch nicht geschehen ist, etwa für die Feststellungserklärung zu § 51 InvStG bei Spezial-Investmentfonds. Es ist nicht mehr zeitgemäß papiergebundene Erklärungen einzufordern, die aufgrund ihres Umfangs in Einzelfällen nicht mehr mit der Briefpost versendet werden können. Elektronische Erklärungen, Bescheinigungen und Nachweise lassen sich nicht nur leichter erstellen und übermitteln, sondern auch bei den Empfängern leichter weiterverarbeiten. Ein einfacher Medienwechsel wäre bereits ein Fortschritt, besser wäre noch die Entwicklung eines maschinenauswertbaren Formats mit entsprechender Taxonomie. Der Gesetzgeber sollte nicht mit Rücksicht auf fehlende Entwicklungskapazitäten in den Finanzbehörden zuwarten, sondern einen gestuften Weg von einfachen schnell umsetzbaren Wegen (elektronische Datei und gesichertes Postfach) zu moderneren Lösungen (maschinenauswertbare digitale Formate, XML) vorzeichnen. Die ersten Schritte dazu wurden bereits eingeleitet. In einzelnen Bundesländern soll die Feststellungserklärung nach § 51 InvStG bereits ab dem 1.12.2022, in den anderen fondsrelevanten Bundesländern ab dem 1.1.2023 elektronisch abgegeben werden können.³²⁶

b) Dezentrale und zentrale Datenbanken und Register

Durch die Besonderheiten des Investmentrechts, erinnert sei an das Investmentdreieck, ist der Vollzug des Investmentsteuerrechts in besonderem Maße auf einen intensiven Austausch der darin einbezogenen Stellen angewiesen. Im Gesetz findet diese informatorische Verwobenheit in Bescheinigungspflichten und Nachweiserfordernissen vielfach Ausdruck. Exemplarisch zu nennen sind § 9 InvStG bei steuerbegünstigten Anlegern oder § 20 Abs. 4 InvStG, wonach der Anleger das Vorliegen der Voraussetzungen der jeweiligen Teilfreistellungssätze nachweisen muss. Dazu benötigt der Anleger Informationen, die ihm nur die Kapitalverwaltungsgesellschaft vermitteln kann und von dieser dazu Nachweise in einem Format, das wiederum zur Vorlage an die Finanzbörden geeignet ist. Will der Anleger Kapitalertragsteuer anrechnen, benötigt er eine Steuerbescheinigung, zu deren Ausstellung beispielhaft die Depotbank, im Einzelfall aber auch andere verpflichtete Stellen berufen sein können. Diese wiederum benötigen die nach § 45b EStG auf der Steuerbescheinigung über einbehaltene Kapitalertragsteuer auszuweisenden Angaben. Die Liste der zwischen den Beteiligten zur Erfüllung der ihnen durch das Investment-, das Einkommen-, das Körperschaft- und das Gewerbesteuerrecht jeweils zugewiesenen Steuerinformations(austausch-)pflichten ist lang. Sie erfasst auch die neuen aufwendig zu ermittelnden Nachweiserfordernisse für die Kapitalertragsteueranrechnung nach § 36a EStG und § 31 Abs 3 InvStG. Einen Überblick vermittelt die durch das Statistische Bundesamt für den Zweck der Erfüllungsaufwandsschätzung

³²⁶ Entwurf eines Schreibens über den Anwendungszeitpunkt der neuen Vordrucke zur Erklärung der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 51 InvStG v. 12.10.2022 - IV C 1 - S 1980-1/19/10071:011.

erstellte Tabelle der mit der Investmentbesteuerung verbundenen Steuerinformationspflichten.

Der Gesetzgeber könnte den bereits begonnenen Prozess der Einrichtung zentraler Register und Datenbanken stärker vorzeichnen und über eine gemeinsame Datenbank für die Zwecke des Kapitalertragsteuerabzugs und der Investmentbesteuerung nachdenken, aus der alle beteiligten Stellen die jeweils zu ihrem Beitrag am arbeitsteiligen Prozess des Vollzugs der Investmentbesteuerung benötigten Informationen abrufen und umgekehrt einstellen können. Exemplarisch zu nennen sind die nach §§ 7 Abs. 3 Satz 1 und 29 Abs. 2 InvStG an die entrichtungspflichtigen Stellen zu übermittelnden und von diesen auf Echtheit zu prüfenden Statusbescheinigungen, die Anträge auf Erstattung nach § 7 Abs. 5 Satz 1 InvStG, weiter die Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 InvStG sowie der Investmentanteil-Bestandsnachweis durch die depotführende Stelle nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 InvStG, die Mitteilung des Anbieters eines Altersvorsorge- und Basisrentenvertrags über Anteilerwerbe und -veräußerungen an den Investmentfonds nach § 7 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG, die Nachweise nach § 10 Abs. 1 - 3 InvStG, der Nachweis des steuerbegünstigten Status durch den Anleger nach § 10 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 InvStG, die Erklärung des Anbieters eines Altersvorsorge- und Basisrentenvertrags gegenüber dem Investmentfonds nach § 10 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 InvStG, die Mitteilung des Anlegers an den Investmentfond bei Wegfall der Steuerbefreiung oder Übertragung der Anteile auf anderen Anleger nach § 13 Abs. 1 InvStG, die Erklärung des Spezial-Investmentfonds gegenüber der Verwahrstelle über das Ausstellen von Steuerbescheinigungen an den Anleger (Inanspruchnahme der Transparenzoption) nach § 30 Abs. 1 InvStG, das Ausstellen von Steuerbescheinigungen für die Anleger eines Spezial-Investmentfonds nach §§ 31 Abs. 1 und 33 Abs. 1 InvStG oder die Bekanntmachung der Fondsgewinne gegenüber den Anlegern nach § 48 Abs. 1 InvStG. Ein Einsatz von Blockchaintechnologie ist dazu nicht erforderlich.

Die Investmentanteile selbst sollten in eine solche, zweckmäßig beim Bundeszentralamt für Steuern anzusiedelnde zentrale Datenbank nicht einbezogen werden. Erst im Zusammenspiel dezentraler Register und einer Steuerinformationsdatenbank könnten sich daher weitergehende Möglichkeiten zur Vereinfachung des Investmentsteuerrechts ergeben. Hierzu könnte die Blockchaintechnologie einen Beitrag leisten und ein System ermöglichen, in das die Kapitalverwaltungsgesellschaften, die Verwahrstellen, die Anleger und die Finanzbehörden eingebunden werden könnten. In einem solchen System könnten nicht nur Investmentanteile zu jedem Zeitpunkt einem Anleger zugeordnet werden,³²⁷ es würde auch eine quasi-dingliche Verknüpfung von Anrechnungsguthaben, aber auch latenter Lasten aus späteren nachträglichen Änderungen der Steuererhebung erlauben.

Der im Schrifttum bereits unterbreitete Vorschlag, eine solche Datenbank als dezentrale Datenbank unter Einsatz der Blockchaintechnologie einzurichten,³²⁸ könnte die ebenfalls dort bereits beschriebenen Vorzüge der größeren Verlässlichkeit haben. Vor allem aber kann eine Ausgestaltung als dezentrales Register unter Einsatz von Blockchain- und anderen Distributed Ledger-Technologien auch die Grundlage für einen automatisierten dezentralen Vollzug bilden,³²⁹ für den das Investmentsteuerrecht prädestiniert wäre. Denkbar wäre insbesondere, den Kapitalertragsteuerabzug durch Smart Contract-Technologien zu strukturieren.³³⁰

³²⁷ Hoch, *StuW* 2020, 234, 247.

³²⁸ Hoch, *StuW* 2020, 234, 247.

³²⁹ Dazu Anzinger, *DStJG* 42 (2019), 15, 50; ähnlich Hoch, *StuW* 2020, 234, 247.

³³⁰ Hoch, *StuW* 2020, 234, Risse/Gries, *beck.digitax* 2020, 388; Anzinger, *DStJG* 42 (2019), 15, 50 f.

Der Gesetzgeber sollte aber nicht zuwarten, bis entsprechende Technologien und die zu ihrer Implementierung notwendigen Entwicklungskapazitäten verfügbar sind, sondern Entwicklungsschritte vorzeichnen, die auch mit einfachen Lösungen einen schnellen Einstieg in effizientere Formen des Steuerinformationsaustausches ermöglichen. Einen geeigneten Anknüpfungspunkt könnten bewährte Formate zentraler Register beim Bundeszentralamt für Steuern bilden.

c) Digitale Gesetze und automatisierter Vollzug

Das Investmentsteuerrecht bietet sich wie das Kapitalertragsteuerrecht besonders an, um den bereits im Lohnsteuerrecht begonnen Weg hin zu vollautomatisch anwendbaren Gesetzen fortzuentwickeln.³³¹ Dazu könnten in einem ersten Schritt gemeinsam durch die Finanzbehörden, die Kapitalverwaltungsgesellschaften und die Kreditinstitute Programmablaufpläne nach dem Vorbild des Programmablaufplans für die maschinelle Berechnung der Lohnsteuer aufgestellt werden. Der Gesetzgeber könnte vorbereitend eine der Vorschrift des § 39b Abs. 6 EStG entsprechende Vorschrift bei den §§ 44 oder 45a EStG und bei § 31 InvStG vorsehen.

Auf dieser Grundlage könnten eine arbeitsteilig-automatisierte Deklaration und Verifikation im Zusammenwirken der Kapitalverwaltungsgesellschaften, der Verwahrstellen, der weiteren kapitalertragsteuerabzugsverpflichteten Stellen, der Anleger und der Finanzbehörden entwickelt werden, der mit der Herausbildung neuer Investmentmodelle auf zunehmend dezentralisierten Finanzmärkten, der Entwicklung neuer Kapitalverwaltungsmodelle durch FinTech-Unternehmen und dem wachsenden Feld der Kryptowertanlagen Schritt halten kann.

V. Zusammenfassung

Für die im Massenfallrecht der Anlegerbesteuerung besonders bedeutsamen Investmentfonds hat das InvStG 2018 sein Ziel einer rechtlichen und administrativen Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands erreicht. Der Umgang zum Trennungsprinzip hat die rechtliche Komplexität und die Reduktion der Berichts- und Qualifikationselemente den administrativen Aufwand verringert. Relativiert wurden die Vereinfachungswirkungen durch die unterschiedlichen Teilfreistellungssätze und die Rückausnahmen bei steuerbegünstigten Anlegern.

Die Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung der Besteuerung der Investmentfonds und ihrer Anleger und zur weiteren Reduktion des administrativen Aufwands hängen wesentlich von Faktoren außerhalb des Investmentsteuerrechts ab, solange das Ziel der Gleichbehandlung mit der Direktanlage nicht aufgegeben werden soll. Deshalb ließen sich die Teilfreistellungssätze nur dann spannungsfrei in den Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Typisierung vollständig vereinheitlichen, wenn auch bei der Direktanlage eine einheitliche Behandlung der unterschiedlichen Formen der Kapitalerträge hergestellt würde. An unterschiedliche Vorbelastungen in- und ausländischer Fonds anknüpfende Differenzierungen oder solche zwischen betrieblichen und privaten Anlegern sind dabei zwar grundsätzlich zulässig, in ihren Vereinfachungswirkungen dem geltenden Recht aber nicht evident überlegen. Für steuerbegünstigte Anleger könnte allenfalls erwogen werden, diese in einer Fondskategorie zu konzentrieren, die sich, wie die in § 10 InvStG vorgesehene Form, ausschließlich an steuerbegünstigte Anleger richtet. Das System der Vorabpauschale sollte beibehalten und weiterentwickelt werden.

³³¹ Anzinger, DStJG 42 (2019), 15, 32; Reimer, DStJG 42 (2019), 97.

Bei Spezial-Investmentfonds zeigen sich hingegen verschiedene Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung der geltenden Regeln, um den administrativen Aufwand für die Wirtschaft, die Bürger und die Finanzverwaltung zu reduzieren. Der Gesetzgeber könnte insbesondere in Erwägung ziehen, die Vorschriften über die Anlagebedingungen in § 26 Nr. 4 - 6 zu streichen und damit einen Gleichlauf zwischen dem Aufsichtsrecht und dem Investmentsteuerrecht herstellen. Er könnte weiter vereinfachte Berichtspflichten für Ein-Anleger-Spezial-Investmentfonds vorsehen und damit für eine große Gruppe dieser Fonds eine administrative Vereinfachung bewirken. Am Übergang vom Ertragsausgleichsverfahren zur besitzanteiligen Zurechnung sollte der Gesetzgeber schon im Interesse der Stetigkeit festhalten. Spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften ließen sich nur um den Preis der parallelen Streichung besonderer Vergünstigungsvorschriften, etwa des Thesaurierungsprivilegs bei Spezial-Investmentfonds streichen.

Übergreifendes Vereinfachungspotential besteht in den Übergangsregeln, die der Gesetzgeber noch weiterentwickeln könnte. Erhebliches Potential besteht schließlich in den Möglichkeiten der Digitalisierung. Hier sollte der Gesetzgeber dringend zumindest den ersten Schritt eines Medienwandels anstoßen, damit der Grundstein für weitere Schritte gelegt ist, um besonders im Investmentsteuerrecht sich aufdrängende Möglichkeiten für den Einsatz zentraler und dezentraler Register und des automatisierten Vollzugs anstoßen zu können.

In der Praxis besteht weiter ein erhebliches Bedürfnis, das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds i. S. d. Kapitel 3 des InvStG 2018 beizubehalten. Es speist sich nur zum Teil aus günstigeren Steuerbelastungswirkungen, etwa aus dem Thesaurierungsprivileg, wird aber wohl noch stärker durch die Wahrnehmung einer höheren Flexibilität genährt. Wollte der Gesetzgeber längerfristig beide Systeme zusammenführen, müsste er die Attraktivität der Investmentfonds weiter erhöhen oder die der Spezial-Investmentfonds durch einen Abbau damit verbundener Vorteile verringern. Verlässliche Informationen zur Anzahl der Fonds, die zuvor die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nach § 15 InvStG 2004 oder nach § 26 InvStG erfüllt haben und in die Form eines Investmentfonds nach Kapitel 2 gewechselt sind, ließen sich nicht erheben.