

von Ronald Buge, P+P Pöllath + Partners

Der Koalitionsvertrag der derzeit amtierenden Großen Koalition aus dem Jahr 2013 sieht eine „grundlegende Reform der Investmentbesteuerung“ vor. Gleichwohl waren wesentliche konzeptionelle Fragen hierzu innerhalb der Finanzverwaltung lange Zeit ungeklärt bzw. umstritten. Aufgrund des nahenden Endes der Legislaturperiode erfuhr dieses Projekt jedoch eine ungeahnte Dynamik, die sich auch im Gesetzgebungsverfahren widerspiegelte. Nach allerersten, noch inoffiziellen Entwürfen vom Januar 2015 wurde im Juli 2015 ein Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung vorgelegt (siehe dazu auch den BAI-Newsletter IV/2015). Am 16. Dezember 2015 folgte der Referentenentwurf und bereits am 24. Februar 2016 der Regierungsentwurf. Nachstehend soll der Inhalt des Entwurfs überblicksartig beleuchtet werden.

## I. Entwicklung

Das Investmentsteuergesetz wird von der Finanzverwaltung schon seit längerem argwöhnisch beäugt. Zu kompliziert sei es, eine Materie, die nur wenige Fachleute verstünden und die geradezu zum Missbrauch einlade. Schon seit Jahren sollte es daher eine Reform des Investmentsteuerrechts geben. Es zeigte sich aber, dass es gar nicht so einfach war, ein neues Investmentsteuerrecht zu „erfinden“. Denn aller – zweifellos vorhandenen – Komplexität zum Trotz handelte es sich bei dem geltenden Investmentsteuerrecht um ein seit nunmehr über 50 Jahren gewachsenes System, das in der Praxis durchaus funktionierte. Und die meisten von der Finanzverwaltung beklagten Missstände im Investmentsteuerrecht waren bereits bereinigt. Eine behutsame Weiterentwicklung des bestehenden Systems wäre also durchaus eine Überlegung wert gewesen.

Allerdings war das Investmentsteuerrecht immer auch eine Annexmaterie für aufsichtsrechtliche Vorschriften über regulierte Investmentfonds. Dies war unter der Ägide des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften sowie des Ausland-Investmentgesetzes besonders augenfällig, weil die (investment-)steuerlichen Regelungen unmittelbar in diesen Gesetzen enthalten waren. Aber auch

nach 2004 beschränkte sich der Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes im Wesentlichen auf Anteile an (in- und ausländischen) Investmentvermögen im Sinne des Investmentgesetzes. Diese Bindung zwischen Aufsichts- und Steuerrecht war der Finanzverwaltung zunehmend suspekt. Eines der ersten Ziele, die eine Investmentsteuerreform verfolgen sollte, war denn auch eine Loslösung vom Aufsichtsrecht.

Gleichwohl wurde die Steuergesetzgebung hier gleichsam von den aufsichtsrechtlichen Entwicklungen „übertumpelt“. Denn die Umsetzung der sog. AIFM-Richtlinie führte zu einer grundlegenden Neuausrichtung des Investment-(aufsichts)rechts in Deutschland. Das Investmentgesetz wurde aufgehoben und ging in dem neu geschaffenen Kapitalanlagegesetzbuch auf, das einen deutlich erweiterten Anwendungsbereich hat und sämtliche offenen und geschlossenen Fonds (OGAW und Alternative Investmentfonds) erfasst. Der Steuergesetzgeber reagierte hierauf lediglich mit einer Übergangslösung, dem AIFM-Steueranpassungsgesetz. Mit diesem Gesetz sollte der bisherige Status Quo bei der Investmentbesteuerung aufrechterhalten werden. Allerdings zeigte sich hier auch, dass möglicherweise grundlegendere Umgestaltungen des Investmentsteuerrechts erforderlich waren.

Diesen Gedanken griff der Koalitionsvertrag von 2013 auf, wengleich konzeptionelle Fragen nach wie vor offen waren. Nunmehr hat sich die Finanzverwaltung mit dem Entwurf des Investmentsteuergesetzes aber festgelegt. Nach dem Entwurf soll das bisherige System der Investmentbesteuerung nur noch für Spezialfonds gelten. Für alle übrigen Fonds – mit Ausnahme von Fonds in der Rechtsform von Personengesellschaften – wird hingegen ein vollkommen neues Besteuerungssystem eingeführt, das zum einen europarechtskonform sein und zum anderen durch Pauschalierungen die Investmentbesteuerung deutlich vereinfachen soll.

## II. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen aus Streubesitz

Eine Sonderstellung im Rahmen der Investmentsteuerreform nahm die Problematik der Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Streubesitzanteilen (Beteiligungen von weniger als 10 %) an Kapitalgesellschaften ein (§ 8b KStG). Diese Problematik war durch das sog. EuGH-Dividenden-Umsetzungsgesetz besonders virulent geworden. Es gab zwar bereits im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 einen Versuch, die Steuerbefreiung für Dividenden und Veräußerungsgewinne bei Streubesitzbeteiligungen abzuschaffen. Dieser konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Aufgrund des EuGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 (Rs. C 284/09) geriet die Bundesrepublik Deutschland jedoch unter Zugzwang und schaffte mit dem EuGH-Dividenden-Umsetzungsgesetz mit Wirkung vom 1. März 2013 die Steuerbefreiung für Streubesitzdividenden ab. Die Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne blieb jedoch erhalten.

Die Bundesländer übten gleichwohl starken politischen Druck aus, auch diese Steuerbefreiung bei Streubesitzbeteiligungen abzuschaffen, konnten sich jedoch im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2013 damit nicht durchsetzen. Im Rahmen einer Protokollerklärung zum Vermittlungsergebnis beim EuGH-Dividenden-Umsetzungsgesetz tauchte erstmals die Formulierung auf, dass „im Zusammenhang mit der grundlegenden Reform der Investmentbesteuerung die künftige steuerliche Behandlung von Veräußerungsgewinnen aus Streubesitz erneut ergebnisoffen aufgegriffen“ werde. Eine nahezu identische Formulierung findet sich im Koalitionsvertrag von 2013.

Damit wurde dieser Problembereich mit der Investmentsteuerreform verknüpft, obwohl beide eigentlich kaum miteinander zusammenhängen. Die Probleme des Investmentsteuerrechts lagen nicht primär im Bereich der Steuerbefreiung gem. § 8b KStG für Veräußerungsgewinne aus Streubesitz. Umgekehrt hätte zwar eine Abschaffung dieser Steuerbefreiung zwingend Folgeänderungen im Investmentsteuergesetz erfordert. Dafür hätte es aber nicht einer „großen“ Investmentsteuerreform bedurft.

Gemäß dem Auftrag aus dem Koalitionsvertrag enthielt denn auch der Diskussionsentwurf für das Investment-

steuerreformgesetz vom Juli 2015 eine entsprechende Regelung zur Steuerpflicht für Veräußerungsgewinne aus Streubesitz, allerdings – ebenfalls den Vorgaben des Koalitionsvertrages folgend – mit einer recht komplizierten und auch europarechtlich bedenklichen Sonderregelung für den Bereich der Business Angels und Startups.

Die vorgeschlagene Regelung stieß jedoch nicht nur bei den Verbänden auf scharfe Kritik, sondern ebenfalls in der Politik. Zudem kamen auch in der Finanzverwaltung selbst Zweifel über deren Sinnhaftigkeit auf.

Erfreuliches Ergebnis ist, dass dieser Regelungsvorschlag im Referenten- und Regierungsentwurf ersatzlos gestrichen wurde. Veräußerungsgewinne aus Streubesitz bleiben damit nach wie vor (nahezu) körperschaftsteuerfrei. Damit sollte diese Thematik zumindest bis zur nächsten Bundestagswahl „vom Tisch“ sein. Ob sie danach erneut aufgegriffen wird, lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nur schwer abschätzen.

## III. Das neue Besteuerungssystem

Die „eigentliche“ Investmentsteuerreform verfolgt im Wesentlichen folgende Ziele:

- Loslösung des Steuerrechts vom Aufsichtsrecht
- Vereinfachung der Investmentbesteuerung durch Pauschalierung
- Europarechtskonformität
- Bekämpfung missbräuchlicher Gestaltungen

Hierzu wurde ein vollkommen neues System der Besteuerung geschaffen.

### 1. Anwendungsbereich

Zunächst soll der Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes grundlegend neu geregelt werden. Erfasst werden sollen zum einen Investmentvermögen im Sinne des Kapitalanlagegesetzbuches (einschließlich sog. Konzern-AIF i. S. v. § 2 Abs. 3 KAGB), zum anderen aber auch sog. Ein-Anleger-Fonds (die gerade keine Investmentvermögen im Sinne des Kapitalanlagegesetzbuches sind), sowie 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.

Hiervon gibt es allerdings einige gewichtige Ausnahmen:

- Die praktisch wichtigste Ausnahme dürften Personengesellschaften sein. Dies soll lediglich dann nicht gelten, wenn es sich bei der Personengesellschaft um einen OGAW oder einen Altersvorsorgevermögensfonds handelt. Damit sind die meisten geschlossenen Fonds vom Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes ausgenommen. Für sie gelten – wie schon bisher – die allgemeinen Regelungen über die Besteuerung von Personengesellschaften.
- Ferner sind Investmentvermögen ausgenommen, auf die gem. § 2 Abs. 1 und 2 KAGB das Kapitalanlagegesetzbuch nicht anzuwenden ist, Unternehmensbeteiligungsgesellschaften im Sinne des UBGG, in- und ausländische REITs im Sinne des REIT-Gesetzes sowie Kapitalbeteiligungsgesellschaften, die im öffentlichen Interesse mit Eigenmitteln oder mit staatlicher Hilfe Beteiligungen erwerben. Diese Ausnahmeregelungen, insbesondere im Hinblick auf REITs, sind ausnahmslos zu begrüßen.

Es gibt aber auch eine sehr wichtige Rückausnahme: In- und ausländische Sondervermögen gelten kraft gesetzlicher Fiktion nicht als Personengesellschaften und fallen damit in den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes. Damit wird auch eine Streitfrage beantwortet, die bislang durch das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz nur unzureichend gelöst wurde: Nämlich die (investment-)steuerliche Behandlung insbesondere auch ausländischer Sondervermögen. Leider dürfte diese Lösung in vielen Fällen nicht mit der bisherigen Praxis im Einklang stehen.

Im Ergebnis werden damit vor allem Investmentvermögen (einschließlich der sog. Ein-Anleger-Fonds) in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften oder Sondervermögen in den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes fallen.

Das Gesetz verwendet für die Gesamtheit der vom Investmentsteuergesetz erfassten Vehikel den Begriff „Investmentfonds“. Diese Begriffswahl ist etwas misslich, weil der Terminus „Investmentfonds“ bereits im derzeit geltenden Recht mit einer besonderen Bedeutung ver-

wendet wird. Sofern im Folgenden daher der Begriff „Investmentfonds“ verwendet wird, handelt es sich dabei immer um die Begrifflichkeit des Investmentsteuerreformgesetzes, sofern nichts Abweichendes angegeben ist.

## 2. Unterscheidung zwischen Spezial- und Publikumsfonds

Das Gesetz unterscheidet bei der Besteuerung sodann zwischen Spezial-Investmentfonds und „Publikumsfonds“. Wobei der Begriff „Publikumsfonds“ etwas irreführend ist, weil hierunter auch Investmentfonds fallen können, die sich nur an professionelle oder semiprofessionelle Anleger richten.

Das (intransparente) Besteuerungsregime für „Publikumsfonds“ stellt vielmehr den Grundtatbestand der neuen Investmentbesteuerung dar. Spezial-Investmentfonds haben hingegen eine sog. Transparenzoption. Diese erlaubt es Spezial-Investmentfonds, das bisherige System der eingeschränkten Transparenz (§§ 2 - 17 InvStG) fortzuführen. Die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds entsprechen im Wesentlichen denjenigen eines Investmentfonds nach derzeit geltendem Recht (§ 1 Abs. 1b InvStG, sog. steuerliche Produktregulierung), wurden aber an einigen Punkten deutlich modifiziert.

Im Ergebnis fallen damit sämtliche offenen Publikumsfonds (sowohl OGAW wie z. B. Aktienfonds, aber auch offene Immobilienfonds) unter das Besteuerungsregime für „Publikumsfonds“. Hierunter können aber auch geschlossene Vehikel fallen, die typischerweise nur an institutionelle Investoren (professionelle und semiprofessionelle Anleger) vertrieben werden, wie etwas luxemburgische SICAV-SIFs. Unter das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds dürften im Wesentlichen nur die Fonds fallen, die bereits jetzt die sog. steuerliche Produktregulierung (§ 1 Abs. 1b InvStG) und die Voraussetzungen für einen Spezialfonds (§§ 15, 15a, 16 InvStG) erfüllen.

Der Grundtatbestand der Investmentbesteuerung für „Publikumsfonds“ geht zunächst von einer Intransparenz der Investmentfonds aus, d. h. es wird klar zwischen der Ebene des Investmentfonds und der des Anlegers unterschieden.

Der Investmentfonds selbst unterliegt nur mit bestimmten Einkünften aus Quellen im Inland der (beschränkten) Körperschaftsteuerpflicht. Dies gilt sowohl für in- als auch für ausländische Investmentfonds. Gewerbesteuer fällt nur in bestimmten Konstellationen an.

Der Anleger eines Investmentfonds hat im Wesentlichen drei mögliche Arten von Einkünften aus Investmentfonds:

- Ausschüttungen;
- die sog. Vorabpauschale, mit der pauschal thesaurierte Gewinne erfasst werden sollen; und
- Gewinne (oder Verluste) aus der Veräußerung (oder Rückgabe) des Investmentanteils.

Die vorstehenden Besteuerungsregeln gelten auch für Spezial-Investmentfonds, sofern diese nicht die Transparenzoption gewählt haben.

Nachstehend werden einige ausgewählte Aspekte beider Besteuerungssysteme näher beleuchtet.

## IV. Investmentfonds

### 1. Besteuerung auf Ebene des Investmentfonds

Aufgrund des Anwendungsbereichs des neuen Investmentsteuerrechts werden ohnehin fast nur noch körperschaftlich strukturierte Gebilde von der Investmentbesteuerung erfasst. Gleichwohl enthält das Gesetz eine Fiktion, wonach Investmentfonds als Zweckvermögen i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG bzw. Vermögensmassen i. S. v. § 2 Nr. 1 KStG gelten. Dies hat besondere Bedeutung für Sondervermögen und vergleichbare ausländische Rechtsformen. Diese gelten zunächst kraft Fiktion nicht als Personengesellschaften, so dass sie in den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes fallen (siehe oben). In einem zweiten Schritt werden sie kraft Fiktion zu Zweckvermögen (bei inländischen Sondervermögen) bzw. Vermögensmassen (bei ausländischen Sondervermögen).

Erfreulicherweise wurde die Abgrenzung zwischen in- und ausländischen Investmentfonds gegenüber dem Diskussionsentwurf deutlich vereinfacht: inländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der inländischem Recht unterliegt; ausländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ausländischem Recht unterliegt.

Auf eine Betriebsstätte oder den Ort der Geschäftsleitung kommt es nicht mehr an. Zwar dürften sich einige Probleme, die bislang einer grenzüberschreitenden Verwaltung von Investmentvermögen aus steuerliche Sicht im Wege standen, damit lösen. Andererseits zeigt ein Blick auf die Rechtsfolgen, dass die Auswirkungen nicht so stark sind bzw. einige Probleme weiterhin bestehen bleiben. Investmentfonds sollen nämlich mit bestimmten Einkünften aus Quellen im Inland (beschränkt) steuerpflichtig werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um in- oder ausländische Investmentfonds handelt. Zu diesen Einkünften zählen:

- inländische Dividenden (einschließlich Dividendenkompensationszahlungen)
- Erträge aus inländischen Grundstücken, d. h. sowohl laufende Erträge aus Vermietung und Verpachtung als auch Veräußerungsgewinne, allerdings unabhängig von einer etwaigen Haltedauer (m. a. W. auch außerhalb der zehnjährigen Haltedauer des § 23 EStG). Für den Immobilienbestand von Immobilienfonds, der bei Inkrafttreten des Gesetzes länger als 10 Jahre gehalten wurde, gilt allerdings Bestandsschutz.
- sonstige Einkünfte, die gem. § 49 Abs. 1 EStG der beschränkten Steuerpflicht im Inland unterliegen, allerdings mit Ausnahme von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften. Hierbei handelt es sich um eine – zu begrüßende – Änderung gegenüber dem Diskussionsentwurf. Eine Steuerpflicht derartiger Veräußerungsgewinne hätte einen massiven Nachteil für inländische Investmentfonds sowie bestimmte, nicht DBA-geschützte ausländische Investmentfonds bedeutet, die in Anteile (sowohl Aktien als auch Private Equity) an inländischen Kapitalgesellschaften investieren.

Hiermit beseitigt der Gesetzgeber einen der europarechtlichen Hauptkritikpunkte an dem bestehenden Investmentsteuerrecht, allerdings – wie in der Vergangenheit schon häufiger – um den Preis, dass nunmehr auch inländische Investmentfonds zumindest partiell steuerpflichtig sind.

Bedenklich scheint die gewählte Regelungstechnik allerdings im Hinblick auf Investments im Ausland von inländischen Investmentfonds. Denn es stellt sich die Frage,

ob inländische Investmentfonds noch als abkommensberechtigter angesehen werden können.

Während dies – wie nach derzeitigem Recht – für unbeschränkt steuerpflichtige, aber steuerbefreite Körperschaften weitgehend bejaht wird, wird eine lediglich auf Einkünfte aus Quellen im Inland beschränkte Steuerpflicht nach den meisten Doppelbesteuerungsabkommen nicht als Ansässigkeitsbegründend angesehen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 OECD-MA). Hier besteht nach wie vor Nachbesserungsbedarf, zumal diese Regelung in der Praxis von den jeweiligen Quellenstaaten autonom ausgelegt und angewendet werden wird.

## 2. Sonderproblem Gewerbesteuer bei Investmentfonds

Eine Sonderregelung hat die Gewerbesteuer erfahren, die allerdings mehr Fragen aufwirft als beantwortet. Denn nach dem Gesetzesentwurf wird zunächst nur eine Befreiung von der Gewerbesteuer geregelt. Im Einzelnen bestimmt das Gesetz, dass Investmentfonds für Gewerbesteuerzwecke als sonstige juristische Personen gelten (§ 2 Abs. 3 GewStG). Sie sind damit nicht kraft Rechtsform und auch nicht in vollem Umfang, sondern nur insoweit gewerbesteuerpflichtig, als sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten. Sodann bestimmt das Gesetz eine Gewerbesteuerbefreiung, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Erst im Nachgang wird – in gewisser Weise deklaratorisch – bestimmt, dass die gewerbliche Tätigkeit eines gewerbesteuerpflichtigen Investmentfonds einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bildet.

Diese Regelungstechnik ist zumindest ungewöhnlich und auch unsystematisch. Die an sich logisch vorrangige Frage, ob eine Gewerbesteuerpflicht dem Grunde nach besteht, regelt das Gesetz nur teilweise und konzentriert sich stattdessen auf die Gewerbesteuerbefreiung.

Die Regelungen des Gesetzesentwurfs zur Gewerbesteuer können daher nach unserer Auffassung nur als Ergänzung zu den allgemeinen Regelungen des Gewerbesteuergesetzes aufgefasst werden. Dies scheint ausweislich der Gesetzesbegründung – zumindest im Ausgangspunkt – wohl auch das Verständnis des Gesetzgebers zu sein.

Danach unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit für ihn im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird. Warum es insoweit allerdings der vielen – z. T. auch gedoppelten – Fiktionen bedarf, bleibt im Dunklen. Entscheidend muss somit sein, ob (i) der Investmentfonds einen Gewerbebetrieb im steuerlichen Sinne unterhält und (ii) für diesen Gewerbebetrieb eine Betriebsstätte im Inland besteht. Letzteres zeigt, dass die Abgrenzung zwischen in- und ausländischen Investmentfonds zumindest im Hinblick auf die Gewerbesteuer nicht weiterhilft, weil nach wie vor gefragt werden muss, ob und inwieweit auch ein ausländischer Investmentfonds eine Betriebsstätte im Inland unterhält. Umgekehrt dürfte jeder inländische Investmentfonds aufgrund seines Ortes der Geschäftsleitung bereits eine Betriebsstätte im Inland haben (vgl. § 12 Satz 2 Nr. 1 AO).

Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung wird man auf die allgemeinen Kriterien zurückzugreifen haben. Dabei muss es auf die konkret ausgeübte Tätigkeit ankommen. Für Private Equity Fonds sei insoweit auf das BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003 (BStBl. I 2004, S. 40) verwiesen. Eine Gewerblichkeit kraft Rechtsform scheidet aus, weil das Investmentsteuergesetz ausdrücklich bestimmt, dass Investmentfonds gewerbesteuerlich sonstige juristische Personen (§ 2 Abs. 3 GewStG) und damit keine Kapitalgesellschaften (§ 2 Abs. 2 GewStG) sind. Ferner dürfte es keine gewerbliche „Infektion“ geben. Es fehlt dafür schlicht an einer Rechtsgrundlage. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ist nicht anwendbar, weil diese Regelung nur für Personengesellschaften gilt, die aber gerade vom Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes ausgenommen sind. Zudem spricht die ausdrückliche Fiktion als sonstige juristische Person dagegen. Im Ergebnis scheint das auch der Gesetzgeber so zu sehen, wie die amtliche Begründung zeigt. Unklar ist allerdings, nach welchen Grundsätzen Tätigkeiten getrennt oder einheitlich beurteilt werden.

Interessanter ist die Frage der Gewerbesteuerbefreiung. Diese soll nur dann zu gewähren sein, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Das Verbot der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung wurde bereits mit dem AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz

eingeführt, ist aber derzeit Definitionsmerkmal für Investmentfonds nach geltendem Recht (vgl. § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG). Die Finanzverwaltung hat hierzu bereits mit BMF-Schreiben vom 3. März 2015 (BStBl. I 2015, S. 227) Stellung genommen. Dort hat das BMF klargestellt, dass die Begriffe „Gewerbebetrieb“ und „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ zwar nicht deckungsgleich seien. Liege allerdings kein Gewerbebetrieb vor, komme auch keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung in Betracht.

Basierend auf den Ausführungen des BMF dürfte namentlich bei Private Equity Fonds von einem Gleichlauf von gewerblicher Tätigkeit und aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung auszugehen sein. Im Hinblick auf Immobilienfonds enthält das BMF-Schreiben zwar einige Abgrenzungskriterien, die aber auch häufig auf die Gewerblichkeit abstellen. Lediglich bei der Anlage über Immobilien-Gesellschaften ist – ebenso wie nach derzeit geltendem Recht – eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung bereits kraft Gesetzes unschädlich.

Besonders problematisch ist dies in Bezug auf Infrastrukturinvestitionen. Hier dürfte häufig eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vorliegen. Es wäre daher wünschenswert, wenn auch für diesen Bereich eine Ausnahme geschaffen würde. Unabhängig davon ist angesichts der etwas komplexen Regelungszusammenhänge zu erwägen, Investmentfonds vollumfänglich von der Gewerbesteuer freizustellen.

### 3. Besteuerung auf Ebene des Anlegers

Das Ziel der Steuervereinfachung wurde vor allem auf Ebene des Anlegers umgesetzt, indem in weitem Umfang mit Pauschalierungen gearbeitet wurde. Wie bereits dargestellt, sind auf Ebene des Anlegers eines Investmentfonds im Wesentlichen drei mögliche Arten von Einkünften zu versteuern, die vom Gesetz als Investmenterträge bezeichnet werden: Ausschüttungen, Vorabpauschalen und Gewinne aus der Veräußerung oder Rückgabe des Anteils.

Größtes Problem im Hinblick auf Ausschüttungen ist, dass es keine Differenzierung zwischen einer Ertragsausschüttung und einer Kapitalrückführung gibt. Dies ist ausweislich der Gesetzesbegründung auch so gewollt. Lediglich für die Liquidationsphase eines Investmentfonds

ist eine derartige Aufteilung vorgesehen. Die Gesetzesbegründung weist in diesem Zusammenhang allerdings auch darauf hin, dass anstelle einer Ausschüttung ggf. Anteilsrückgaben erfolgen könnten. Da der steuerpflichtige Rückgabegewinn der Differenz zwischen Rückgabepreis und Anschaffungskosten entspricht (siehe unten), könne auf diesem Wege eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung erfolgen.

Die Vorabpauschale soll pauschaliert thesaurierte Erträge eines Investmentfonds erfassen und auf Anlegerebene besteuern. Insoweit gibt es jedoch gegenüber dem derzeit geltenden System der Pauschalbesteuerung substantielle Verbesserungen für den Anleger. So wird der fiktive Wertzuwachs nicht mehr mit 6% p. a. unterstellt. Vielmehr ist ein sog. Basisertrag anzusetzen, der durch Multiplikation des Rücknahme- oder Marktpreises zu Beginn des Kalenderjahres mit 70 % des Basiszinssatzes gem. § 203 Abs. 2 BewG ermittelt wird. Der Basiszinssatz ist wiederum aus der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen abzuleiten (vgl. § 203 Abs. 2 Satz 1 BewG). Beinahe noch wichtiger ist aber, dass der Basisertrag auf den tatsächlichen Wertzuwachs des Investmentfonds in einem Kalenderjahr beschränkt ist. Die anzusetzende Vorabpauschale entspricht zudem nur der Differenz zwischen dem Basisertrag und den tatsächlichen Ausschüttungen. Übersteigen die Ausschüttungen den Basisertrag, ist keine Vorabpauschale anzusetzen.

Die Vorabpauschale kann besonders für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen problematisch werden. Diese können Rückstellungen für Beitragsrückerstattungen auch steuerlich wirksam abziehen. Allerdings sind diese Rückstellungen stets auf der Basis des handelsrechtlichen Ergebnisses zu ermitteln. Bei lediglich steuerlich wirksamen Ertragsbestandteilen käme es daher zu einer ungewollten Besteuerung von zukünftigen Leistungen an die Versicherten. Während dies im Diskussionsentwurf vom Juli 2015 noch nicht berücksichtigt war, hat der Gesetzgeber hier mit dem Regierungsentwurf nachjustiert. Eine Vorabpauschale ist dann nicht anzusetzen, wenn die Investmentanteile im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung, im Rahmen von „klassischen“ Lebensversicherungsverträgen und fondsgebundenen Lebensversicherungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 und 4 EStG) oder zur

Sicherung von Altersrückstellungen von Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen gehalten werden.

Zumindest die Bezugnahme auf die Bestimmungen in § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG scheint problematisch. Es ist nicht erkennbar, warum nicht auch das Halten von Investmentanteilen im Rahmen von sog. „Altverträgen“ (d. h. bis zum 31. Dezember 2004) begünstigt sein soll.

Im Hinblick auf die Gewinne aus der Veräußerung oder Rückgabe von Investmentanteilen gibt es relativ wenige Besonderheiten. Die Gewinnermittlung erfolgt durch Gegenüberstellung von Veräußerungs- bzw. Rückgabepreis mit den Anschaffungskosten. Somit können ggf. auch Verluste angesetzt werden. Um eine doppelte steuerliche Erfassung zu verhindern, ist der Veräußerungsgewinn um während der Besitzzeit angesetzte Vorabpauschalen zu mindern.

Um die steuerlichen Vorbelastungen auf vorgelagerten Ebenen (Investmentfonds, ggf. Zielgesellschaften) auf Ebene des Anlegers zu berücksichtigen, hat der Gesetzgeber eine sog. Teilfreistellung geschaffen, die für sämtliche Investmenterträge (d. h. Ausschüttungen, Vorabpauschalen, Veräußerungs- bzw. Rückgabegewinne) gilt und die von dem jeweiligen Fondstyp und teilweise auch vom Anleger abhängig sind:

- Die Aktienteilfreistellung beträgt bei Aktienfonds 80 % der Erträge für Körperschaften als Anleger (mit Ausnahme von Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen, bei denen die Investmentanteile den Kapitalanlagen zuzurechnen sind), 60 % bei natürlichen Personen, die die Investmentanteile in ihrem steuerlichen Betriebsvermögen halten und 30 % in allen übrigen Fällen, also insbesondere bei natürlichen Personen mit Investmentanteilen im Privatvermögen.
- Bei sog. Mischfonds ist die Hälfte der für Aktienfonds geltenden Teilfreistellung anzusetzen.
- Die Immobilienfreistellung beträgt bei Immobilienfonds grundsätzlich 60 %, bei Immobilienfonds, die überwiegend (d. h. zu mindestens 51 % ihres Wertes) in ausländische Immobilien (einschließlich mittelbar über Immobiliengesellschaften gehaltene ausländische Immobilien) investieren, 80 %.

Bei der Bestimmung der Fondskategorien orientiert sich der Gesetzesentwurf an den einschlägigen Verlautbarungen der BaFin:

- Als Aktienfonds gelten Investmentfonds, die mindestens 51 % ihres Wertes in Kapitalbeteiligungen anlegen, bei Mischfonds müssen dies mindestens 25 % sein. Ferner können Anteile an anderen Aktien- oder Mischfonds ihrerseits ebenfalls als Kapitalbeteiligungen qualifizieren. Auch an dieser Stelle hat es im bisherigen Verfahren deutliche Verbesserungen gegeben. Während nach dem Diskussionsentwurf bei Aktienfonds nur börsennotierte Aktien berücksichtigt werden sollten, fallen nach dem Regierungsentwurf nunmehr auch nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften unter den Begriff der Kapitalbeteiligung, wenn die betreffende Kapitalgesellschaft in ihrem Ansässigkeitsstaat einer Ertragsbesteuerung (bei Drittstaaten in Höhe von mindestens 15 %) unterliegt und nicht steuerbefreit ist. Damit können insbesondere auch Private Equity Fonds von der Aktienteilfreistellung profitieren.
- Als Immobilienfonds gelten Investmentfonds, die mindestens 51 % ihres Wertes in Immobilien oder Immobilien-Gesellschaften investieren. Auch insoweit können Anteile an anderen Immobilienfonds als Immobilien anzusehen sein.

Die Investmenterträge gehören bei natürlichen Personen, die die Investmentanteile in ihrem steuerlichen Privatvermögen halten, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen und unterliegen daher der Abgeltungsteuer. Bei natürlichen Personen, die die Investmentanteile in ihrem steuerlichen Betriebsvermögen halten, und bei Körperschaften als Anleger unterliegen die Investmenterträge zwar unter Berücksichtigung der Teilfreistellungen, im Übrigen aber ungemildert der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer. Insbesondere sind das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) bzw. die Steuerbefreiung gem. § 8b KStG nicht anzuwenden.

## V. Spezial-Investmentfonds

Besondere Besteuerungsregeln gelten für Spezial-Investmentfonds. Allerdings unterliegen auch Spezial-Investmentfonds und ihre Anleger im Grundsatz dem vorstehend dargestellten intransparenten Besteuerungsregime für „normale“ Investmentfonds. Sofern ein Spezial-Investmentfonds allerdings die sog. Transparenzoption ausübt, unterliegen er und seine Anleger einem transparenten Besteuerungsregime, das im Wesentlichen der bisherigen Investmentbesteuerung, d. h. der derzeit geltenden Besteuerung für Investmentfonds i. S. v. § 1 Abs. 1b InvStG, entspricht.

Es ist jedoch klar erkennbar, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Regelungen in größtmöglichem Umfang beschränken möchte. So ist insbesondere ein Wechsel von der intransparenten Besteuerung in das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds ausgeschlossen. Ferner unterliegen Spezial-Investmentfonds so vielen Restriktionen, dass letztlich wohl nur die bereits bestehenden deutschen Spezialfonds institutioneller Investoren (z. B. Versicherern, Pensionskassen, Versorgungswerken) erfasst sind.

Im Einzelnen müssen Spezialfonds die schon bislang geltende sog. steuerliche Produktregulierung erfüllen (derzeit § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG). Allerdings gibt es auch insoweit einige wichtige Änderungen. So ist die Börsennotierung nicht mehr einem Rückgaberecht gleichgestellt. Ferner wird der Wertpapierbegriff dahingehend präzisiert, dass es sich um Wertpapiere im Sinne von § 193 KAGB handeln muss. Dies führt einerseits zu einer inhaltlichen Verschärfung der Anforderungen gegenüber der bisherigen Verwaltungspraxis, andererseits bringt die geplante Änderung ein Mehr an Rechtssicherheit hinsichtlich der Merkmale, die Anlageinstrumente haben müssen, um als Wertpapiere zu qualifizieren. Im Ergebnis gelten hinsichtlich Anlagen in Wertpapieren damit die gleichen Anforderungen wie für OGAW-Fonds. Diese ergeben sich aus der sog. „Eligible Assets-Richtlinie“ (Richtlinie 2007/16/EG). Danach können insbesondere auch Beteiligungen an geschlossenen Fonds als Wertpapiere zu behandeln sein, wenn sie bestimmte Merkmale aufweisen. Diese Möglichkeit ist für Spezial-Investmentfonds von besonderer Bedeutung, nachdem Beteiligungen an

gewerblichen Personengesellschaften durch die Einführung der steuerlichen Produktregulierung nicht mehr ohne weiteres zu den spezialfondsfähigen Anlagen gehören. Positiv ist schließlich zu bemerken, dass – wie schon nach derzeitigem Recht – bis zum 28. November 2013 erworbene Unternehmensbeteiligungen i. S. d. aufgehobenen Investmentgesetzes weiterhin steuerunschädlich gehalten werden können.

Ferner wurden die bisherigen Voraussetzungen für Spezialfonds (maximal 100 Anleger, die keine natürlichen Personen sind) übernommen und modifiziert. Insbesondere die bisherige Praxis, natürliche Personen mittelbar über (vermögensverwaltende) Personengesellschaften an Spezialfonds zu beteiligen, ist dabei ins Visier des Gesetzgebers geraten. So erfolgt zukünftig im Hinblick auf die Anzahl der Anleger eine Durchschau durch Personengesellschaften. Was die Beteiligung natürlicher Personen an betrifft, differenziert der Entwurf: erstmals ist eine auch unmittelbare Beteiligung natürlicher Personen möglich, wenn die Spezial-Investmentanteile im Betriebsvermögen gehalten werden oder eine Beteiligung natürlicher Personen aufsichtsrechtlich erforderlich ist. Insbesondere die erste Alternative dürfte in der Praxis aber vor allem bei mittelbaren Beteiligungen über gewerbliche Personengesellschaften relevant werden.

Darüber hinaus wird eine Übergangsregelung für mittelbar (über vermögensverwaltende Personengesellschaften) von natürlichen Personen gehaltene Spezial-Investmentanteile geschaffen. Damit sollen natürliche Personen, die ihre Anteile im Privatvermögen halten, mittelfristig von der Anlage in Spezial-Investmentfonds ausgeschlossen werden. Die Übergangsregelung ist dabei in Abhängigkeit vom Erwerbszeitpunkt ausgestaltet:

- Natürliche Personen, die ihre Anteile (mittelbar) vor der Beschlussfassung der Bundesregierung über den Gesetzesentwurf (also dem 24. Februar 2016) erworben haben, können ihre Anteile steuerunschädlich bis zum 1. Januar 2030 halten.
- Natürliche Personen, die ihre Anteile (mittelbar) nach der Beschlussfassung der Bundesregierung über den Gesetzesentwurf (also dem 24. Februar 2016), aber noch vor dem Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages erworben haben, können ihre Anteile hingegen steuerunschädlich nur bis zum 1. Januar 2020 halten.



Es ist insoweit unerheblich, auf welcher Ebene (natürliche Person oder Personengesellschaft) der Erwerb stattgefunden hat. Maßgeblich ist jeweils der spätere Zeitpunkt. Erfolgte z. B. der Erwerb des Anteils an der (zwischen geschalteten vermögensverwaltenden) Personengesellschaft noch vor dem 24. Februar 2016, erwarb die Personengesellschaft die Spezial-Investmentfondsanteile jedoch erst nach diesem Zeitpunkt (aber noch vor der Beschlussfassung des Deutschen Bundestages), endet der Bestandsschutz gleichwohl bereits am 1. Januar 2020. Überdies soll der Bestandsschutz auch für Rechtsnachfolger gelten, d. h. Erben müssen sich den Erwerb des Rechtvorgängers zurechnen lassen. Mit der Übergangsfrist soll diesen natürlichen Personen die Möglichkeit gegeben werden, ihre Beteiligung an dem Spezial-Investmentfonds so umzustrukturieren, dass sie den Anforderungen des Gesetzes genügt (z. B. über eine gewerbliche Personengesellschaft). In diesem Zusammenhang ist auch noch auf die Abschaffung des Bestandsschutzes für Alt-Investmentanteile hinzuweisen (siehe dazu unten).

## VI. Weitere wichtige Änderungen

### 1. Übergangsregeln

Das neue Investmentsteuerrecht soll grundsätzlich ohne Übergangsregelungen zum 1. Januar 2018 in Kraft treten. Damit kommt es zu diesem Tag zu einem Systemwechsel. Das Gesetz ordnet daher für den Ablauf des 31. Dezember 2017 eine fiktive Veräußerung und für den Beginn des 1. Januar 2018 eine fiktive (Neu-)Anschaffung der Investmentanteile an. Als Veräußerungspreis und Anschaffungskosten sind dabei der letzte im Kalenderjahr 2017 festgesetzte Rücknahmepreis bzw. in Ermangelung eines solchen der Börsen- oder Marktpreis anzusetzen. Der dabei entstehende fiktive Gewinn (oder Verlust) wird jedoch nicht sofort, sondern erst bei tatsächlicher Veräußerung oder Rückgabe des Investmentanteils (mit-)versteuert.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass dieser fiktive Gewinn bis spätestens zum 31. Dezember 2021 vom Anleger gesondert festgestellt werden muss. Hierzu muss der Anleger eine Erklärung zur gesonderten Feststellung abgeben. Bei einer inländischen depotführenden Stelle verwahrten Investmentanteilen hat allerdings die depotführende Stelle den fiktiven Gewinn zu ermitteln

und dem Anleger auf Antrag mitzuteilen.

Eine Besonderheit ergibt sich noch für (Alt-)Anteile, die von natürlichen Personen im Privatvermögen gehalten und vor dem Inkrafttreten der Abgeltungsteuer am 1. Januar 2009 erworben wurden. Diese unterliegen einem Bestandsschutz und können nach derzeitiger Rechtslage noch unbefristet steuerfrei veräußert werden. Diesen Bestandsschutz will der Gesetzgeber ab dem 1. Januar 2018 beenden. Betroffen werden sollen damit vor allem die sog. „Millionärsfonds“. Hierbei handelt es sich um in aller Regel luxemburgische Spezialfonds, die von vermögenden Privatpersonen vor Inkrafttreten der Abgeltungsteuer aufgelegt wurden, um in ihnen steuerfrei Veräußerungsgewinne thesaurieren und diese sodann zu einem späteren Zeitpunkt steuerfrei realisieren zu können. Der Gesetzgeber hatte versucht, diesen Gestaltungen bereits im Jahr 2007 einen Riegel vorzuschieben. Nichtsdestotrotz existiert eine nicht unerhebliche Anzahl derartiger Spezialfonds.

Bei der Beendigung dieses Bestandsschutzes hat der Gesetzgeber jedoch versucht, die zwischenzeitlichen verfassungsrechtlichen Entwicklungen, insbesondere die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle bei § 17 EStG und zur Verlängerung der Spekulationsfristen bei § 23 EStG, zu berücksichtigen, indem er die bis zum 31. Dezember 2017 entstandenen Wertsteigerungen steuerfrei belässt. Erst die ab dem 1. Januar 2018 eingetretenen Wertsteigerungen werden versteuert. Praktisch bedeutet dies, dass der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung per 31. Dezember 2017 bei bestandsgeschützten Alt-Anteilen endgültig steuerfrei bleibt.

Darüber hinaus werden Kleinanleger „geschont“. Für den Gewinn aus der Veräußerung oder Rückgabe von bestandsgeschützten Alt-Anteilen gilt nämlich ein besonderer Freibetrag von 100.000 Euro. Dieser steht zeitlich unbefristet zur Verfügung und ist jährlich gesondert festzustellen. Verluste aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen in Folgejahren erhöhen den Freibetrag sogar wieder. Im Ergebnis dürften damit tatsächlich nur die sog. Millionärsfonds von der Beendigung des Bestandsschutzes betroffen sein.

Wichtig ist allerdings, dass der Bestandsschutz für andere vor dem 1. Januar 2009 erworbene Kapitalanlagen (Anteile

an Kapitalgesellschaften und Kapitalforderungen, sofern es sich nicht um sog. Finanzinnovationen handelt) unverändert bleibt. Derartige Instrumente können daher auch nach dem 1. Januar 2018 weiterhin steuerfrei veräußert werden.

## 2. Verlängerung des Bestandsschutzes bei Alt-Investmentvermögen

Bereits im Zuge des AIFM-Steuer-Anpassungsgesetzes wurde das System der Investmentbesteuerung verändert. Zwar lebte die zuvor geltende Investmentbesteuerung in Form der Investmentfondsbesteuerung (nach derzeit geltendem Recht) weiter. Die Anforderungen an einen Investmentfonds (nach derzeit geltendem Recht, d. h. § 1 Abs. 1b InvStG) entsprechen jedoch nicht vollumfänglich den zuvor geltenden Voraussetzungen für in- und ausländische Investmentanteile nach dem (aufgehobenen) Investmentgesetz. Das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz enthält deshalb eine bis 2016 befristete Übergangsregelung, nach der Investmentvermögen, die noch die Voraussetzungen des (aufgehobenen) Investmentgesetzes erfüllen, auch dann als Investmentfonds angesehen werden, wenn sie die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1b InvStG nicht erfüllen. Bereits bei Erlass des AIFM-Steuer-Anpassungsgesetzes stand dahinter die Überlegung, dass bis zum Ablauf dieses Bestandsschutzes eine „große“ Investmentsteuerreform in Kraft getreten sei. Da dies nun nicht der Fall sein wird, wird dieser Bestandsschutz bis zum 31. Dezember 2017 verlängert, um einen mehrfachen Wechsel des Besteuerungssystems innerhalb weniger Jahre zu vermeiden.

## 3. Umsatzsteuer

Bereits seit längerem ist die Umsatzsteuer auf Verwaltungsleistungen für Investmentfonds umstritten. Das Umsatzsteuergesetz sah ursprünglich lediglich eine Steuerbefreiung für Investmentvermögen i. S. d. Investmentgesetzes vor. Mit Inkrafttreten der AIFM-Richtlinie keimte die Hoffnung auf, dass nunmehr auch die Verwaltung Alternativer Investmentfonds von der Umsatzsteuer befreit sein könnte. Denn nunmehr existiert auch insoweit eine europarechtlich harmonisierte Regulierung.

Der deutsche Gesetzgeber sah insoweit jedoch keinen Handlungsbedarf und passte diese Vorschrift im Zuge des AIFM-Steuer-Anpassungsgesetzes lediglich dahingehend

an, dass die Verwaltung von „Investmentfonds im Sinne des Investmentsteuergesetzes“ steuerfrei ist. Diese Regelung ist jedoch offenkundig europarechtswidrig. Denn die Mehrwertsteuersystemrichtlinie erfordert aufgrund des Grundsatzes der Neutralität der Mehrwertsteuer, dass gleichartige und im Wettbewerb stehende Tätigkeiten für Zwecke der Mehrwertsteuer auch gleich behandelt werden müssten. Die lediglich für ertragsteuerliche Zwecke getroffene Abgrenzung von Investmentfonds und Investitionsgesellschaften ist daher ein denkbar ungeeignetes Abgrenzungskriterium für die Differenzierung zwischen umsatzsteuerpflichtigen und umsatzsteuerfreien Verwaltungsleistungen.

Gleichwohl behielt der Gesetzgeber seine Linie auch noch in dem Diskussionsentwurf vom Juli 2015 und im Referentenentwurf vom Dezember 2015 bei. Diese sahen vor, die Umsatzsteuerbefreiung nur noch für die Verwaltung von OGAW und von Spezial-Investmentfonds im Sinne des neuen Rechts zu gewähren.

Allerdings hat der EuGH mit dem Urteil vom 9. Dezember 2015 in der Rechtssache *Fiscale Eenheid (C-595/13)* zum Begriff des „Sondervermögens“ im Sinne der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie Stellung genommen. Der EuGH betont dabei den in seiner ständigen Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsatz, dass die Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie den Mitgliedstaaten zwar eine gewisse Definitionsmacht einräume, welche Sondervermögen sie in den Anwendungsbereich der Steuerbefreiungsvorschrift einbezögen. Dieser Begriff umfasse jedoch in jedem Fall die europarechtlich harmonisierten OGAW und – aus Gründen der Wettbewerbsneutralität – auch solche Vermögen, die OGAW vergleichbar sind und mit ihnen im Wettbewerb stehen.

Dieses Urteil berücksichtigt der Gesetzgeber zwar nunmehr im Regierungsentwurf, allerdings nur in dem (scheinbar) unbedingt notwendigen Umfang. Steuerfrei soll nunmehr neben der Verwaltung von OGAW die Verwaltung von „mit diesen vergleichbaren Alternativen Investmentfonds im Sinne des § 1 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuches“ sein. Interessanterweise sollen diese Änderungen ebenfalls erst zum 1. Januar 2018 in Kraft treten – ein Grund hierfür ist nicht erkennbar. Vielmehr

ist die derzeitige Formulierung im Umsatzsteuergesetz offenkundig europarechtswidrig und gehört daher für alle noch offenen Fälle geändert.

Die Gesetzesbegründung enthält sodann sieben Merkmale, anhand derer zu bestimmen sei, wann ein AIF einem OGAW vergleichbar sei. Die Vergleichbarkeit soll voraussetzen, dass

- diese Fonds einer vergleichbaren besonderen staatlichen Aufsicht wie die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) unterliegen;
- diese Fonds denselben Anlegerkreis wie die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) ansprechen;
- diese Fonds denselben Wettbewerbsbedingungen wie die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) unterliegen;
- diese Fonds Anteilsrechte an mehrere Anleger ausgeben;
- der Ertrag der Anlage von den Ergebnissen der Anlage abhängt, die die Verwalter im Laufe des Zeitraums, in dem die Anteilsinhaber diese Anteilsrechte innehaben, getätigt haben;
- die Anteilsinhaber Anrecht auf die vom Fonds erzielten Gewinne und auf den Gewinn infolge einer Wertsteigerung ihres Anteils haben und auch das Risiko tragen, das mit der Verwaltung des darin gesammelten Vermögens einhergeht;
- die Anlage des gesammelten Vermögens nach dem Grundsatz der Risikostreuung erfolgt.

Es steht zu erwarten, dass diese Kriterien im Nachgang durch ein BMF-Schreiben konkretisiert werden.

Der Gesetzgeber hat den EuGH aber missverstanden. Dies mag daran liegen, dass der vom EuGH entschiedene Fall noch vor dem Inkrafttreten der AIFM-Richtlinie spielte. Der EuGH stellt gleichwohl ausdrücklich fest, dass die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten, welche Vermögen als „Sondervermögen“ im Sinne der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie zu behandeln sind, durch die Koordinierung der Rechtsvorschriften im Bereich der Investitionsaufsicht auf Unionsebene überlagert wird. Diese Aussage trifft er zwar primär mit Blick auf die OGAW-Richtlinie. Er hat jedoch auch die AIFM-Richtlinie gesehen und bezeichnet sie

ausdrücklich als weiteren Harmonisierungsschritt hinsichtlich der besonderen staatlichen Aufsicht über Anlagevermögen. Dies kann aber nur dahingehend verstanden werden, dass auch nach der AIFM-Richtlinie regulierte Fonds in den Anwendungsbereich der Umsatzsteuerbefreiung fallen müssen. Dass der EuGH dazu nicht explizit Stellung genommen hat (bzw. nehmen durfte) ist lediglich dem Umstand geschuldet, dass der verfahrensgegenständliche Fonds im Streitjahr noch nicht unter die AIFM-Richtlinie fallen konnte. Ein Nachbessern im weiteren Gesetzgebungsverfahren ist an dieser Stelle dringend nötig.

---

## Kontakt

Ronald Buge ist Partner im Berliner Büro von P+P Pöllath + Partners.

Er ist auf die Beratung von Investoren und Managern von Private Equity Fonds und anderen alternativen Kapitalanlagen (Immobilien-, Infrastruktur-, Rohstoff- und Energiefonds) mit Schwerpunkt auf nationale und grenzüberschreitende steuerliche Fragen und der Führung von Steuerverfahren spezialisiert.



*Ronald Buge  
Rechtsanwalt  
Partner*

*P+P Pöllath + Partners  
Rechtsanwälte und Steuerberater mbB  
Potsdamer Platz 5  
10785 Berlin*

*Telefon: +49 (30) 253 53 - 120  
Telefax: +49 (30) 253 53 - 999  
ronald.buge@pplaw.com*