

ZIA Zentraler Immobilien Ausschuss e.V. - Wallstraße 16 - 10179 Berlin

An die Mitglieder des Finanzausschusses
des Deutschen Bundestages

Per Mail: finanzausschuss@bundestag.de

Berlin, 12.4.2013

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung
des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das
AIFM-Umsetzungsgesetz**

Sehr geehrte Frau Dr. Reinemund,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (nachfolgend „AIFM-StAnpG“, der „Entwurf“ oder „InvStG-E“), die wir gerne wahrnehmen. Gern erläutern wir Ihnen die nachfolgenden Anmerkungen im Rahmen der am 17. April 2013 stattfindenden Anhörung des Finanzausschusses.

Der Zentrale Immobilien Ausschuss e.V. (ZIA) hat sich zum Ziel gesetzt, der Immobilienwirtschaft in ihrer ganzen Vielfältigkeit eine umfassende und einheitliche Interessenvertretung zu geben, die ihrer Bedeutung für die Volkswirtschaft entspricht. Er vertritt als Verbändeverband zwanzig Zusammenschlüsse der Immobilienwirtschaft und über 160 namhafte Mitglieder. Als Unternehmerverband verleiht er seinen Mitgliedern eine Stimme auf nationaler und europäischer Ebene – und im Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI).

Aus diesem Verständnis heraus haben wir den vorliegenden Gesetzentwurf aus dem Blickwinkel möglicher Auswirkungen auf die kollektive indirekte Immobilienanlage untersucht, die eine wichtige Form der Finanzierung der Immobilienwirtschaft darstellt. Nachfolgend finden Sie daher unsere Anmerkungen da-

Präsident:
Dr. Andreas Mattner

Vorstand:
Ulrich Höller
Dr. Eckart John von Freyend
Friedrich Wilhelm Patt
Prof. Dr. Wolfgang Schäfers
Bärbel Schomberg
Christian Ulbrich
Thomas Zinnöcker

Präsidium:
Dr. Georg Allendorf
Klaus Beine
Jan Bettink
Claus-Matthias Böge
Matthias Böning
Stefan H. Brendgen
Jean-Christophe Bretxa
Claus-Jürgen Cohausz
Prof. Thomas Dilger
Wolfgang Egger
Birger Ehrenberg
Andreas Engelhardt
Dr. Jürgen Gehb
Günter Manuel Giehr
Bernhard H. Hansen
Dr. Jochen Keysberg
Werner Knips
Barbara A. Knoflach
Dr. Reinhard Kutscher
Matthias Leube
Franz Meiers
Dr. Mathias Müller
Rainer Nonnengässer
Oliver Porr
Dr. Georg Reutter
Rupprecht Rittweger
Martin Schramm
Prof. Dr. Matthias Thomas
Dirk Tönges
Peter Tzeschlock
Dr. Hans Volkert Volckens
Dr. Marc Weinstock
Claus Wisser

Geschäftsführer:
Axel von Goldbeck (Sprecher)
Klaus-Peter Hesse

**Zentraler Immobilien
Ausschuss e.V.**
German Property Federation
Wallstraße 16, 10179 Berlin
T: +49 (0) 30 - 20 21 585 - 0
F: +49 (0) 30 - 20 21 585 - 29
info@zia-deutschland.de
www.zia-deutschland.de

Büro Brüssel:
Rue du Commerce 31
B-1000 Bruxelles
Telefon: +32 (0) 2 - 792 10 05
Telefax: +32 (0) 2 - 25 48 90 29

VR 25863 B (Berlin-Charlottenburg)

 **BDI**
Mitgliedsverband des BDI

zu, welche Änderungen aus Sicht des ZIA notwendig sind, um das Ziel einer sachgerechten und folgerichtigen Besteuerung der Fondsanlage zu erreichen.

- I. Anmerkungen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/2603) sowie der zur Stellungnahme des Bundesrats vom 22.3.2013 (BR-Drucks. 95/13 (B))

Durch das sich parallel in den parlamentarischen Beratungen befindliche (aufsichtsrechtliche) Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds („AIFM-UmsG“), das eine vollständige Neuordnung der „Fondsregulierung“ zum Gegenstand hat, wurde das vorliegende Gesetz erforderlich, da die Regelungen des bisherigen § 1 Abs. 1 Investmentsteuergesetz (InvStG) zur Definition des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes anderenfalls in Leere laufen würden. Zudem ist es von entscheidender Bedeutung für Investoren, die neuen aufsichtsrechtlichen Regeln in der Zusammenschau mit den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen zu würdigen. Nur so ist es möglich, die Attraktivität einer indirekten (Immobilien-)Anlage vollständig einschätzen zu können.

Wir begrüßen ausdrücklich den im Entwurf dokumentierten Willen zur Beibehaltung des bisherigen steuerlichen Status quo für Investmentfonds (nicht aber leider für sog. Investitionsgesellschaften), da aus Sicht des ZIA das bisherige System der Besteuerung nach dem Grundgedanken des Transparenzprinzips zutreffend ist. Der vorliegende Regierungsentwurf enthält für Alternative Investment Funds im Sinne der AIFM-Richtlinie („AIF“) einen eigenständigen, vom Aufsichtsrecht losgelösten Anforderungskatalog, der zu erfüllen ist, damit diese Fonds als sog. Investmentfonds den bisherigen Fondsbesteuerungsregelungen unterliegen. Dieser Anforderungskatalog orientiert sich erfreulicherweise – entgegen dem Referentenentwurf des Bundesfinanzministeriums („BMF“) vom 4. Dezember 2012 („Referentenentwurf“) – nunmehr stärker an den aufsichtsrechtlichen Vorgaben, ist aber dennoch in Teilen kritisch zu sehen. Insbesondere sollten die Regelungen im Entwurf dahingehend überprüft und ergänzt werden, dass sämtliche aufsichtsrechtlich erlaubten Tätigkeiten für Immobilienfonds steuerlich als unschädlich für die Anwendung des bisherigen transparenten Besteuerungsregimes angesehen werden.

1. Die Regeln des InvStG haben sich in der Praxis bewährt

Das bisher im Investmentsteuergesetz („InvStG“) geregelte System der (eingeschränkten) transparenten Besteuerung ist ausgereift. Sowohl Anleger und Anbieter als auch die Finanzverwaltung sind mit dem System vertraut; es hat sich in der Praxis bewährt. Dass dies auch von der Finanzverwaltung nicht grundlegend in Zweifel gezogen wird, beweist nicht zuletzt der vorliegende Entwurf, da er das Regime – für eine Produktparte – mit wenigen Korrekturen weiterhin anwenden will. Die im Entwurf geplanten Änderungen am System der transparenten Besteuerung betreffen lediglich einige von der Verwaltung als Problem-bereiche ausgemachte Detailfragen, stellen aber den Grundgedanken zutreffend nicht in Frage.

2. Geplante Aufteilung der Besteuerung von AIF nicht zu rechtfertigen

Auf der anderen Seite soll jenseits eines sehr eng definierten Kreises von Produkten (künftige Investmentfonds) ein weiter Bereich von AIF, die nicht den engen Anforderungen des neuen § 1 Abs. 1b des Entwurfs genügen, künftig nicht mehr den bisherigen bewährten Regeln der Investmentbesteuerung unterliegen. Insbesondere die geplanten Regeln für die künftig als Investitionsgesellschaften bezeichneten Vehikel, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich des geplanten § 18 des Entwurfs fallen, sind aus Sicht des ZIA weiterhin ein Irrweg.

Der ZIA begrüßt in diesem Zusammenhang ausdrücklich, dass im vorliegenden Regierungsentwurf in Abkehr zum ursprünglichen Diskussionsentwurf für Kapital-Investitionsgesellschaften im Sinne des § 19 InvStG-E eine pauschale „Strafbesteuerung“ nach dem Vorbild des bisherigen § 6 InvStG nicht mehr vorgesehen ist. Diese ursprünglichen Pläne waren aus unserer Sicht weder mit europarechtlichen noch mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Insofern lehnen wir mit Nachdruck insbesondere die Forderung des Bundesrats in der Drucksache 95/13(B) unter Punkt Nr. 5 ab.

Die Vorschläge zur Besteuerung betrieblicher Anleger von nicht-steuerpflichtigen EU-/EWR-Kapital-Investitionsgesellschaften bzw. von niedrig besteuerten Drittland-Kapital-Investitionsgesellschaften sind aus Sicht des ZIA jedoch weiterhin kritisch zu beurteilen, wie weiter unten im Detail dargelegt wird.

Insbesondere ist es unverständlich, warum betriebliche Anleger unterschiedlich besteuert werden, je nachdem, ob sie sich an einer Kapital-

Investitionsgesellschaft (= AIF) oder einer "gewöhnlichen" Kapitalgesellschaft beteiligen. Eine derartige Ungleichbehandlung ohne eine ausreichende Rechtfertigung verstößt gegen den Gleichheitssatz.

Des Weiteren ist es von wesentlicher Bedeutung, dass auch künftig eine Variante einer transparenten Anlageform in Form der Personengesellschaft zur Verfügung steht, um die im KAGB-E vorhandene Investmentkommanditgesellschaft auch international wettbewerbsfähig nutzen zu können. Es ist daher sicher zu stellen, dass diese nicht dadurch unattraktiv wird, dass sie ihren Gesellschaftern auch bei passiver, d.h. vermögensverwaltender Anlagetätigkeit, der Gewerbesteuer unterliegende Einkünfte vermittelt. Die Variante einer vermögensverwaltenden, „entprägten“ Kommanditgesellschaft (vgl. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG) könnte zukünftig ausgeschlossen sein. Es ist derzeit nicht abschließend geklärt, ob unter Geltung des KAGB-E nach Auffassung der BaFin eine „Entprägung“ durch geschäftsführungsbefugte Kommanditisten weiterhin möglich ist. Es sollte daher sichergestellt werden, dass auch nach Inkrafttreten des KAGB-E der steuerliche Status quo aufrecht erhalten bleibt.

3. Ungeklärte europarechtliche Definition des „AIF“

Zudem leidet der vorliegende Entwurf durch eine Bezugnahme auf den bis heute nicht in Ansätzen geklärten Begriff des AIF im Sinne der AIFM-Richtlinie unter erheblicher Rechtsunsicherheit, die bereits aufsichtsrechtlich zu erheblichen Diskussionen geführt hat und nun in das Steuerrecht übertragen und dadurch gleichsam vervielfältigt würde.

Das vorliegende Gesetz ist ausweislich des § 1 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs „auf Organismen für gemeinsame Kapitalanlagen in Wertpapieren (OGAW) im Sinne des § 1 Absatz 2 des Kapitalanlagegesetzbuchs und Alternative Investmentfonds (AIF, wie z.B. Immobilienfonds) im Sinne des § 1 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs (OGAW und AIF zusammen als Investmentfonds bezeichnet) sowie auf Anteile an OGAW oder AIF“ anzuwenden.

Investmentvermögen im Sinne des Kapitalanlagegesetzbuchs in der Fassung des Kabinettsentwurfs vom 12. Dezember 2012 („KAGB-E“) werden in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB-E definiert. Der aus der AIFM-Richtlinie stammende materielle Fondsbegriff zeichnet sich durch sehr weite Merkmale der Definition von Investmentvermögen aus, wie der Begründung des KAGB-E zu § 1 Abs.1 entnommen werden kann.

Diese Problematik wird dort völlig unberücksichtigt gelassen, da hier (Begründung zu § 1 Abs. 1 des Entwurfs) lapidar ein Hinweis auf die Begriffsdefinition der AIFM-Richtlinie erfolgt, ohne dass der Entwurf sich mit dieser essentiellen Frage auseinandersetzt.

Somit ist aber bisher nicht abschließend geklärt, welche – auch welche ausländischen – Vehikel in den Anwendungsbereich des Entwurfs fallen werden.

Dies gewinnt vor allem aufgrund der „Sonderbehandlung“ von Kapital-Investmentgesellschaften nach § 19 des Entwurfs an Bedeutung. Es ist bereits heute absehbar, dass es hierdurch zu zahllosen Auseinandersetzungen und Streitfällen kommen wird. Wie weit der Begriff des AIF – potentiell – ist, zeigen die zahlreichen Fällen, die anlässlich der Umsetzung im aufsichtsrechtlichen Kontext intensiv diskutiert werden. Die Liste der "kritischen" Vehikel umfasst z.B. Portfolio- und Investmentgesellschaften, Joint Ventures, family offices, börsennotierte Immobilien-AGs sowie in- und ausländische REITs. Das Problem wird deutlich, wenn man sich die Konsultation 03/2013 der BaFin – Anwendungsbereich des KAGB-E / Auslegung des Begriffs „Investmentvermögen“ (Geschäftszeichen WA 41-Wp 2137-2013/0001 vom 27. März 2013) vor Augen führt. Ebenfalls fehlt bis heute eine endgültige Verlautbarung der European Securities and Markets Authority („ESMA“) zu diesem Punkt; das am 19. Dezember 2012 veröffentlichte Konsultationspapier der Behörde gibt lediglich Anhaltspunkte zum europarechtlichem Verständnis des Begriffs, da in diesem die Begriffsmerkmale des AIF für eine genauere Bestimmung zur Diskussion gestellt werden.

Insbesondere bitten wir im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens eine klarstellende Regelung zu erlassen, dass jedenfalls REITs dem besonderen steuerlichen Regime der deutschen REIT-Gesetzgebung als *lex specialis* künftig weiterhin unterfallen sollen. Aus ZIA-Sicht sollte diese Konkurrenzregel in den Text des Gesetzes ausdrücklich aufgenommen werden.

Vor diesem Hintergrund der großen Rechtunsicherheit in der Auslegung des Begriffs AIF sollte von besonderen Rechtsfolgen für Anleger von Kapital-Investmentgesellschaften abgesehen werden. Vielmehr empfiehlt es sich, wenn eine transparente Besteuerung nach bisher für Investmentvermögen vorgesehenen Regelungen nicht konsensfähig erscheint, hilfsweise – wie nach § 18 InvStG-E – durch einen umfassenden Rechtsfolgenverweis auf die "allge-

meinen" Steuerregeln für Kapitalgesellschaften bzw. Körperschaften das Auslegungsproblem zu entschärfen.

Diese offenen Punkte in Betracht ziehend, erscheint die für das Steuerrecht als Teil des Eingriffsrechts notwendige Rechtssicherheit vorliegend nicht gewährleistet zu sein. Daher sollten Abweichungen zum allgemeinen Steuerrecht bei der Besteuerung von (Kapital-)Investitionsgesellschaften besonders gut überlegt sein.

4. Notwendigkeit einer Reform unter frühzeitiger Beteiligung der Verbände

Die jetzt vorzunehmenden Korrekturen sollten aus Sicht des ZIA lediglich eine Übergangslösung darstellen. Hierbei sollte die transparente Besteuerung das Leitbild einer Fondsbesteuerung für alle Typen sein. Bereits mit Blick auf den überaus knappen Zeitraum bis zum Inkrafttreten des Gesetzes sollten keine grundlegenden Neuerungen im Rahmen der Anpassung des InvStG an das KAGB-E vorgenommen werden.

Vielmehr regen wir an, zusammen mit den Interessenverbänden der betroffenen Unternehmen mittelfristig eine sachgerechte und mit dem Ziel der AIFM-Richtlinie übereinstimmende Überarbeitung des InvStG zu erstellen. Die in unserem Haus versammelte Kompetenz stellt der ZIA hierfür gern bereit.

Der vorliegende Entwurf widerspricht nach unserer Ansicht der Konzeption eines europaweit einheitlichen Rechtsrahmens der OGAW und AIF in der AIFM-Richtlinie, die die Gewährleistung einer hohen Flexibilität bei den Produkten unter gleichzeitig strenger Managerregulierung zum Ziel hat.

II. Bedeutung eines sachgerechten Besteuerungsregimes für indirekte Anlagevehikel

Die deutsche Immobilienbranche steht in den nächsten Jahren und Jahrzehnten vor immensen, auch finanziellen Herausforderungen. Durch die von der Politik beschlossene Energiewende werden erhebliche Investitionen für eine klimagerechte Sanierung des Immobilienbestandes notwendig. Zudem wird der demographische Wandel die Immobilienbranche insbesondere im Wohnungssektor zu erheblichen Investitionen zwingen. Dies allein macht deutlich, dass die Immobilienwirtschaft auch künftig eine hohe Nachfrage nach Kapital haben wird.

Die Finanzierungssituation der Immobilienwirtschaft ist dabei derzeit nicht unkritisch. Sowohl die Fremd- als auch die Eigenkapitalversorgung stehen aufgrund einer in dieser Intensität einmaligen Regulierungswelle vor großen Umbrüchen. Allein die Umsetzung von Basel III wird zu einer Verknappung von Fremdkapital in der Immobilienfinanzierung führen. Wenn die Kreditwirtschaft wegen mannigfaltiger Ursachen Fremdkapital nur noch sehr restriktiv zur Verfügung stellt, erhalten das Eigenkapital als Finanzierungsform und damit die Kapitalsammelstellen eine erheblich größere Bedeutung für die Branche. Fallen jedoch diese als Finanzierungsquellen weg oder werden durch nicht sachgerechte Rahmenbedingungen zurückgedrängt, sind Finanzierungsengpässe unausweichlich.

Auf der anderen Seite sind sowohl private als auch institutionelle Investoren auf der Suche nach geeigneten Anlagemöglichkeiten.

Vor dem Hintergrund der derzeit am Markt erzielbaren Renditen, insbesondere bei Anleihen, sind gerade auch institutionelle Anleger wie Pensionsfonds und Lebensversicherungen auf der Suche nach sicheren und ertragreichen Anlagemöglichkeiten. Immobilien bieten hier eine gute Alternative.

Institutionelle Investoren suchen nicht selten mittelbare Immobilienanlagen, um von deren Vorteilen – wie der leichteren Übertragbarkeit von Anteilen im Vergleich zum (Mit-)Eigentum an Immobilien, dem Outsourcing von Managementleistungen und den geringeren Transaktionskosten – zu profitieren. Daneben hat die Risikodiversifikation des Portfolios bei institutionellen Investoren eine herausragende Bedeutung. Bei einigen Investorengruppen, etwa Versicherungen, ist eine Streuung der Anlage bereits gesetzlich verankert.

Für Kleinanleger ist eine Immobilieninvestition eine geeignete Form der privaten Altersvorsorge. Für diese ist eine unmittelbare Immobilienanlage jedoch mit erheblichen Risiken verbunden. Sie stellt ein „Klumpenrisiko“ dar, weil die jeweilige Immobilie regelmäßig einen Großteil des Vermögens darstellt und damit der Aufbau eines risikodiversifizierten Portfolios nicht möglich ist. Direktanlagen in Immobilien sind daher für diesen Anlegerkreis zumeist keine zweckmäßige Form, so dass für die meisten privaten Anleger indirekte Anlageformen empfehlenswert sind.

Neben den aufsichtsrechtlichen Vorgaben kommt den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen eine entscheidende Rolle zu. Nur wenn diese für Investoren einen attraktiven Rahmen bieten, werden entsprechende Anlagen getätigt.

Dabei entspricht es der ordnungspolitischen Grundauffassung des ZIA, dass das Steuerrecht grundsätzlich weder dazu dienen noch in seiner Ausgestaltung dazu geeignet sein darf, mittelbar regulierend zu wirken. Das Steuerrecht sollte einzig dem fiskalischen Zweck dienen und an der Generierung von Einnahmen orientiert sein, ohne Lenkungswirkungen zu entfalten. Investitionsentscheidungen dürfen nicht durch steuerrechtliche Vorgaben, sondern ausschließlich nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen. Hierzu bedarf es eines entscheidungsneutralen Steuerrechts.

Zudem ist es aus Sicht des ZIA abzulehnen, dass der aufsichtsrechtlich mögliche Rahmen durch das Steuerrecht eingeschränkt wird. Leitidee der steuerrechtlichen Gesetze muss es sein, die Möglichkeiten des Aufsichtsrechts nachzuzeichnen, jedoch nicht (mittelbar) einzuschränken.

Der jetzt vorgelegte Entwurf, der den steuerrechtlichen Rahmen auch der indirekten Immobilienanlage setzt, bleibt in Teilen hinter den Erfordernissen zurück, die Anleger als geeignet und attraktiv beurteilen. Fehlallokationen von Kapital aufgrund mittelbarer Lenkungswirkungen sind nicht fernliegend. Es steht damit zu befürchten, dass künftig das notwendige Anlagekapital nicht in ausreichendem Maße in Immobilienfonds investiert wird.

Wir appellieren daher, nachfolgende Änderungsvorschläge umzusetzen, damit insbesondere Immobilienfonds auch weiterhin eine attraktive Anlageform bleiben.

III. Besteuerung der Anteile an Investmentfonds

Nach dem jetzt vorgelegten Konzept findet künftig die „transparente“ Besteuerung des Investmentsteuergesetzes („InvStG“) auf Anteile von Investmentfonds Anwendung, wenn das Investmentvermögen die in § 1 Abs. 1b des Entwurfs genannten Voraussetzungen erfüllt. Ausweislich der Begründung des Entwurfs soll damit künftig für steuerliche Zwecke autonom der Anwendungsbereich der „transparenten“ Investmentbesteuerung bestimmt werden. Die bisherige Anknüpfung an die aufsichtsrechtliche Definition des Investmentvermögens ist

durch die geplante Umsetzung der AIFM-Richtlinie nicht mehr zweckmäßig, da diese umfassend erweitert wird.

Es wurde bereits dargelegt, dass dieser Weg teilweise aus Sicht des ZIA nicht zielführend ist. Wir möchten daher nachfolgend auf besondere Probleme des Katalogs des § 1 Abs. 1b des Entwurfs eingehen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die folgenden Korrekturen allein das eingangs beschriebene Problem lösen könnten.

1. Der Katalog des § 1 Abs. 1b des Entwurfs

Die eigenständige Bestimmung eines Katalogs von Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der bewährten Regeln der Investmentbesteuerung führt dazu, dass eine ganze Reihe von künftig (nach dem 21. Juli 2013) aufzulegenden Vehikeln aus dem transparenten Besteuerungsregime herausfallen wird.

Der im Entwurf enthaltene Katalog bedarf in mehreren Punkten einer Korrektur oder Klarstellung. Anderenfalls würde für eine Vielzahl von Immobilienfonds kein sachgerechter steuerlicher Rahmen zur Verfügung stehen.

Nach aktueller Rechtslage ist es grundsätzlich ausreichend, dass ein Investmentvermögen – neben der Beachtung bestimmter Anlagegrenzen wie einer 20%-Grenze für Unternehmensbeteiligungen – risikodiversifiziert ist, einer Investmentaufsicht unterliegt oder ein Rückgaberecht besteht. Zukünftig müssen insbesondere ein Rückgaberecht und eine Investmentaufsicht kumulativ vorliegen. Damit werden zahlreiche neu aufgelegte Offshore-Fonds mangels einer qualifizierenden Aufsicht nicht mehr in den Genuss der bekannten Investmentbesteuerung kommen.

Mit dem im Gesetzentwurf genannten Ziel, den bisherigen steuerlichen Status quo aufrecht zu erhalten, ist diese Anforderung nicht zu vereinbaren.

a. § 1 Abs.1b Nr. 1 des Entwurfs

§ 1 Abs. 1b Nr. 1 des Entwurfs erfordert das Vorliegen einer Investmentaufsicht. Da die Regelung wortgleich mit dem bisherigen § 2 Abs. 9 InvG ist, sollte hinsichtlich des Verständnisses, was unter einer qualifizierenden Aufsicht zu

verstehen ist, keine materielle Änderung eintreten. Es wäre aus Sicht des ZIA wünschenswert, dies in der Begründung des Entwurfs klarzustellen.

Die in § 1 Abs. 1b Nr. 1 Satz des Entwurfs aufgenommene Regelung, dass die in § 2 Abs. 3 KAGB-E geregelte Ausnahme für AIF, die innerhalb eines Konzerns verwaltet werden, nicht für die Zwecke des Investmentsteuergesetzes gelten soll, ist eine zutreffende Klarstellung und ist ausdrücklich zu begrüßen.

b. § 1 Abs.1b Nr. 2 des Entwurfs

Abweichend vom aktuellen Recht verlangt § 1 Abs. 1b Nr. 2 des Entwurfs künftig erstmals ein kumulatives Rückgaberecht, das zudem – gemessen an den aktuellen Regelungen zu deutschen Spezial-Sondervermögen (wonach ein Rückgaberecht alle zwei Jahre genügt; § 95 Abs. 4 Satz 2 InvG) – strengere zeitliche Vorgaben macht. Wie bisher werden im Ergebnis nach inländischem Recht aufgelegte Immobilien-Sondervermögen diese Anforderungen erfüllen, da das KAGB-E ein Rückgaberecht der Anleger von einem Mal pro Jahr vorsieht; §§ 98 Abs. 1, 255 Abs. 2 KAGB-E. Dies ist sachgerecht.

Gemäß § 255 Abs. 3 KAGB-E werden künftige Anleger offener Immobilienfonds immer (entgegen der derzeitigen Regelung in § 80c Abs. 2 InvG) eine Mindesthaltefrist von 24 Monaten einzuhalten haben.

Nach derzeitigem Verständnis (Rundschreiben der BaFin, 14/2008 (WA) zum Anwendungsbereich des Investmentgesetzes nach § 1 Satz 1 Nr. 3 InvG, Geschäftszeichen WA 41–Wp 2136–2008/0001 vom 22.12.2008) stehen derartige Lock-Up Perioden der Annahme einer Rückgabemöglichkeit grundsätzlich nicht entgegen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine gesetzliche Klarstellung aus Sicht des ZIA wünschenswert.

c. § 1 Abs. 1b Nr. 3 des Entwurfs

Ein AIF soll nur dann als Investmentfonds im Sinne der neuen Definition des Entwurfs qualifizieren, wenn der objektive Geschäftszweck auf die Anlage und Verwaltung der Mittel beschränkt und eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände sowie eine unternehmerische Beteiligung ausgeschlossen sind. Damit muss sich der objektive Geschäftszweck des AIF auf die passive Kapitalanlage unter Ausschluss aktiver unternehmerischer

Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände und unternehmerischer Einflussnahme auf die Portfoliogesellschaften beschränken.

Nach überkommener Auffassung (BAKred Schreiben v. 30.8.1999, Az. V 2 –X– 2038/99) stellt bei Immobilienvermögen – anders als beispielsweise bei Wertpapieranlagen – der vom Unternehmen verfolgte Geschäftszweck kein taugliches Kriterium zur Unterscheidung von bloßem „passiven Investment“ und aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung dar. Ein Fonds kann seinem Grundstücksvermögen nicht rein passiv gegenüberstehen. Es ist bei einem Immobilienfonds vielmehr regelmäßig erforderlich, sich aktiv um den Erhalt und die wirtschaftliche Entwicklung zu kümmern. Neben der laufenden Bewirtschaftung der Immobilien, der Durchführung von Baumaßnahmen und der Umwidmung von Objekten gehören auch Umschichtungen im Portfolio durch Kauf und Verkauf von Grundstücken einschließlich der Entwicklung der in diesem Zusammenhang jeweils notwendigen Strategien zu den Aufgaben der Fondsverwaltung. Dies gilt auch für Projektentwicklungen (sog. Grundstücke im Zustand der Bebauung; § 231 Abs. 1 Nr. 2 KAGB-E).

Aus Sicht des ZIA wäre eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung dahingehend wünschenswert, dass die Voraussetzung des § 1 Abs. 1b Nr. 3 des Entwurfs bei aufsichtsrechtlich zugelassenen Tätigkeiten von offenen Immobilienfonds (§§ 230 ff. KAGB-E) als erfüllt anzusehen sind.

Desweiteren ist in § 1 Abs. 1b Nr. 3 Satz InvStG-E das Wort „erforderlich“ durch „schädlich“ zu ersetzen, da es sich um ein offensichtliches Versehen handelt und nur so der Status quo erhalten bleibt.

Petition:

Wir bitten daher um Ergänzung und Änderung des § 1 Abs. 1b Nr. 3 des Entwurfs:

„Die Voraussetzungen des Satzes 1 dieser Nummer gelten bei offenen Immobilien-Sondervermögen als erfüllt, wenn diese erlaubte Tätigkeiten nach §§ 230 KAGB-E erbringen. Eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung ist bei Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften im Sinne des § 1 Absatz 19 Nummer 22 des Kapitalanlagegesetzbuchs nicht ~~erforderlich~~ schädlich.“

d. § 1 Abs. 1b Nr. 4 des Entwurfs

Das Vermögen des AIF muss nach dem Grundsatz der Risikomischung angelegt sein. Der Entwurf sieht nunmehr erstmalig eine gesetzliche Regelung vor, dass eine Risikomischung regelmäßig vorliegt, wenn das Investmentvermögen in mehr als drei Vermögensgegenstände mit unterschiedlichen Anlagerisiken angelegt ist. Die gesetzliche Klarstellung begrüßt der ZIA.

Der ZIA begrüßt weiter, dass der Regierungsentwurf, anders noch als der Referentenentwurf, nun wieder eine mittelbare Risikomischung für ausreichend erachtet. So genügt es, dass Anteile an OGAW und AIF gehalten werden, die ihrerseits nach dem Grundsatz der Risikomischung angelegt sind. Leider wurde jedoch die bisherige Regelung zur mittelbaren Risikomischung gemäß § 2 Abs. 8 S. 2 InvG nicht vollständig übernommen. Denn nach der bisherigen gesetzlichen Regelung des InvG (§ 2 Abs. 8 Satz 2) war es ausreichend, dass Anteile an anderen Vermögen gehalten werden, die ihrerseits risikodiversifiziert investiert sind. Auch unter Beachtung der bisherigen Verwaltungspraxis (vgl. BMF-Schreiben vom 18.08.2009 - IV C 1 -S 1980 1/08/10019, Tz. 8) war eine Durchschau jedenfalls bei Anteilen an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft zulässig, bei denen es sich u.a. um Immobilien-Gesellschaften handelt.

Nach dem vorliegenden Regierungsentwurf wäre ein Immobilienfonds, um als Investmentfonds zu qualifizieren, jedoch gezwungen, über mindestens 4 Immobilien-Gesellschaften (oder Immobilienholding-Gesellschaften) zu investieren. Andernfalls fehlt es nach dem Regierungsentwurf an der nötigen Risikostreuung.

Diese bisherige Praxis ist wirtschaftlich zutreffend. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Vorgaben in diesem Punkt verschärft werden sollten.

Auf eine Änderung der Rechtslage müssten die Fonds bzw. deren Verwalter reagieren, indem sie mehrere (4) Immobilienholding-Gesellschaften statt weniger (1 bis 3) einsetzen. Die Verschärfung der Anforderungen hätte praktisch höhere Kosten für die Aufsetzung und Verwaltung zusätzlicher Gesellschaften zur Folge, die zu Lasten der Anleger gingen. Auch insofern sollte durch Immobilienholdinggesellschaften "hindurchgeschaut" werden.

Petitum:

Wir bitten daher um Änderung des § 1 Abs. 1b Nr. 4 Satz 2 des Entwurfs:

„Der Grundsatz der Risikomischung gilt für Investmentfonds auch dann als gewahrt, wenn der Investmentfonds in nicht nur unerheblichem Umfang Anteile an einem oder mehreren anderen Vermögen enthält und diese anderen Vermögen unmittelbar oder mittelbar nach dem Grundsatz der Risikomischung angelegt sind.“

e. § 1 Abs. 1b Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 7 des Entwurfs

Der ZIA begrüßt es, dass der vorliegende Gesetzesentwurf ausdrücklich regelt, dass nur 90% des Wertes in zulässige Vermögensgegenstände investiert werden müssen, und damit die bisherige Verwaltungspraxis aufgreift (sog. Schmutzgrenze, vgl. BaFin-Rundschreiben 14/2008 vom 22.12.2008). Ferner begrüßen wir die im Regierungsentwurf nunmehr für Immobilien-Gesellschaften wieder zugelassene Möglichkeit, auch jenseits der für andere Investmentfonds benannten Grenzen des § 1 Abs. 1b Nr. 6 und Nr. 7 InvStG-E Anteile an Immobilien-Gesellschaften erwerben zu dürfen. Hierdurch wurde der Entwurf den praktischen Bedürfnissen sachgerecht angepasst; zum anderen wird zutreffend der Status Quo erhalten.

Ferner enthält der vorliegende Entwurf nunmehr gegenüber dem Referentenentwurf auch weitere – wenn auch noch immer nicht vollständige – Anpassungen des Katalogs der erwerbbaaren Vermögensgegenstände an die aufsichtsrechtlichen Vorgaben des KAGB-E.

Insbesondere sollte die Formulierung an § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe i) des KAGB-E angepasst und hierdurch auch der Erwerb von Beteiligungen an Personengesellschaften (im Rahmen der 20%-Grenze) erlaubt werden.

Hierzu könnte in § 1 Abs. 1b Nr. 5 j) InvStG-E statt auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften auf Unternehmensbeteiligungen abgestellt werden. Gleichzeitig sollte klargestellt werden, dass es in Fällen von Personengesellschaften unerheblich ist, ob diese vermögensverwaltend, gewerblich tätig oder gewerblich geprägt im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sind.

Gleichzeitig wäre in diesem Zusammenhang § 1 Abs. 1b Nr. Nr. 6 wie folgt anzupassen: „Höchstens 20 Prozent des Wertes des AIF werden in Beteiligungen an Kapitalgesellschaften im Sinne der Nummer 5 Buchstabe j) investiert (...)“

Ferner bitten wir um Streichung des § 1 Abs. 1b Nr. 7 des Entwurfs (Grenze von 10% für Unternehmensbeteiligungen jenseits von Immobilien-Gesellschaften), weil eine derartige Grenze aufsichtsrechtlich nicht vorgesehen ist.

f. § 1 Abs. 1b Nr. 8 des Entwurfs

Der vorliegende Entwurf qualifiziert auch mit Blick auf Immobilienfonds einen AIF nur dann als Investmentfonds, wenn die genannten Grenzen der Kreditfinanzierung eingehalten werden.

Aus Sicht des ZIA sollte für die Frage der steuerlichen Qualifikation die mögliche Höhe der Fremdfinanzierung der Immobilienanlagen von Fonds unerheblich sein. Es ist ausschließlich eine aufsichtsrechtliche Frage, wie die Fremdmittelaufnahme aus Risikogesichtspunkten eingeschränkt werden soll. Steuerliche Aspekte sind in diesem Zusammenhang aus unserer Sicht nicht relevant. Auch bisher hing der Anwendungsbereich des InvStG nicht von einer bestimmten Fremdkapitalquote ab. Besondere Fälle oder Gestaltungen, die fiskalisch bedenklich sein könnten, sind dem ZIA nicht bekannt. Insbesondere für im Ausland aufgelegte Immobilienfonds würde eine derartige Begrenzung in einer Vielzahl von Fällen dazu führen, dass eine Qualifikation der Vehikel als Investmentfonds nach diesem Gesetz ausschiede. Dadurch würde das Anlagepektrum gerade für professionelle Anleger ohne zureichenden Grund eingeschränkt oder zumindest erheblich unattraktiver gestaltet werden.

Petition:

Wir bitten zu prüfen, ob eine Begrenzung der Kreditaufnahme fallengelassen werden kann (Streichung des § 1 Abs. 1b Nr. 8).

g. § 1 Abs. 1d des Entwurfs

Nach dieser Vorschrift soll ein Investmentfonds unter anderem bei einem wesentlichen Verstoß gegen die Anlagebestimmungen des § 1 Abs. 1b des Entwurfs unter den genannten weiteren Voraussetzungen für einen Zeitraum von mindestens 3 Jahren als Investitionsgesellschaft gelten.

Die Umqualifizierung eines Investmentfonds bei wesentlichen Verstößen gegen Anlagevorschriften ist abzulehnen. Es ist aus unserer Sicht verhältnismäßiger, Verstöße gegen Anlagevorschriften beispielsweise durch Bußgelder zu ahnden.

Sollte dennoch an einer Umqualifizierung festgehalten werden, bitten wir folgende Erwägungen zu berücksichtigen: In der Begründung des Entwurfs wird ausgeführt, dass Überschreitungen von Anlagegrenzen in der Regel als unschädlich anzusehen sind, wenn diese nicht durch einen Geschäftsabschluss (d.h. eine aktive Transaktion) verursacht wurden. Als Beispiel wird die Überschreitung der Anlagegrenzen durch bloße Wertveränderungen der Vermögensgegenstände genannt. Weiterhin sollte klargestellt werden, dass auch die passive Überschreitung von Kreditaufnahmegrenzen (soweit diese nicht, wie vom ZIA angeregt, aus dem Katalog gestrichen werden) nicht zu einem wesentlichen Verstoß führt, da die Begründung lediglich die Anlagegrenzen benennt.

Petition:

Aufgrund der gesetzlich vorgesehen – drakonischen – Konsequenzen für den Anleger sollte die Frage, wann ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen im Sinne des Entwurfs anzunehmen ist, im Gesetz selbst definiert werden.

h. § 7 Abs. 3 Nr. 2 InvStG: Redaktionelle Anpassung

Der ZIA bittet, das vorliegende Gesetzgebungsverfahren zu nutzen, um in der genannten Norm das Wort „privaten“ vor den Wörtern „Veräußerungsgeschäften mit im Inland belegenen Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten enthalten sind.“ einzufügen.

Durch die Änderung wird klargestellt, dass Gewinne aus dem Verkauf inländischer Immobilien außerhalb der 10-Jahresfrist nicht dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen. Im derzeitigen Gesetzeswortlaut fehlt – entgegen früheren Versionen des Gesetzes – das Wort „privat“.

i. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1g) InvStG

Da die Absetzung für Abnutzung („AfA“), die gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1g) InvStG veröffentlicht wird, bei einer Ausschüttung eine Differenz zwischen Ausschüttung und investmentsteuerlichen Erträgen darstellt, ist für diesen ausgeschütteten AfA-Betrag ein passiver Ausgleichsposten zu bilden. Im Fall einer Thesaurierung würde jedoch die Bildung eines passiven Ausgleichspostens aufgrund einer Veröffentlichung gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1g) InvStG bei der Veräußerung des Anteils zu einem falschen Ergebnis führen.

Da die AfA als Differenz zwischen Ausschüttung und steuerlichen Erträgen auch eine steuerliche Substanzauskehr darstellt, würde die Darstellung als Substanzauskehr gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1a) bb) im Veräußerungsfall zu einem korrekten Ergebnis führen, da eine Substanzauskehr im Gegensatz zu der Angabe gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1g) InvStG nur im Ausschüttungsfall gezeigt werden würde und nicht bei einer Thesaurierung.

Petitum:

Wir regen deshalb an, § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1g) InvStG zu streichen und in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass, soweit AfA auf ausgeschüttete Erträge entfällt, dieser Betrag als Substanzauskehr gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1a) bb) InvStG darzustellen ist.

j. § 15 des Entwurfs: Inländische Spezial-Investmentfonds

§ 15 Abs. 1 des Entwurfs enthält besondere (Verfahrens-)Vorschriften für Spezial-Investmentfonds.

Als inländische Spezial-Investmentfonds können nach dem Entwurf nur inländische Sondervermögen oder Investmentaktiengesellschaften qualifizieren, die – neben den weiteren genannten Voraussetzungen – auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft oder ihrer Satzung nicht mehr als 100 Anleger oder Aktionäre haben, die nicht natürliche Personen sind.

Zunächst ist es widersprüchlich, steuerlich den Kreis möglicher Investoren auf nicht natürliche Personen zu begrenzen, während aufsichtsrechtlich der Kreis der Anleger von Spezial-AIF gemäß § 1 Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 19 Nr. 33 des KAGB-E durch semi-professionelle Anleger unter Einschluss natürlicher Personen definiert wird. Ein sachlicher Grund für dieses Auseinanderfallen von Aufsichts- und Steuerrecht ist aus Sicht des ZIA nicht erkennbar.

Weiterhin ist es für den ZIA nicht nachvollziehbar, weshalb bei Spezial-Investmentfonds ein Limit von 100 Anlegern vorgegeben wird. Weder die AIFM-Richtlinie noch das KAGB-E kennen eine derartige Begrenzung. Eine Begrenzung der Anzahl der Investoren ist zudem auch aus praktischen steuerrechtlichen Überlegungen nicht geboten. Seit Jahrzehnten ergehen jährlich tausende von einheitlichen und gesonderten Feststellungsbescheiden für Personengesellschaften mit tausenden von Anlegern bei geschlossenen Fonds. Diese

Verfahrensweise wurde und wird nicht in Frage gestellt. Auch die „klassische“ Investmentbesteuerung bewirkt eine quasi-transparente Besteuerung für Fonds mit tausenden von Anlegern. Warum vorliegend ein Regime auf max. 100 Anleger, die nicht natürliche Personen sind, beschränkt wird, ist daher für den ZIA nicht verständlich und sollte überdacht werden.

Das vorstehend Gesagte gilt im Übrigen ebenfalls für die geplante Regelung des § 16 Satz 1 des Entwurfs.

Der Entwurf regelt zudem in § 15 Abs. 3, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn Spezial-Investmentfonds durch Änderung der Anlagebedingungen oder der Satzung oder durch tatsächlich abweichendes Anlageverhalten die Voraussetzungen eines Investmentfonds nach § 1 Absatz 1b des Entwurfs nicht mehr erfüllen.

Bereits oben unter Punkt g. der Stellungnahme wurde eine Umqualifikation abgelehnt. Insbesondere die bei Spezial-Investmentfonds vorgesehene rückwirkende Änderung des Besteuerungsregimes ist nicht praxisgerecht, kann nicht durch die gegebene Begründung gerechtfertigt werden und unterliegt gravierenden Bedenken. Während bei Publikumsfonds ein Wechsel des Besteuerungsregimes nach § 1 Abs. 1d InvStG-E erst dann fingiert wird, wenn in einem eigenen Feststellungsbescheid die Wesentlichkeit des Verstoßes festgestellt und dieser unanfechtbar geworden ist, ist für Spezial-Investmentfonds kein Feststellungsverfahren vorgesehen. Der Wechsel des Besteuerungsregimes soll vielmehr direkt mit Vorliegen des Verstoßes und rückwirkend bereits ab Beginn des Geschäftsjahres erfolgen, innerhalb dessen der Verstoß erfolgt ist. Aus der Begründung zu der Regelung für Publikums-Investmentfonds ergibt sich zudem, dass die Entziehung des Rechtsstatus als Investmentfonds nur als „Ultima Ratio“ in besonderen Ausnahmefällen erfolgen soll. Die Besteuerung als Investitionsgesellschaft erfolgt aus Gründen der Rechtssicherheit bei den Publikums-Investmentfonds zutreffend erst nach Ablauf des Geschäftsjahres, in dem der Bescheid rechtskräftig geworden ist. Dies soll auch dann gelten, wenn er erst Jahre später z. B. im Rahmen einer Außenprüfung erkannt wird.

Viele Anleger in Spezial-Investmentfonds sind steuerbefreit (z.B. Pensionsfonds, Versorgungswerke, gemeinnützige Stiftungen) oder haben aufgrund der Art ihrer Geschäfte auf Dauer nur eine geringe Steuerbelastung (z.B. bestimmte Versicherungen). Wenn rückwirkend die transparente Besteuerung für die Spezial-Investmentfonds und deren Anleger wegfallen sollte, würde für diese

aufgrund des Wechsels des Besteuerungssystems eine erhebliche Steuer- und Zinslast im Sinne des § 233a AO entstehen, die im Fall der Direktanlage nicht angefallen wäre. So würde ein Spezialfonds rückwirkend der inländischen Regelbesteuerung von Kapitalgesellschaften (Körper- und Gewerbesteuer) unterliegen. Zudem würden die durchgeführten Ausschüttungen eines Spezialfonds rückwirkend wie inländische Dividenden behandelt. Für eine steuerbefreite Versorgungseinrichtung beispielsweise würde eine definitive Kapitalertragsteuerbelastung von 15% auf die "inländische Dividende" anfallen. Daher sollte bei Spezialfonds – wie bei Publikumsfonds auch – die transparente Besteuerung nur mit Wirkung für die Zukunft durch einen wesentlichen Verstoß wegfallen.

Warum der Regimewechsel hier unabhängig von der endgültigen Klärung der Lage durch einen Bescheid und dazu noch rückwirkend für das laufende Geschäftsjahr erfolgen soll, ist zudem nicht verständlich. Auch für Spezialfonds und ihre Anleger sowie deren Kunden besteht das dringende Bedürfnis nach Rechtssicherheit.

Die Annahme der Gesetzesbegründung, dass die Anleger eines Spezial-Investmentfonds typischerweise einen bestimmten Einfluss auf die Verwalter ausüben und sich deshalb das Verhalten des Verwalters zurechnen lassen müssen, ist lebensfremd. Verwalter treffen typischerweise eigenständige Entscheidungen.

Für Verstöße bei Publikumsfonds und bei Spezialfonds sieht der Entwurf im Einzelnen unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Gemeinsam ist jedoch beiden Regelungen, dass der AIF nunmehr im Ergebnis mindestens drei Jahre lang als Investitionsgesellschaft behandelt werden soll und damit auch hier die Besteuerungsregelungen der §§ 18, 19 InvStG-E Anwendung finden. Dies ist äußerst bedenklich.

Petition:

Der Kreis der möglichen Investoren von Spezial-Investmentvermögen sollte im vorliegenden Entwurf den aufsichtsrechtlichen Vorgaben angepasst werden.

Alle Spezial-Investmentfonds sind unabhängig von der Anlegerzahl einer transparenten Besteuerung zuzuführen.

Die Regelung des § 15 Abs. 3 des Entwurfs sollte lediglich Rechtsfolgen für die Zukunft entfalten und sich – wenn eine Umqualifizierung überhaupt als notwendig erachtet wird – jedenfalls grundsätzlich an dem Vorschlag in § 1 Abs. 1d des Entwurfs orientieren.

k. Zusammenfassung

Die genannten Korrekturen sind aus Sicht der Immobilienbranche dringend erforderlich, um das Produkt Immobilien-Investmentfonds weiterhin für Anleger attraktiv zu halten. Gleichzeitig ist nur so gewährleistet, dass die für den Immobilienmarkt wichtigen Akteure der Immobilienfonds auch weiterhin eine zentrale Rolle einnehmen können.

Dies ist aus Sicht des ZIA umso wichtiger, als in der Praxis aktuell keine Alternative zu einem als "Investmentfonds" qualifizierenden Vehikel zur Verfügung steht. Dies gilt insbesondere aus Sicht der institutionellen Investoren, die auf ein etabliertes und rechtssicheres Vehikel für indirekte Immobilienanlagen angewiesen sind, das steuerlich nicht höher belastet ist als eine Direktanlage. Im Interesse gerade auch der deutschen institutionellen Anleger ist der Katalog der Voraussetzungen für die Qualifizierung als "Investmentfonds" in den oben genannten Punkten zu korrigieren. Die Investoren sind mit der Besteuerung nach dem eingeschränkten Transparenzprinzip vertraut.

IV. Besteuerung der Investitionsgesellschaften

Wie eingangs dargelegt, halten wir die Einteilung in Investmentfonds und Investitionsgesellschaften mit den sich daran knüpfenden fundamentalen Unterschieden in der Besteuerung bei Kapital-Investitionsgesellschaften für verfehlt. Aus unserer Sicht sollte ein transparentes Besteuerungsregime auch für alle Investitionsgesellschaften gelten.

Dies vorweggenommen möchten wir zu den jetzt vorgeschlagenen Regeln folgende Anmerkungen machen.

1. Personen-Investitionsgesellschaften; § 18 des Entwurfs

Bei Investitionsgesellschaften in der Rechtsform einer Investmentkommanditgesellschaft oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsform richtet sich die Besteuerung der Gesellschaft und ihrer Anleger nach den allgemeinen

steuerlichen Regelungen. Geringfügige Änderungen zum derzeitigen Besteuerungsregime der betroffenen Vehikel ergeben sich nur im formellen Recht.

Diese Regelungen führen zu keiner materiellen Änderung des geltenden Rechts. Diese Regeln haben sich in der Praxis bewährt. Wir begrüßen daher grundsätzlich den Vorschlag. Nicht unerwähnt sollte jedoch bleiben, dass die Abgrenzung zwischen Personen- und Kapital-Investitionsgesellschaften in der Praxis bei Auslandssachverhalten zum Teil äußerst problematisch ist, da die Frage, wann ein ausländisches Vehikel mit der Investment-KG vergleichbar ist, in vielen Fällen nicht ohne Weiteres beantwortet werden kann.

Da eine transparente Besteuerung jedenfalls durch entsprechende Gestaltung erreicht werden kann, sehen wir hier jedoch keinen grundlegenden Änderungsbedarf.

2. Kapital-Investitionsgesellschaften; § 19 des Entwurfs

Alle Investitionsgesellschaften, die keine Personen-Investitionsgesellschaften sind, gelten nach § 19 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs als Kapital-Investitionsgesellschaften. So sollen auch inländische Sondervermögen, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b des Entwurfs nicht erfüllen, der Regelung des § 19 des Entwurfs unterfallen. Sie gelten gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs als Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und als sonstige juristische Person des privaten Rechts im Sinne des § 2 Abs. 3 GewStG. Ausländische AIF in der „Rechtsform eines Sondervermögens“ oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsform wie beispielsweise der Luxemburgische fonds commun de placement (FCP), die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b des Entwurfs nicht erfüllen, gelten ebenfalls nach § 19 Abs. 1 des Entwurfs als Vermögensmassen im Sinne des § 2 Nr. 1 KStG und als sonstige juristische Person des privaten Rechts im Sinne des § 2 Abs. 3 GewStG.

Durch die gegenüber dem Referentenentwurf veränderte Fassung der Norm sollen zunächst nicht nur SICAVs in der Rechtsform einer S.A., sondern z.B. auch der GmbH vergleichbare ausländische Gesellschaften erfasst werden. Dieses umfassende Verständnis ergibt sich nunmehr – anders als noch beim Referentenentwurf – aus dem geänderten Wortlaut des Gesetzes selbst und nicht nur aus der Begründung. Die insoweit geschaffene Rechtssicherheit ist – vorbehaltlich der grundsätzlichen Kritik an der Gesetzessystematik – zu begrüßen.

a. Beschreibung der Konsequenzen

Um die Konsequenzen richtig beurteilen zu können, die das vorliegende Besteuerungskonzept zeitigen könnte, ist es zunächst notwendig, einen kurzen Vergleich zum Status quo nach dem gegenwärtigen InvStG zu ziehen. Eine Besteuerung auf Fondsebene erfolgt bislang grundsätzlich nicht. Für ausländische Fonds richtet sich die Besteuerung nach allgemeinen Regeln (insbesondere § 49 EStG), d.h. die Besteuerung ausländischer Investmentvermögen ist nicht im InvStG geregelt. Hierdurch wird verhindert, dass die Anlage über einen Fonds gegenüber einer Direktanlage Nachteile aufweist. Weiter erfolgt die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen beim Anleger – von Ausnahmen abgesehen (vgl. § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG) – erst zum Zeitpunkt der Ausschüttung. Der Anleger muss also grundsätzlich keine (thesaurierten) Gewinne versteuern, die er selbst nicht realisiert hat. Eine Überbesteuerung wird hierdurch vermieden. Weiterhin ergibt sich hierdurch die für die Praxis wichtige Möglichkeit der Glättung von Erträgen über mehrere Jahre. Insbesondere Lebensversicherungen sind aufgrund der vertraglichen Verpflichtung gegenüber den Versicherungsnehmern zur Erbringung garantierter Leistungen auf die Erzielung gleichmäßiger Erträge angewiesen.

Die Folge einer Besteuerung nach den jetzt insbesondere in § 19 des Entwurfs vorgesehenen Regeln bedeutet für inländische Vehikel eine Besteuerung auf dieser Ebene mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer sowie den Verlust der Möglichkeit zur Gewinnthesaurierung und damit auch der Glättung der Erträge für die Anleger.

Für inländische Anleger ergeben sich nach den Plänen des § 19 InvStG-E ferner folgende steuerliche Konsequenzen:

- Bei Privatanlegern unterliegen sowohl Ausschüttungen von Kapital- Investitionsgesellschaften als auch entsprechende Rückgabe-/ Veräußerungsgewinne wie gewöhnliche Dividenden und Veräußerungsgewinne der Abgeltungsteuer. Insofern ergeben sich grundsätzlich keine Änderungen gegenüber der aktuellen Rechtslage. Allerdings ist anzumerken, dass künftig Anleger dieser Vehikel nicht mehr in den Genuss der ggf. anteiligen Steuerbefreiung von Immobiliengewinnen kommen.
- Bei betrieblichen Anlegern geht der Gesetzentwurf davon aus, dass diesen effektiv eine 95%ige (§ 8b KStG bei Körperschaften) bzw. 40%ige (§ 3 Nr. 40 EStG bei betrieblichen Anlegern) Freistellung von

der Körperschaft- bzw. Einkommensteuer für Ausschüttungen und entsprechende Veräußerungsgewinne dann nicht gewährt wird, wenn die Kapital-Investmentgesellschaft (bei Ansässigkeit in einem EU/EWR-Staat) in dem Ansässigkeitsstaat keiner Ertragsbesteuerung unterliegt oder von ihr befreit ist oder wenn sie (bei Ansässigkeit in einem Drittstaat) einer Ertragsbesteuerung von weniger als 15% unterliegt.

- Die Hinzurechnungsbesteuerung des Außensteuergesetzes („AStG“), nach der bestimmte „passive“ niedrig besteuerte Erträge dem Anleger u.U. hinzugerechnet werden, bleibt – jedenfalls nach dem Wortlaut des Entwurfs teilweise – anwendbar (§ 19 Abs. 4 InvStG-E). Laut der Begründung soll damit im Bereich der Kapital-Investmentgesellschaften das AStG dem InvStG künftig vorgehen.

Allerdings geht der Gesetzentwurf, nach dem Ausschüttungen einer Kapital-Investmentgesellschaft als Dividenden gelten, erkennbar noch von der Rechtslage aus, nach der die Steuerbegünstigung des § 8b KStG auf Dividenden generell Anwendung findet. Zwischenzeitlich ist jedoch durch das Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 in der Rs. C-284/09 eine Steuerpflicht für Streubesitzdividenden eingeführt worden. Da Investmentvermögen, auch wenn diese als Kapital-Investmentgesellschaft gelten, überwiegend Dividenden aus Beteiligungen von unter 10% erhalten (jedenfalls soweit es sich nicht um Immobilienfonds handelt, vgl. § 1 Abs. 1b Nr. 6 und 7 InvStG-E) und auch die Anleger regelmäßig zu weniger als 10% an dem Fonds beteiligt sind, kommt es künftig bei entsprechenden Anlegern (jenseits der Anwendung des § 3 Nr. 41 EStG) zu einer zweifachen Besteuerung, während hinsichtlich der ausgeschütteten Dividenden die Verfasser des Gesetzentwurfs noch von einer möglichen Freistellung von der Besteuerung ausgegangen sind.

Insoweit ist der vorliegende Gesetzesentwurf bereits jetzt erkennbar veraltet.

Weiterhin ist die Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InvStG-E, die die Anwendung des § 8b KStG sowie im Übrigen des § 3 Nr. 40 EStG von besonderen Voraussetzungen abhängig macht, abzulehnen. Hierdurch würde die Anlage in Kapital-Investmentgesellschaften schlechter gestellt werden als die direkte Beteiligung an einer regulären Kapitalgesellschaft.

Bei der Ansässigkeit in einem Drittstaat fordert der Gesetzentwurf, dass die Kapital-Investmentgesellschaft dort einer Ertragsbesteuerung von mindestens 15 % unterliegt. Ein solcher Mindeststeuersatz ist zu hoch gewählt und wird in den meisten EU-Mitgliedsstaaten nicht erreicht.

Der Gesetzentwurf fordert zwar bei Ansässigkeit der Kapital-Investitionsgesellschaft in einem EG-Mitgliedsstaat nicht einen Mindeststeuersatz, sondern lediglich dass die Kapital-Investitionsgesellschaft der Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften unterliegt. Hiergegen bestehen jedoch ebenfalls Bedenken.

Zu berücksichtigen ist, dass selbst wenn Investitionsgesellschaften in ihrem Sitzland tatsächlich keiner Besteuerung unterliegen, die Beteiligungserträge bereits in der ersten Stufe (d. h. bevor sie in die Investitionsgesellschaft fließen) einer Ertragsbesteuerung unterlegen haben können.

Neben Private Equity-Fonds, Infrastrukturfonds, Fonds, die in Windkraft, Solaranlagen und andere „erneuerbare“ Energien angelegt sind, investieren auch Immobilienfonds, die nicht als Investmentfonds gelten, regelmäßig indirekt über Portfolio-, Projekt- oder Objektgesellschaften, die im Investitionsland regelmäßig einer Besteuerung unterliegen. Zahlreiche der genannten Investitionen unterliegen daher in den Investitionsländern einer (Einmal-)Besteuerung.

Nach alledem ist die geplante Besteuerung der Kapital-Investitionsgesellschaften gemäß § 19 InvStG-E in der jetzigen Ausgestaltung abzulehnen. Im Übrigen halten wir den partiellen Verweis in die außensteuerlichen Hinzurechnungsvorschriften für dringend klärungsbedürftig.

b. Grundsätzliche Kritik

Grundsätzlich ist es darüber hinaus nicht nachvollziehbar, warum zwischen Investmentfonds und Investitionsgesellschaften bei der Besteuerung derart gravierende Unterschiede aus Sicht der Finanzverwaltung notwendig sein sollen. Wir bitten dies im laufenden Gesetzgebungsverfahren nochmals kritisch zu hinterfragen. Insbesondere erscheint es wenig eingängig, warum beispielsweise ein Fonds mit jährlichem Rückgaberecht anders besteuert werden soll als ein Vehikel, das eine Rückgabefrist von 366 Tagen oder 13 Monaten vorsieht. Gleiches gilt für Fonds, die Kredite oberhalb der (grundsätzlich kritikwürdigen) Leveragegrenzen einsetzen.

Aus Sicht des ZIA fehlt es hierfür an einer ausreichenden Rechtfertigung. Sollte dies nicht durchsetzbar sein, sollte jedenfalls – wie nach § 18 InvStG-E und bereits oben unter Punkt I.3 gefordert – ein umfassender Rechtsfolgenverweis

auf die "allgemeinen" Steuerregeln für Kapitalgesellschaften bzw. Körperschaften vorgesehen werden.

c. Kategorische Ablehnung einer Pauschalbesteuerung nach dem Vorbild des § 6 InvStG

Der ursprüngliche Referentenentwurf zum vorliegenden Gesetz sah vor, dass inländische Anleger von Kapital-Investitionsgesellschaften einer obligatorischen Pauschalbesteuerung nach dem Vorbild des § 6 InvStG unterworfen werden sollten. Es wurde bereits festgestellt, dass dies nicht sachgerecht war. Der ZIA begrüßt daher, dass sich ein derartiges Konzept im Regierungsentwurf nicht wiederfindet.

Die zunächst geplante Pauschalbesteuerung nach § 19 des Referentenentwurfs würde gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip in Gestalt des objektiven Nettoprinzips verstoßen. Denn der Steuerpflichtige hätte Steuern auf einen fiktiven, tatsächlich nicht erwirtschafteten Ertrag zu zahlen. Zwar ist es dem Gesetzgeber erlaubt, generalisierende bzw. typisierende Regelungen zu treffen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass durch die Typisierung nur eine verhältnismäßig kleine Gruppe betroffen und die Benachteiligung nicht sehr intensiv ist. Das wäre bei den Regelungen zur Pauschalbesteuerung nicht der Fall. Sie schießen in vielfältiger Weise über das gesteckte Ziel hinaus.

Daneben bestehen auch erhebliche europarechtliche Bedenken gegen eine derartige Besteuerung. Nach der ursprünglichen Begründung des Referentenentwurfs zu § 19 Abs. 2 sollte diese pauschale Besteuerung der Verhinderung einer dauerhaften steuerneutralen Thesaurierung von Gewinnen dienen. Insbesondere die Regelungen des AStG sollten nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht ausreichend sein, diese Besteuerungslücke hinreichend zu schließen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urteil vom 12.9.2006, Rs. C-196/04, „Cadbury Schweppes“) dürfen die Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung nur angewendet werden, wenn „das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, Verhaltensweisen zu verhindern, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird“. Diese Begrenzung der Anwendung des AStG sollte nach Ansicht der Verfasser des Referentenentwurfs zu nicht hinnehmbaren Besteuerungslücken führen.

Mit der in der seinerzeitigen Begründung dargelegten Argumentation zur Rechtfertigung der Pauschalbesteuerung zu § 19 des Referentenentwurfs könnte man jedoch eine umfassende Pauschalbesteuerung fordern, da sämtliche Finanzinstitute, Finanzholdings, aber auch operative Holdings niedrig besteuerte Einkünfte haben oder haben können und diese thesaurieren, wobei man deren Steuerniveau aufgrund der Entscheidung in der Rs. Cadbury Schweppes unter Umständen nicht auf das inländische Steuerniveau „herauf schleusen“ kann.

Daher war die Begründung des Referentenentwurfs nicht überzeugend; das Urteil in der Rs. Cadbury Schweppes zeigt vielmehr nur die Grenzen einer europarechtskonformen Besteuerung nach dem AStG auf. Der im Referentenentwurf vorgeschlagene Weg, diese bei einigen Produkttypen „auszuhebeln“, um eine höhere und beschleunigte Besteuerung zu erreichen, ist abzulehnen.

Unabhängig von dem eingangs aufgezeigten Verstoß gegen das verfassungsrechtlich garantierte Leistungsfähigkeitsprinzip sowie den europarechtlichen Bedenken müssen auch die wirtschaftlichen Folgen einer Pauschalbesteuerungsregelung berücksichtigt werden.

Wie ausgeführt werden betroffene Immobilienfonds (Kapital-Investmentgesellschaften) regelmäßig indirekt über Objektgesellschaften investieren, die im Investitionsland einer Besteuerung unterliegen. Zahlreiche der genannten Fonds, deren Anleger von der Pauschalbesteuerung betroffen wären, unterliegen daher in den Investitionsländern einer (Einmal-)Besteuerung. Da die Pauschalbesteuerung mangels genauerer Regelung danach nicht differenziert, stellen sich die betroffenen Investitionsstrukturen häufig aber nicht als "missbräuchlich" oder "sanktionswürdig" dar. Dies ist auch im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Würdigung zu beachten.

Insbesondere zahlreiche deutsche institutionelle Investoren, darunter viele Lebensversicherungsunternehmen als typischerweise größte Anlegergruppe, halten in ihren Portfolien Beteiligungen an Fonds, die unter die neue Pauschalbesteuerung fallen würden. Derartige Engagements – darunter auch Anlagen in Infrastrukturfonds, Windkraft, Solaranlagen und andere erneuerbare Energien, die rechtssicher insbesondere über Luxemburger Strukturen mittels SICAV S.A. und FCP dargestellt werden – wurden von Lebensversicherungen verstärkt in jüngerer Zeit als Reaktion auf die Niedrigzinsphase eingegangen, um den Versicherten die vertraglich und gesetzlich garantierte Mindestverzinsung bieten zu können.

Insbesondere für Lebensversicherer ist die mit der Pauschalbesteuerung verbundene drohende Besteuerung fiktiver Erträge steuerlich inakzeptabel, da sie mangels handelsbilanziellm Zufluss keine kompensierende Rückstellung für Beitragsrückerstattungen (RfB) bilden können. Die Pauschalbesteuerung hätte für diese praktisch besonders bedeutsame Investorengruppe der Lebensversicherungen nochmals verschärfte steuerliche Konsequenzen zur Folge. Sowohl Notverkäufe als auch (falls möglich) die Liquidation vor Laufzeitende wären mit erheblichen Verlusten verbunden, die letztlich zu Lasten der Versicherten gingen und andere aktuelle Maßnahmen des Gesetzgebers zur Stabilisierung der Lebensversicherungen konterkarieren würden.

Die nunmehr vom Bundesrat geforderte Prüfung, ob eine derartige Pauschalbesteuerung in das Gesetz (wieder) aufgenommen werden sollte, ist daher strikt abzulehnen.

V. Übergangsregelungen

Das AIFM-UmsG tritt zum 22. Juli 2013 in Kraft. Das geplante zeitgleiche Inkrafttreten des AIFM-StAnpG ist folgerichtig und grundsätzlich zu begrüßen. Investmentfonds, die vor diesem Stichtag nach dem bisherigen Recht aufgelegt wurden und in den bisherigen Anwendungsbereich des InvStG fallen, wird bei Nichterfüllung der künftigen Voraussetzungen zur Klassifizierung als Investmentfonds Bestandsschutz gewährt (§ 22 des Entwurfs).

Diese Regelung begrüßt der ZIA im Grundsatz ausdrücklich, da hierdurch insbesondere das Vertrauen der Anleger in der Frage der steuerlichen Behandlung ihrer Investments zutreffend geschützt wird.

Die Stellungnahme des Bundesrats vom 22. März 2013 ist insbesondere mit Blick auf die Befristung des Bestandsschutzes für bestehende Investmentfonds auf einen Übergangszeitraum von lediglich einem Jahr mit Nachdruck abzulehnen. Aus Sicht des ZIA ist es unbedingt wünschenswert, dass die Auffassung des Regierungsentwurfs rechtlich umgesetzt wird, wonach für vor dem 22. Juli 2013 aufgelegte Investmentvermögen ein unbefristeter Bestandsschutz für die Anwendung des InvStG gewährt wird. Nach dem derzeitigen Regierungsentwurf ist das Investmentsteuergesetz für nach dem 21. Juli 2013 aufgelegte AIF (Neufonds) nur anwendbar, wenn die gesamten in § 1 Abs 1b InvStG-E genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Ist nur eine dieser acht materi-

ellen Voraussetzungen nicht erfüllt oder sind die Anlagenbedingungen des AIF nicht entsprechend umgesetzt, droht eine intransparente Besteuerung als Kapital-Investitionsgesellschaft nach § 19 InvStG, die steuerlich – wie gezeigt – mit erheblichen Nachteilen für die Anleger verbunden ist. Ein Neufonds hat die Möglichkeit, seine Immobilieninvestitionen entsprechend den Vorgaben des § 1 Abs. 1b InvStG-E auszugestalten. Bestehende Fonds wären hingegen gezwungen, ihre bisher getätigten Immobilieninvestitionen im In- und Ausland auf die Vereinbarkeit mit den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b InvStG-E zu überprüfen. Ggf. müssten sie Maßnahmen ergreifen, damit sämtliche Voraussetzungen erfüllt werden. Immobilieninvestitionen sind jedoch langfristig angelegt (langfristige Mietverträge, beabsichtigte langfristige Kapitalbindungen). Erfahrungsgemäß lassen sich diese wirtschaftlichen Parameter von Immobilieninvestitionen nicht kurzfristig ohne wirtschaftliche Nachteile für den Fonds ändern.

Darüber hinaus bitten wir im Gesetzgebungsprozess einen weiteren Aspekt aufzugreifen und zu adressieren. Nach der Übergangserleichterung in der geänderten Tz. 297 des Erlasses des BMF zu Zweifels- und Auslegungsfragen zum InvStG (BMF v. 25.7.2011, IV C 1 – S 1980-1/08/10019:001, DStR 2011, S. 1521) zum InvStG gilt: Soweit ein ausländisches Investmentvermögen nach dem Rundschreiben 14/2008 (WA) der BAFin vom 22. Dezember 2008 abweichend von der bis dahin praktizierten Vorgehensweise kein ausländisches Investmentvermögen mehr wäre, wird es für die Anwendung des InvStG für vor dem 31. Mai 2013 beginnende Geschäftsjahre auch weiterhin als ausländisches Investmentvermögen eingestuft, wenn es (1) die Besteuerungsgrundlagen veröffentlicht hat und auch weiterhin veröffentlicht oder (2) dem BZSt eine entsprechende Mitteilung gemacht und später keine gegenteilige Mitteilung gemacht hat und die Anwendung des § 6 InvStG unabhängig von der Veröffentlichung ausgeschlossen ist. Auch für die von dieser Übergangserleichterung erfassten Fälle bleibt allerdings das günstige Besteuerungsregime des InvStG nur zeitlich begrenzt auf vor dem 31. Mai 2013 beginnende Geschäftsjahre anwendbar. Zur Vermeidung weiterer Verkomplizierungen sollte die zeitliche Begrenzung in Tz. 297 seitens der Finanzverwaltung rasch aufgehoben werden.

Der Entwurf sieht dagegen für AIF, die bisher nicht von den Regelungen des InvStG erfasst werden und bei denen die Besteuerung bisher vielmehr nach allgemeinen steuerrechtlichen Regelungen erfolgt, keinen Bestandsschutz vor. Damit würde ab dem 22. Juli 2013 eine Besteuerung nach § 18 oder 19 des Entwurfs erfolgen. Gerade in den Fällen des § 19 des Entwurfs wäre dies eine

weitere empfindliche Härte. Wir bitten daher zu prüfen, wenn entgegen den hier unterbreiteten Vorschlägen an dem Konzept des Entwurfs festgehalten wird, ob ein derartiger Systemwechsel zielführend ist.

Aus Sicht des ZIA sollten in § 22 des Entwurfs vielmehr auch für diese Fälle großzügige Übergangsregelungen aufgenommen werden, die sicherstellen, dass der steuerliche Status quo auch für diese Vehikel jedenfalls für eine gewisse Zeit weiterhin Bestand hat.

Um der veränderten Besteuerung zu entgehen, müssten Investoren ihre Investments anderenfalls in kurzer Zeit veräußern oder – falls überhaupt möglich und durchsetzbar – auf eine Liquidation der betroffenen Fonds und deren Anlagen drängen. Sowohl Notverkäufe als auch (falls möglich) die Liquidation vor Laufzeitende wären mit erheblichen Verlusten verbunden. Diese wirtschaftlichen Folgen sind im Entwurf offenbar unberücksichtigt geblieben.

VI. Artikel 4 des AIFM-StAnpG: Änderung des Umsatzsteuergesetzes (§ 4 Nr. 8 Buchst. h UStG)

Die geplante Neufassung des § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG nimmt Bezug auf den neu definierten Begriff des Investmentfonds (OGAW und AIF, die die Anforderungen im § 1 Abs. 1b InvStG-E erfüllen). Die bisherige Fassung bezog sich auf Investmentvermögen. Ausweislich der vorliegenden Gesetzesbegründung soll damit nur eine Anpassung an die neuen Begrifflichkeiten vorgenommen werden.

Der jetzt geplante Wortlaut des neuen § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG könnte jedoch dazu führen, dass Investmentvermögen, die aufgrund des Bestandsschutzes gem. § 22 Abs. 2 InvStG-E ertragsteuerlich weiterhin in den Genuss der transparenten Besteuerung kommen, hingegen demnächst keine Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG mehr in Anspruch nehmen können. Insoweit sollte klargestellt werden, dass der investmentsteuerliche Bestandsschutz auch für die Umsatzsteuer gilt.

VII. Korrektur der Verschärfungen durch das „Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 in der Rechtssache C-284/09“

Wir bitten zu prüfen, ob im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens folgende durch das vorbezeichnete und bereits ab 1. März 2013 geltende

Gesetz eingetretene Benachteiligung der indirekten Immobilienanlage korrigiert werden kann.

Die Regelungen ergeben eine wesentliche Verschärfung der Dividendenbesteuerung und eine Benachteiligung von durch Investmentvermögen gehaltenen Beteiligungen gegenüber der Direktanlage. Die wesentlichen Regelungen betreffen insbesondere die ganz grundsätzliche Nichtanwendung des § 8b Abs. 1 KStG bei Publikumsfonds aufgrund des § 2 Abs. 2 InvStG i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 in der Rechtsache C-284/09.

Hiernach gilt also eine grundsätzliche Steuerpflicht für vom Publikumsfonds vereinnahmte Dividenden. Nach der Neuregelung sind Dividenden, die durch den Publikumsfonds vereinnahmt werden und die bei den Anlegern als ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassen sind, ganz grundsätzlich nicht mehr nach § 8b Abs. 1 KStG zu 95% steuerbefreit, sondern in voller Höhe körperschaftsteuerpflichtig (vgl. § 2 Abs. 2 InvStG n.F.). Diese Regelung gilt im Gegensatz zur Direktanlage unabhängig davon, ob der Investmentfonds unmittelbar oder der Anleger „durchgerechnet“ eine Beteiligung von mindestens 10% an der ausschüttenden Kapitalgesellschaft inne hat.

Insbesondere bei Publikums-Immobilieninvestmentfonds, die nur einige wenige Anleger haben, jedoch in der Regel 100% (bzw. nahezu 100%) der Anteile an den Immobilien-Gesellschaften halten (vgl. auch die Möglichkeiten des § 1 Abs.1b Nr. 6 und 7 des Entwurfs), führt dies zu einer erheblichen Mehrbelastung gegenüber dem vorherigen Rechtsstand, ohne dass hierfür einen sachliche Begründung zu erblicken ist. Im Extremfall könnte der Ein-Anleger-Publikumsfonds mit einer „durchgerechneten“ Beteiligung an der ausschüttenden Kapitalgesellschaft von 100% seinen Anlegern lediglich voll steuerpflichtige Dividenden vermitteln.

Hiergegen kann auch nicht eingewendet werden, dass für derartige Fallgestaltungen die Möglichkeit zur Nutzung von Spezialinvestmentvermögen offen steht (bei denen aufgrund der Sonderregelungen eine Gewährung der Steuerbefreiung nach § 8b KStG grundsätzlich möglich wäre), da insbesondere bei Auslandssachverhalten nicht immer der Status als Spezialinvestmentvermögen i.S.d. § 16 InvStG zu erreichen ist.

VIII. Flankierende Regelung für die Liquidation von offenen Immobilienfonds

Gemäß § 100 Abs. 1 KAGB-E (bisher: § 39 InvG) geht in Fällen, in denen das Recht der KVG zur Verwaltung des Sondervermögens erlischt, in den dort näher bestimmten Fällen das Sondervermögen auf die Verwahrstelle über. Diese Übertragung löst Grunderwerbsteuer aus. Befreiungstatbestände, welche die Steuerbelastung reduzieren könnten, existieren nicht.

Durch diese Grunderwerbsteuerbelastung werden effektiv die Investoren belastet, da eine rein rechtliche Zurechnung entscheidend ist, obwohl die Bewegung der Immobilien zu keinem wirtschaftlichen Vorteil führt. Dennoch knüpft die Grunderwerbsteuer an den bloßen Rechtsträgerwechsel an. Es gibt keinen hinreichenden Grund, weshalb bei einer Liquidation eines offenen Immobilienfonds Grunderwerbsteuer doppelt oder mehrfach anfallen soll.

Dies gilt vor allem für den Fall der Übertragung von der KVG auf die Verwahrstelle (§ 100 Abs. 1 KAGB-E). Die Verwahrstelle ist in diesen Fällen mit einem Insolvenzverwalter zu vergleichen, der im Interesse der Gläubiger oder – im Fall der Verwahrstelle – der Anleger, das Vermögen bestmöglich verwertet. Nach einer Auslegungsentscheidung der BaFin (Geschäftszeichen: WA 42-Wp 2136-2012/0039) vom 27. November 2012 zum bisherigen § 39 InvG muss eine Verwertung bzw. Veräußerung grundsätzlich binnen einer Frist von drei Jahren erfolgen. Durch die Bestimmung einer Frist wird zum einen deutlich, dass eine derartige Übertragung lediglich eine „technische“ Frage der Abwicklung ist und kein echtes Verkehrsgeschäft vorliegt, sondern es vergleichbar ist mit der Übertragung von Verwertungsbefugnissen im Insolvenzfall. Zum anderen wird durch die Frist der Druck auf die Immobilienpreise erhöht, was sich nachteilig für den Anleger auswirken kann, wenn ein geringerer Veräußerungserlös erzielt wird.

Um diese hier geschilderte Situation, die sich ausschließlich nachteilig auf das Vermögen der Anleger auswirkt, abzuwenden, bitten wir Prüfung, ob für den Eigentumsübergang an die Verwahrstelle im Rahmen der Liquidation von offenen Immobilienfonds ein Steuerbefreiungstatbestand im Grunderwerbsteuergesetz geschaffen werden kann. Ähnliche Konstellationen werden schon heute aus Billigkeitsgründen im Gesetz erfasst: So regelt § 3 Nr. 8 Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) die Steuerfreiheit des Rückerwerbs eines Grundstücks durch den Treugeber bei Auflösung der Treuhand und § 4 GrEStG (Erwerbe aus öffentlichem Interesse).

Petitur:

Im Grunderwerbsteuergesetz sollte eine Befreiung für die vorbezeichneten Fälle aufgenommen werden.

Wir bitten die aufgezeigten Erwägungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen. Für Fragen und weitere Erläuterungen stehen wir gerne jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Carsten Rothbart'.

Carsten Rothbart

Leiter Steuern & Finanzen