

**Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger**  
Universitätsprofessor

Privat  
Anna-Seghers-Weg 2  
89134 Blaustein

Dienstlich  
Universität Ulm  
Fakultät für Mathematik und Wirtschaftswissenschaften  
Fachgebiet Wirtschafts- und Steuerrecht  
Hochschulstraße 22  
89081 Ulm  
Tel.: 0731 / 50 – 33000  
Fax.: 0731 / 50 - 33009  
[heribert.anzinger@uni-ulm.de](mailto:heribert.anzinger@uni-ulm.de)  
<http://www.uni-ulm.de/steuerrecht>

Prof. Dr. Heribert M. Anzinger | Anna-Seghers-Weg 2 | 89134 Blaustein

Frau  
Ingrid Arndt-Brauer, MdB  
Vorsitzende des Finanzausschusses  
im Deutschen Bundestag

nur via Mail:  
[finanzausschuss@bundestag.de](mailto:finanzausschuss@bundestag.de)

**6. Mai 2016**

**Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG)“ - BT-Drucksache 18/8045**

Sehr geehrte Frau Arndt-Brauer,

vielen Dank für die Einladung zur öffentlichen Anhörung zu o.g. Gesetzentwurf. Die Gelegenheit, dem Ausschuss vorab eine schriftliche Stellungnahme zukommen zu lassen, nehme ich mit diesem Schreiben wahr. In der gebotenen Kürze beschränke ich mich auf den vorgesehenen Übergang zu einer intransparenten Besteuerung bei Publikumsfonds (A.) und den Regelungsvorschlag zur Herstellung von Rechtssicherheit für die Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Dividendenerträge bei sog. Cum/Cum-Geschäften (B.).

**A. Übergang zu einer intransparenten Besteuerung bei Publikumsfonds**

**I. Ziele, Anlass und Rechtfertigung der Reform des Investmentsteuerrechts**

Die Grundstrukturen des geltenden Investmentsteuerrechts sind mit der investmentsteuerlichen Semi-Transparenz durch das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften v. 16.4.1957 angelegt worden. Davor sind Investmentvermögen rechtsformabhängig nach den allgemeinen Regeln des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts transparent und intransparent besteuert worden. Das Investmentsteuerrecht ist zuletzt durch das Investmentmodernisierungsgesetz v. 15.12.2003 und durch das AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 weitreichend geändert worden. Dabei sind die grundlegenden Strukturentscheidungen jeweils beibehalten worden, Investmentvermögen einheitlich als Körperschaftsteuersubjekt zu qualifizieren und investmentsteuerliche Transparenz durch Steuerfreistellung der Fondseingangsseite und selektive Besteuerung thesaurierter Gewinne in Gestalt ausschüttungsgleicher Erträge beim Anleger herzustellen.

Diese Regelungstechnik kennzeichnet bisher das deutsche Investmentsteuerrecht und unterscheidet sie von anderen semi-transparenten Investmentsteuersystemen.

Der Regierungsentwurf sieht eine Spaltung des Investmentsteuerrechts vor. Zukünftig soll zwischen Publikumsfonds und Spezialfonds deutlich unterschieden werden. Für Publikumsfonds ist eine Abkehr vom System der Semi-Transparenz vorgesehen. Sie sollen einem modifizierten System der intransparenten Besteuerung von Kapitalgesellschaften unterliegen. Bei Spezial-Investmentvermögen wird die Transparenz optional durch eine stärkere technische Verknüpfung im Bereich der Kapitalertragsteuer zwischen der Steuerfreistellung auf der Fondseingangsseite und der Steuererhebung auf der Fondsausgangsseite verstärkt.

Der Systemwechsel bei Publikumsfonds vollzieht sich nur bei Dividenden- und Immobilienerträgen. Investmentvermögen sind bereits im geltenden Recht Subjekt der Körperschafts- und Gewerbesteuer – und daher im Ausgangspunkt intransparent. Im bisherigen Recht sind aber alle Erträge des Fonds aus Anlagen grundsätzlich steuerfrei (§ 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG). Nur für Dividenden, inländische Immobilienerträge und Veräußerungsgewinne aus Immobilien und Erträge die nach § 49 Abs. 1 EStG im Inland besteuert werden können, soll diese Steuerfreiheit nach dem Gesetzentwurf aufgegeben werden (§ 6 Abs. 2 Entwurf). Zinsen, Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen, Gewinne aus Termingeschäften und ausländische Immobilienerträge bleiben damit auf der Fondsebene – wie bisher vor der Ausschüttung – grundsätzlich steuerfrei. Der in Bezug genommene Katalog des § 49 Abs. 1 EStG erfasst nur einen kleinen Ausschnitt der inländischen Zinsen, nur die in der Praxis bedeutungsarmen inländischen Veräußerungsgewinne aus Tafelgeschäften mit Wertpapieren und keine ausländischen Gewinne.

Die systematisch am weitesten reichende Änderung stellt die Aufgabe des Instituts der ausschüttungsgleichen Erträge und die typisierende Berücksichtigung der Vorbelastung der Fondserträge durch ein Teilfreistellungssystem dar. Das System der ausschüttungsgleichen Erträge wird einerseits durch die Vorbelastung der Fondserträge aus Dividenden und Immobilienerträgen und andererseits durch eine neue Vorabpauschale ersetzt. Diese Vorabpauschale beträgt 70 % des Basiszinssatzes nach § 203 Abs. 2 BewG und bezieht sich mit diesem Zins auf den Rücknahmepreis des Fonds. Für das Jahr 2016 beträgt dieser Basiszins 1,1 %. Bezogen auf das bisherige Recht muss diese Vorabpauschale die geringere Belastung der Dividenden, Immobilienerträge und punktuell erfassten sonstigen inländischen Kapitalerträge bis zur Ausschüttung an inländische Anleger ausgleichen.

Den dringendsten Anlass der Reform bildet die Rechtsunsicherheit über die Vereinbarkeit des geltenden Investmentsteuerrechts mit dem Unionsrecht. Das Zentrum dieser Unsicherheit bildet die Befreiung inländischer Dividendenausschüttungen an deutsche Investmentvermögen vom Kapitalertragsteuerabzug. Im geltenden System wird diese Befreiung für Dividendenausschüttungen an ausländische Investmentvermögen nicht gewährt. Die Privilegierung inländischer Fonds auf der Eingangsseite begründet nach den Entscheidungen des EuGH in den zum polnischen und französischen Recht entschiedenen Rechtssachen *Santander* und *Emerging Marktes* eine erhebliche Rechtsunsicherheit über die Vereinbarkeit des deutschen Investmentsteuerrechts mit der Kapitalverkehrsfreiheit. Die Kapitalverkehrsfreiheit bezieht in ihren Schutzbereich nicht nur Investmentvermögen in anderen Mitgliedstaaten der EU, sondern auch alle in Drittstaaten ansässigen Investmentfonds ein. Diese Rechtsunsicherheit ist mit erheblichen Haushaltsrisiken verbunden. Sie erfordert eine Anpassung des Investmentsteuerrechts.

Im Regierungsentwurf wird nachvollziehbar dargelegt, dass das geltende Investmentsteuerrecht im Mittelpunkt besonders gravierender missbräuchlicher Gestaltungen steht. Ein Großteil der aufgezählten aggressiven Steuergestaltungen hat ihren Ursprung allerdings nicht im Investmentsteuerrecht, sondern ist im System der Kapitaleinkommensbesteuerung angelegt. Investmentvermögen stehen nur deshalb im Mittelpunkt dieser Gestaltungen, weil sie sich als Vehikel für Gestaltungen mit großen Transaktionsvolumen eignen.

Nachvollziehbar wird im Regierungsentwurf auch der Reformgrund des hohen Steuervollzugsaufwands beschrieben. Dieser erhebliche Vollzugsaufwand hat seinen Ursprung allerdings nicht allein im Investmentsteuerrecht, sondern vor allem im vielschichtigen und von zahlreichen Ausnahmetatbeständen durchzogenen System der inländischen und grenzüberschreitenden Kapitaleinkommensbesteuerung. Die Komplexität des Systems der Kapitaleinkommensbesteuerung und des Kapitalertragssteuerabzugs potenziert sich in einem transparenten Investmentsteuersystem.

Aus der Perspektive der Finanzverwaltung erscheint auch der vierte Reformgrund nachvollziehbar. Das geltende Recht lässt weder eine wirksame Verifikation der Besteuerungsgrundlagen durch die Finanzbehörden noch eine rückwirkende Korrektur von fehlerhaften Besteuerungsgrundlagen zu.

*Der Reformbedarf des Investmentsteuerrechts wird mit den im Regierungsentwurf aufgezählten Gründen überzeugend begründet.*

## **II. Beseitigung unionsrechtlicher Risiken**

Im geltenden Investmentsteuerrecht werden deutsche Investmentvermögen gegenüber ausländischen Anlegern beim Kapitalertragsteuerabzug auf inländische Dividenden technisch privilegiert. Sie erhalten inländische Dividendenausschüttungen ungemindert, d. h. frei von einem Kapitalertragsteuerabzug. Der Grund dafür ist die Steuerbefreiung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG. Der Kapitalertragsteuerabzug auf Dividendenerträge wird grundsätzlich unabhängig von einer Ausschüttung durch den Fonds nachgeholt. Sie unterliegen im Jahr des Zuflusses an den Fonds als ausschüttungsgleiche Erträge oder Ausschüttungen dem Kapitalertragsteuerabzug durch das inländische Investmentvermögen. Ausländische Investmentvermögen können nicht zum Abzug deutscher Kapitalertragsteuer verpflichtet werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, dass der Kapitalertragsteuerabzug im geltenden Investmentsteuerrecht zum letzten im Inland möglichen Zeitpunkt vorgenommen wird und ausländische Investmentvermögen inländische Dividendenausschüttungen nur gemindert um den Kapitalertragsteuerabzug erhalten. In dieser Ungleichbehandlung in- und ausländischer Fonds könnte im geltenden Recht aber gleichwohl eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit bestehen, deren Rechtfertigung mit Rechtsunsicherheiten verbunden ist.

Zur Beseitigung der unionsrechtlichen Risiken durch die Privilegierung inländischer gegenüber ausländischen Investmentfonds sind im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zwei Wege diskutiert worden. Ein Vorschlag sah die Ergänzung des geltenden Systems der Investmentbesteuerung vor. Durch eine Reformulierung der §§ 7 Abs. 3 Satz 1 und 11 Abs. 1 und 2 InvStG sollte die innere Verbindung zwischen der Steuerbefreiung auf der Fondseingangsseite und dem Kapitalertragsteuerabzug auf der Fondsausgangsseite verdeutlicht und dadurch der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz aktiviert werden. Dieser Vorschlag einer minimalinvasiven Reform erschien mit den Gründen der EuGH-Entscheidung in

der Rechtssache *Emerging Marktes* ausreichend, um die Vereinbarkeit des geltenden Investmentsteuerrechts mit dem Unionsrecht herzustellen. Vor dem Hintergrund der im Schrifttum geäußerten Zweifel und verbleibenden Unsicherheiten hinsichtlich der Weiterentwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Rechtfertigungsgrund der Kohärenz wäre eine minimalinvasive Korrektur aber mit verbleibenden Rechtsunsicherheiten verbunden.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung beseitigt mit einem grundlegenden Systemwechsel bei Publikumsfonds die Privilegierung inländischer Fonds im Bereich der Dividendenbesteuerung auf der Fondseingangsseite vollständig. Bei inländischen Fonds sollen Dividenden auf der Fondsebene durch einen die Körperschaftsteuer abgeltenden Kapitalertragsteuerabzug von 15 % belastet werden. Für ausländische Fonds greift derselbe Kapitalertragsteuerabzug in Höhe von 15 %.

Der Entwurf beseitigt damit wirksam die unionsrechtlichen Zweifel an der Geltung der für die Fondseingangsseite geltenden Besteuerungsregeln.

Im deutschen Schrifttum ist bezogen auf den früheren Diskussionsentwurf zur Reform des Investmentsteuergesetzes die Vereinbarkeit des Teilfreistellungssystems mit Unionsrecht angezweifelt worden (Rehm/Nagler, BB 2015, 1248, 1249). Diese Zweifel beziehen sich im Kern auf das doppelte Ziel der Reform, eine Gleichstellung in- und ausländischer Investmentvermögen zu bewirken und zugleich die Gesamtsteuerbelastung inländischer Anleger nicht signifikant zu verändern. Im Fokus dieser Kritik steht die Verbindung der vorgesehenen Fondsbesteuerung im Inland mit einer Teilfreistellung der Erträge beim inländischen Anleger, mit der die Vorbelastung auf Fondsebene beim inländischen Anleger neutralisiert werden soll. Von dieser Teilfreistellung profitierten ausländische Anleger nicht. Ausländische Anleger in deutschen Publikumsfonds könnten nach der Reform steuerlich schlechter als inländische Anleger gestellt sein.

Diese unionsrechtlichen Zweifel greifen nicht durch, wenn, wie im Gesetzentwurf in § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG-E vorgesehen, die Teilfreistellung nach § 20 InvStG-E bereits beim Kapitalertragsteuerabzug zu berücksichtigen ist. Dann trifft in- und ausländische Anleger auch auf der Fondsausgangsseite die gleiche Quellensteuerbelastung. Die weitere Berücksichtigung der Vorbelastung fällt in die territoriale Zuständigkeit des Ansässigkeitsstaates. Wo der Gesetzentwurf noch weiter geht und ausländische Anleger vollständig vom Kapitalertragsteuerabzug freistellt, kommt es allenfalls zu einer unionsrechtlich unbedenklichen Inländerdiskriminierung.

Im Ergebnis richtet sich die Besteuerung des ausländischen Anlegers diskriminierungsfrei allein nach den Regeln seines Ansässigkeitsstaates. Das vorgeschlagene System der Besteuerung der Publikumsfonds erscheint danach sowohl auf der Fondseingangs- als auch auf der Fondsausgangsseite mit dem Unionsrecht vereinbar. Das gilt auch für Spezial-Investmentfonds, die die Transparenzoption des § 30 InvStG-E nicht ausüben.

Noch nicht diskutiert worden ist die Frage, ob die Fortführung der Fondsprivilegien in einem intransparenten Investmentsteuersystem eine unionsrechtlich unzulässige Neu-Beihilfe zugunsten inländischer Investmentfonds darstellen könnte. Der plakative Systemwechsel bei Publikumsfonds ändert das Bezugssystem vor dessen Hintergrund die Steuerbefreiung von Zinsen, Gewinnen aus Termingeschäften und ausländischen Immobilienerträgen beihilferechtlich zu beurteilen ist. Dieser Systemwechsel könnte auch die Natur dieser Fondsprivilegien ändern und sie als Neu-Beihilfe erscheinen lassen, die nach Art. 107 Abs. 3 AEUV notifizierungspflichtig wäre. In einem transparenten Besteuerungssystem konnten die Fondsprivilegien auf Fondsebene als Ausprägung investmentsteuerlicher Transparenz gerechtfertigt werden. Erst auf Anlegerebene bildeten sie eine Bereichsausnahme von den ausschüttungsgleichen

Erträgen. Eine Notifizierung der Fondsprivilegien ist nach dem Gesetzentwurf nicht vorgesehen. Insofern könnte eine neue Rechtsunsicherheit bezogen auf die Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Investmentsteuersystems mit dem unionsrechtlichen Beihilfenrecht entstehen.

Die Vereinbarkeit der Transparenzoption bei Spezialinvestmentvermögen mit Unionsrecht ist im Schrifttum bisher nicht vertieft worden. Für Spezial-Investmentfonds, die die Transparenzoption ausüben, konstruiert der Reformentwurf eine neue Form der Semi-Transparenz, die mit dem bisherigen Modell der Semi-Transparenz nur eingeschränkt vergleichbar ist. Zwar wird das Spezial-Investmentvermögen im Besteuerungssystem der Transparenzoption weiter als Körperschaftsteuersubjekt fingiert und zugleich von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit. Es fungiert in diesem System aber deutlicher als bisher nur als Relaisstation für die Kapitalertragsteuer. Die steuerliche Transparenz ist bezogen auf den unionsrechtlich kritischen Kapitalertragsteuerabzug auf Dividendenerträge des Fonds weitergehend als im bestehenden Investmentsteuerrecht, weil durch § 31 Abs. 1 InvStG-E für die Zwecke der Kapitalertragsteuer eine unmittelbare Beziehung zwischen dem Anleger und den Kapitalertragsteuerentrichtungspflichtigen hergestellt wird.

Auch wenn der Regierungsentwurf nicht erläutert, inwieweit durch den Systemwechsel bei Publikumsfonds und die Anpassungen bei Spezial-Investmentfonds mit gewählter Transparenzoption unionsrechtliche Risiken beseitigt werden und die im allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung in Abschnitt IV. getroffene knappe Feststellung, das Gesetz enthalte keine unmittelbaren Bezüge zum EU-Recht oder völkerrechtlichen Verträgen, mit dem zentralen Reformanlass nicht vereinbar erscheint, beseitigt der Gesetzentwurf die bisherigen Rechtsunsicherheiten bezogen auf die Vereinbarkeit des Investmentsteuerrechts mit Unionsrecht auch für Spezial-Investmentfonds.

*Der vorgeschlagene Übergang zu einer intransparenten Besteuerung bei Publikumsfonds kann die Vereinbarkeit des Investmentsteuerrechts mit dem Unionsrecht erhöhen. Der Systemwechsel könnte aber eine neue Rechtsunsicherheit bezogen auf die Vereinbarkeit der Fondsprivilegien mit dem europäischen Beihilfenrecht begründen.*

### **III. Verringerung der Gestaltungsanfälligkeit**

Ein großer Teil der im Allgemeinen Teil der Begründung aufgezählten aggressiven Steuergestaltungen hat seine Wurzeln nicht im Investmentsteuerrecht. Gestaltungen im Bereich der Kapitaleinkommensbesteuerung beruhen überwiegend auf einer unsystematischen und in sich widersprüchlichen Besteuerung von Kapitaleinkommen. Cum/Ex-Geschäfte zielen auf einen vermeintlichen Konstruktionsfehler im Kapitalertragsteuerrecht, nicht im Investmentsteuerrecht. Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung suchen die Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen bei ausländischen Investoren und Kapitalgesellschaften auszunutzen. Kopplungsgeschäfte nutzen die Fondsprivilegien von Veräußerungsgewinnen. Nur die Gestaltungsmodelle um den Ertragsausgleich nutzen spezifische Konstruktionsfehler des Investmentsteuerrechts aus. Eine Fülle von Gestaltungen mit Finanzinstrumenten, die die unterschiedliche Besteuerung von grenzüberschreitenden Dividenden und Veräußerungsgewinnen und die Rechtsformabhängigkeit der Kapitaleinkommensbesteuerung ausnutzen, wird durch den Gesetzentwurf nicht adressiert.

Der im steuerwissenschaftlichen Schrifttum wegen seiner widersprüchlichen Lücken kritisierte Katalog der inländischen Einkünfte in § 49 Abs. 1 EStG wird nach § 6 Abs. 5 Nr. 1 InvStG-E – ohne Fortentwicklung – den Ausgangspunkt zur Bemessung der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage von Publikumsfonds bilden. Damit wird zwar der Status quo zur bisherigen Rechtslage erhalten. Es werden aber auch die Elemente in ein neues Investmentsteuerrecht übernommen, die als besonders gestaltungsanfällig gelten. Insbesondere die Besteuerung von inländischen Wertpapierleihgebühren und Veräußerungsgewinnen aus Aktiengeschäften bleibt im Katalog des § 49 Abs. 1 EStG hinter der sachlichen Steuerpflicht für inländische Direktanleger zurück.

Die Reform lässt die Grundstrukturen der Kapitaleinkommensbesteuerung unangetastet. Die Differenzierung zwischen in- und ausländischen Schachtel- und Streubesitzdividenden, in- und ausländischen Veräußerungsgewinnen aus Aktien, inländischen Immobilienerträgen und inländischen Veräußerungsgewinnen aus Immobiliengeschäften, ausländischen Immobilienerträgen, Wertpapierleihgebühren und Kompensationsgeschäften wird beibehalten und durch die Gruppierung in Aktienfonds, Mischfonds, Immobilienfonds mit überwiegend ausländischen Immobilien und Immobilienfonds mit überwiegend inländischen Immobilien noch vertieft. Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen, Zinserträge, Gewinne aus Termingeschäften und ausländische Immobilienerträge bleiben auf Fondsebene im neuen System eines steuerpflichtigen Publikumsfonds weiter steuerfrei. Das fordert Gestaltungen heraus, die Differenzierungen und Fondsprivilegien nutzen. Weil vielen dieser Differenzierungen kein sachlicher Grund entnommen werden kann, laufen auch viele Missbrauchsregelungen ins Leere. Der Rechtsanwender kann sich nur am Wortsinn orientieren. Das erleichtert Gestaltungen zusätzlich.

Das System des Kapitalertragsteuerabzugs hat bei Spezial-Investmentvermögen noch an Komplexität gewonnen. Das Risiko fehlerhafter Steuerbescheinigungen könnte sich erhöhen, wenn diese nach den Regeln der §§ 30, 31 InvStG-E ausgestellt werden. Das ausdrückliche Wahlrecht bei Spezial-Investmentvermögen, die faktische Wahlmöglichkeit zwischen Publikums- und Spezial-Vermögen und die typisierten Fondskategorien erweitern den Baukasten möglicher Gestaltungen.

Im Schrifttum und durch Verbände ist deshalb nachvollziehbar bezweifelt worden, dass das vorgeschlagene Investmentsteuerrecht deutlich weniger gestaltungsanfällig sei als das bestehende System (*Höring*, DStZ 2015, 835, 845; IDW, Ubg. 2015 556, 557).

*Es ist zu besorgen, dass der Übergang zu einer intransparenten Besteuerung bei Publikumsfonds für sich allein nicht die Gestaltungsanfälligkeit der Kapitaleinkommens- und Investmentbesteuerung verringern wird.*

#### **IV. Verringerung der Komplexität und des Steuervollzugsaufwands**

Die Komplexität des geltenden Systems der Kapitaleinkommensbesteuerung beruht auf der doppelten Differenzierung nach Quellen und Empfängern von Kapitaleinkommen. Diese Komplexität setzt sich im Investmentsteuerrecht fort. Sie potenziert sich in einem transparenten Investmentsteuersystem. Während auf der Fondseingangsseite zwischen in- und ausländischen Dividenden, Zinsen, inländischen Immobilienerträgen, inländischen steuerbaren und steuerfreien Veräußerungsgewinnen aus Immobiliengeschäften, Veräußerungsgewinnen aus Alt- und Neuwertpapieren und Gewinnen aus Termingeschäften zu unterscheiden ist, sind auf der Fondausgangsseite die verschiedenen Anlegertypen zu berücksichtigen. Zu unterscheiden sind in- und ausländische natürliche Personen, steuerpflichtige und

steuerbegünstigte Kapitalgesellschaften und andere Investmentvermögen. An den im System der Kapitaleinkommensbesteuerung angelegten vielschichtigen Differenzierungen ändert die vorgesehene Investmentsteuerreform nichts. Auch das überkomplexe Kapitalertragsteuersystem, auf das ein Teil des hohen Vollzugsaufwands im Investmentsteuerrecht zurückzuführen ist, bleibt im Kern unangetastet. Im Fondsprivileg für Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen setzt sich die unterschiedliche Behandlung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen im Investmentsteuerrecht fort.

In einem transparenten Besteuerungssystem müssen die unterschiedlichen Einkunftsquellen für jeden Anleger nachvollzogen werden. Das ist der Grund für die überbordenden und für die Finanzbehörden schwer zu verifizierenden Berichtspflichten zu den Besteuerungsgrundlagen in § 5 InvStG. Deren Komplexität begründet auch einen Teil des Spannungsverhältnisses zwischen dem Unionsrecht und dem geltenden Investmentrecht. Würde man die Zahl der Kapitaleinkunftsarten deutlich reduzieren und gelänge es, die Besteuerung in- und ausländischer Kapitaleinkünfte anzugleichen, würde sich die Zahl der berichtspflichtigen Daten deutlich reduzieren.

Im bestehenden System der Kapitaleinkommensbesteuerung führt indessen nur die vorgeschlagene Intransparenz zu einer wirksamen Reduktion der Komplexität. Sie ermöglicht es die Einkunftsarten zu bündeln und die Anleger mit wenigen Informationen zutreffend zu besteuern. Durch die vier Fondskategorien Aktienfonds, Mischfonds, Immobilienfonds mit überwiegend inländischen Erträgen und Immobilienfonds mit überwiegend ausländischen Erträgen, werden die Einkunftsarten typisierend zusammengefasst. Dadurch lassen sich auch die Berichtspflichten reduzieren. Notwendig sind wie im Entwurf ausgeführt nur Informationen über die Höhe des Fondsanteils, den Wert des Fondsanteils am Jahresanfang und am Jahresende und die Klassifizierung des Fonds. Im Ergebnis bewirkt die typisierende Zusammenfassung der verschiedenen Einkunftsarten in vier Fondstypen eine Reduktion der Komplexität der Kapitaleinkommensbesteuerung im Investmentsteuerrecht. Dadurch reduziert sich der Vollzugsaufwand bei Publikumsfonds sowohl bezogen auf das Investmentvermögen als auch bezogen auf die unterschiedlichen Anleger.

Dementgegen wirken die Sonderregeln für steuerbegünstigte Anleger. Die vorgesehene Aufrechterhaltung der Steuerbefreiung privilegierter Anlegergruppen auf Fondsebene in einem intransparenten Besteuerungssystem erhöht die Komplexität des Systems deutlich und wird insbesondere für die Depotbanken mit einem erhöhten Vollzugsaufwand verbunden sein (*Kral/Watzlaw*, BB 2015, 2198, 2199)

*Das Investmentsteuerrecht wird auch nach der Reform komplex und in Teilbereichen besonders vollzugsaufwendig bleiben. Insgesamt ist der Übergang zu einer intransparenten Besteuerung bei Publikumsfonds im bestehenden System der Kapitaleinkommensbesteuerung aber geeignet den Steuervollzugsaufwand für die Masse gestaltungsarmer Fälle zu senken.*

## **V. Ausgestaltung des intransparenten Besteuerungssystems bei Publikumsfonds**

### **1. Fondeingangsseite / Fondsebene**

Das vorgeschlagene System implementiert die intransparente Besteuerung auf Fondsebene dadurch, dass es die Körperschaftsteuerpflicht auf Fondsebene mit einer Kapitalertragsteuerpflicht auf der Fondeingangsseite verschmilzt. Der gewählte Kapitalertragsteuersatz von 15 %, der durch diese Fusion zugleich den Körperschaftsteuersatz bestimmt, passt sich in das System der grenzüberschreiten-

den Kapitaleinkommensteuer ein. Er spiegelt die Grenze des Quellensteuersatzes auf Streubesitzdividenden nach dem OECD-Musterabkommen und der deutschen DBA-Verhandlungsgrundlage. Für die Einkünfte die dem Fondsprivileg unterliegen, etwa Zinserträge, bleibt die Steuerfreiheit der Fondseingangsseite wie im bisherigen System erhalten.

## **2. Fondsausgangsseite / Anlegerebene: Vorabpauschale**

Durch eine Vorabpauschale, wie sie der Gesetzentwurf in § 18 vorsieht, kann grundsätzlich vermieden werden, dass die Fondsanlage gegenüber einer Direktanlage überprivilegiert wird. Die Vorabpauschale definiert eine steuerbare Mindestausschüttung des Fonds. Würde man auf die Vorabpauschale verzichten, würden Zinserträge, Veräußerungsgewinne und ausländische Immobilienerträge bis zur Ausschüttung überhaupt nicht besteuert und Dividendenerträge sowie inländische Immobilienerträge nur mit 15 % Körperschaft-/Kapitalertragsteuer belastet.

Die Vorabpauschale beträgt 70 % des Basiszinses nach § 203 Abs. 2 BewG und ist mit diesem Prozentsatz bezogen auf den Rücknahmepreis und gedeckelt auf den Wertzuwachs abzüglich der Ausschüttungen eines Jahres. Für das Jahr 2016 wären dies 0,77 % des Rücknahmepreises.

Unklar bleibt die wahre Funktion der Vorabpauschale. Mit der Orientierung am risikolosen Zins vereinbar wäre ihre Funktion als Ausgleich des Steuerstundungseffekts, der entsteht, weil privilegierte Erträge erst später, bei Ausschüttung, besteuert werden. Dann dürfte die Vorabpauschale aber beim Anleger nicht anrechenbar sein, sondern müsste definitiv wirken. Sieht man in der Vorabpauschale dagegen die Funktion die bisherigen ausschüttungsgleichen Erträge typisierend zu ersetzen, stellt sich die Frage, ob der risikolose Zins den richtigen Maßstab für die im Ergebnis anzustrebende Typisierung ausschüttungsgleicher Erträge bildet oder nicht besser der um eine Marktrisikoprämie nach § 203 Abs. 1 BewG erhöhte Zins zu Grunde gelegt werden sollte. Dann müssten aber auch die Teilfreistellungsquoten Anwendung finden und dann wäre es auch folgerichtig, die Vorabpauschalen bei der Veräußerung der Fondsanteile in voller Höhe zu berücksichtigen.

Fraglich ist, ob die die Kostenquote, die in den 30 % - Abschlag eingeflossen ist, sowohl in der Vorabpauschale als auch bei der Bemessung der Teilfreistellungsätze zutreffend berücksichtigt ist. Zumindest sollte sie vom Gesetzgeber regelmäßig überprüft werden.

## **3. Fondsausgangsseite / Anlegerebene: Teilfreistellung**

Während das System der Teilfreistellung einleuchtet, ist die Bemessung der Teilfreistellungsquoten schwer nachvollziehbar. In ihrer Typisierung könnte sich das verfassungsrechtliche Risiko einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes verwirklichen, wenn sich deren Höhe nach einer gründlichen Analyse nicht aus den typischen Sachverhaltskonstellationen herleiten lässt. Die Herleitung der Teilfreistellungsquoten wird in der Gesetzesbegründung nicht näher erläutert. Die zu Grunde gelegten Daten stehen damit zur Bewertung des Gesetzentwurfs in diesem Punkt nicht zur Verfügung.

Weil sich die Rahmenbedingungen und die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse, die der Bemessung der Teilfreistellungsätze zu Grunde liegen, ändern werden, erscheint auch eine andere Regelungstechnik vorzugswürdig. Anstelle absoluter Prozentsätze sollte nur die Berechnungsgrundlage für die Bemessung der Teilfreistellungsätze vom Gesetzgeber geregelt und diese Regelung mit einer Verordnungsermächtigung zur Konkretisierung und regelmäßigen Anpassung der Bemessungsätze verbunden werden. Wenn sich der Gesetzgeber dazu nicht entschließen kann, sollten die Maßstäbe der

Bemessung offengelegt und eine regelmäßige Überprüfung der Teilfreistellungssätze im Gesetz geregelt werden.

## **B. Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Dividendenerträge bei sog. Cum/Cum-Geschäften**

### **I. Ausgangslage unterschiedlicher Besteuerung grenzüberschreitender Dividenden, Veräußerungsgewinne und Wertpapierleihgebühren**

Cum/Cum-Geschäfte stellen ein weltweites Phänomen dar und beruhen auf der uneinheitlichen Besteuerung, insbesondere von grenzüberschreitenden Kapitaleinkünften. Streubesitzdividenden, Veräußerungsgeschäfte aus Aktien, Wertpapierleihgebühren und Kompensationszahlungen werden im deutschen Recht auf drei Ebenen unterschiedlich behandelt. Unabhängig von der Beteiligungshöhe unterliegen inländische Dividenden bei natürlichen Personen stets dem Grunde nach der Einkommensteuer. Bei Kapitalgesellschaften gilt dies – bezogen auf die Körperschaftsteuer – entsprechend für Beteiligungen unter 10 %. Demgegenüber sind Gewinne aus Veräußerungsgeschäften mit Aktien grundsätzlich nur bei natürlichen Personen steuerpflichtig. Bei Kapitalgesellschaften sind sie – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 8b Abs. 6 und 7 KStG – im geltenden Recht ebenso wie bei Investmentvermögen auf der Fondsebene unabhängig von der Beteiligungshöhe steuerfrei. Die vom Bundesrat eingeforderte Gleichbehandlung von Veräußerungsgewinnen aus Streubesitzbeteiligungen im Körperschaftsteuerrecht würde die Missbrauchsanfälligkeit der Kapitaleinkommensbesteuerung deutlich dämpfen.

Die Differenzierung zwischen Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien setzt sich im deutschen Außensteuerrecht fort. Es regelt, vor der Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen, die Grenzen des deutschen Besteuerungsanspruchs für nicht in Deutschland ansässige natürliche und juristische Personen. Das deutsche Außensteuerrecht ordnet Dividenden den steuerbaren Inlandseinkünften zu, wenn die ausschüttende Gesellschaft ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im Inland hat (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Lit. a EStG). Gebietsfremde unterliegen mit diesen Dividendeneinkünften der inländischen Besteuerung. Demgegenüber werden Veräußerungsgewinne aus Aktien mit den engen Ausnahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 5 Lit. d EStG grundsätzlich nicht den inländischen Einkünften zugeordnet. Sie bleiben außerhalb des Anwendungsbereichs der erweiterten beschränkten Steuerpflicht (§ 2 AStG) für nicht gebietsansässige Personen steuerfrei. Grenzüberschreitende Gewinne aus Veräußerungsgeschäften mit Aktien sind deshalb bereits nach den geltenden Vorschriften des Einkommensteuerrechts – nicht erst nach der Anwendung eines Doppelbesteuerungsabkommens – steuerfrei. Der deutsche Gesetzgeber kann diese Regeln autonom reformulieren ohne Doppelbesteuerungsabkommen zu verletzen und dadurch die Rechtslage gegenüber Gebietsansässigen in Staaten mit denen kein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen besteht, z.B. Panama, wirksam verändern. Damit wäre noch keine Erweiterung der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen im Inland, sondern nur eine Angleichung der Besteuerung ausländischer Anleger an die für Inländer bereits geltende Besteuerung von Veräußerungsgewinnen verbunden.

Das Abkommensrecht schränkt das Besteuerungsrecht auf grenzüberschreitende Dividenden und Veräußerungsgewinne nochmals ein. Historisch hat sich zumindest für Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Industriestaaten eine Abkommenspraxis entwickelt, die zwischen Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien differenziert. Ihren Ursprung hat diese Differenzierung in früher stärker ausgeprägten Unterschieden in den Einkommensbegriffen der Vertragsstaaten. Veräußerungsgewinne unterlagen insbesondere in Staaten, die dem anglo-amerikanischen Rechtskreis zuzuordnen sind, keiner

oder nur einer sehr geringen Besteuerung und sind bis heute nicht nur einer eigenen Einkunftsart, sondern oftmals auch einer eigenen Steuerart zugeordnet. Diese besondere Behandlung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien ist aber in allen Staaten zurückgegangen. Das System der Aufteilung der Besteuerungsrechte auf Kapitaleinkommen in der Abkommenspraxis gilt mittlerweile als reformbedürftig. Die BEPS-Initiative hat sich gleichwohl auf andere Schwerpunkte im Bereich der Unternehmensbesteuerung konzentriert. Nur einzelne Abkommen sehen, wie das Musterabkommen der Vereinten Nationen für Abkommen mit Entwicklungsländern, ein Besteuerungsrecht des Quellenstaates auf Veräußerungsgewinne aus Aktien vor. Sie enthalten dafür häufig Beteiligungsschwellen.

Für Streubesitzdividenden verbleibt der Bundesrepublik Deutschland in den Abkommen, die dem Musterabkommen der OECD und der deutschen Verhandlungsgrundlage entsprechen, zumindest ein Besteuerungsrecht in Höhe von 15 % (Artt. 10 Abs. 1, Abs. 2 Lit. b OECD-MA). Für Veräußerungsgewinne aus Aktien verzichtet Deutschland in Abkommen, die Art. 13 Abs. 5 der DBA-Verhandlungsgrundlage und dem OECD-Musterabkommen entsprechen, ganz auf sein Besteuerungsrecht.

Unabhängig von Existenz und Inhalt eines Doppelbesteuerungsabkommens sind zudem Wertpapierleihgebühren bei im Ausland ansässigen nicht unternehmerisch tätigen natürlichen Personen steuerfrei. Vom Katalog der Einkünfte aus Kapitalvermögen werden sie nicht erfasst. Sie unterliegen nur als sonstige Einkünfte iSd. § 22 Nr. 3 EStG der Einkommensteuer. Als solche werden sie vom Katalog der inländischen Einkünfte in § 49 Nr. 9 EStG nicht erfasst. In Doppelbesteuerungsabkommen die der Verhandlungsgrundlage entsprechen, verzichtet Deutschland auf sein Besteuerungsrecht für nicht unternehmerische andere Einkünfte (Art. 20 Abs. 1 DBA Verhandlungsgrundlage, Art. 21 Abs. 1 OECD-Musterabkommen).

Danach müssen nicht in Deutschland ansässige Personen Dividenden in Deutschland nach den allgemeinen Regeln, ggf. abkommensrechtlich beschränkt auf einen Quellensteuerhöchstsatz versteuern, Veräußerungsgewinne und Wertpapierleihgebühren dagegen in der Regel nicht. Darauf beruhen alle Gestaltungen, die darauf abzielen, steuerpflichtige Dividenden durch Wertpapierleih- oder Veräußerungsgeschäfte um den Dividendenstichtag in steuerfreie Wertpapierleihgebühren oder Veräußerungsgewinne umzuformen. Wenn dies gelingt, stellen sich im geltenden Recht die Fragen, wem die Dividenden nach § 39 AO zuzurechnen sind und ob es sich um einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten handelt. Beide Fragen sind derzeit mit Rechtsunsicherheiten verbunden.

## **II. Möglichkeiten einer Gleichbehandlung von grenzüberschreitenden Dividenden, Veräußerungsgewinnen und Wertpapierleihgebühren**

Der Regierungsentwurf verfolgt nicht den Lösungsansatz, die Besteuerung grenzüberschreitender Kapitaleinkünfte aus Dividenden und Veräußerungsgewinne anzugleichen oder zumindest einen Besteuerungsanspruch für Wertpapierleihgebühren zu begründen.

Im Verhältnis zu Staaten, mit denen kein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, könnte Cum/Cum-Geschäften aber bereits durch eine Erweiterung der Steuerpflicht grenzüberschreitender Kapitaleinkünfte im deutschen Recht begegnet werden. Dazu müsste zunächst die Beschränkung auf Tafelgeschäfte in § 49 Abs. 1 Nr. 5 Lit. d EStG gestrichen und der Inlandsbezug dieser Regelung an den in § 49 Abs. 1 Nr. 5 Lit. a EStG für Dividenden geregelten Inlandsbezug angeglichen werden. Dadurch würden inländische Anleger und ausländische Anleger in Nicht-DBA-Staaten bezogen auf die sachliche Steuerpflicht gleichgestellt. Die Durchsetzung dieses Besteuerungsanspruches auf Veräußerungsgewinne von Gebietsfremden aus Geschäften mit Aktien inländischer Gesellschaften stellt zwar hohe An-

forderungen an den Gesetzgeber. Er könnte aber an das bestehende System des Kapitalertragsteuerabzugs auf Veräußerungsgewinne aus Aktien anknüpfen (vgl. §§ 43 Abs. 1 Nr. 9; 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 Lit. a) aa) EStG) und entsprechend der Regelungen, die für eine Finanztransaktionssteuer angedacht wurden, zusätzlich die inländische Gegenpartei zum Steuerabzug verpflichten. Weiter müssten die Wertpapierleihgebühren und Kompensationszahlungen, soweit sie im geltenden Recht noch nicht als unternehmerische Einkünfte oder Einkünfte aus Kapitalvermögen, sondern nur als sonstige Einkünfte iSd. § 22 Nr. 3 EStG erfasst werden, entweder in den Katalog des § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG oder in die Kataloge der §§ 20 Abs. 1 EStG und 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG aufgenommen werden. Würde man Wertpapierleihgebühren geeignet in den Katalog der Einkünfte aus Kapitalvermögen aufnehmen, könnte sich dies auch auf die abkommensrechtliche Einkünftequalifikation auswirken und eine Zuordnungen zum Dividendenartikel des Art. 10 DBA-Verhandlungsgrundlage bewirken.

Im Verhältnis zu Staaten mit denen ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, müsste zusätzlich die deutsche Abkommenspolitik bezogen auf Art. 13 Abs. 5 DBA-Verhandlungsgrundlage und, wenn es bei der Qualifikation nicht unternehmerischer Einnahmen aus Wertpapierleihgebühren als sonstige Einkünfte bleiben soll, die Art. 20 DBA-Verhandlungsgrundlage entsprechenden Vertragsklauseln geändert werden, um den Gleichlauf der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien und Wertpapierleihgebühren zu gewährleisten. Verhandlungserfolge würden voraussetzen, dass mehrere Staaten sich zu einem Paradigmenwechsel bereit erklären. Das erscheint vor dem Hintergrund des nicht nur Deutschland betreffenden Phänomens des Dividendenstripings nicht ausgeschlossen, stellt aber keine kurzfristige Lösung dar.

Als Alternative zur Änderung der Doppelbesteuerungsabkommen könnte darüber nachgedacht werden, die bisher stichtagsbezogene Zurechnung der Dividendenerträge in § 20 Abs. 5 EStG zu ändern und einen Teil der Veräußerungsgewinne aus Aktien im deutschen Recht als Dividendenertrag zu qualifizieren. Diese Qualifikation könnte bei geeigneter Umsetzung im Abkommensrecht fortwirken und auf der Grundlage des bestehenden Art. 10 DBA-Verhandlungsgrundlage zumindest in den Grenzen der Quellensteuerhöchstsätze ein Besteuerungsrecht sichern.

### **III. Lösungsansatz einer Mindesthaltedauer als Anrechnungsbeschränkung**

Der Regierungsentwurf sucht nicht nach einer Gleichbehandlung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen. Er sieht eine symptombezogene typisierende Missbrauchsregelung in § 36 EStG vor. Diese Missbrauchsregelung modifiziert nicht die Zurechnungsregeln in § 20 Abs. 5 EStG und § 39 AO, um den Empfänger einer im Rechtskleid eines Veräußerungsgewinns, einer Wertpapierleihgebühr oder einer Kompensationszahlung versteckten Dividende mit der darauf entfallenden Quellensteuer zu belasten. Die Vorschrift sieht stattdessen eine steuerliche Mehrbelastung aller inländischen Dividendenempfänger in Höhe der Kapitalertragsteuer vor, die Aktien nur vorübergehend um den Dividendenstichtag halten, in diesem Zeitraum aber nicht zugleich zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien waren und weniger als 30 % des Wertveränderungsrisikos dieser Aktien tragen. Als vorübergehend definiert die Vorschrift einen Zeitraum von 45 Tagen.

Dieser Regelung ist einerseits eine überschießende Tendenz immanent (vgl. *Haisch*, RdF 2016, 85 f.). Sie begründet im Kapitalmarkt eine wirtschaftslenkende Nebenwirkung, indem sie einen starken Anreiz setzt, die betroffenen Aktien für den Mindestzeitraum von 45 Tagen zu halten oder für diesen Zeitraum auf wirtschaftlich sinnvolle Absicherungsgeschäfte zu verzichten. Andererseits ist denklogisch nicht si-

chergestellt, dass im Anwendungsbereich der Regelung alle Möglichkeiten zur Transformation von Dividenden in Veräußerungsgewinne, Wertpapierleihgebühren oder Kompensationszahlungen unterbunden werden oder der Anwendungsbereich der Vorschrift umgangen wird.

Ein Umgehungsrisiko besteht insbesondere bezogen auf das Wertveränderungsrisiko. Hier stellt sich zum einen die Frage, ob mit der Möglichkeit, 70 % des Wertveränderungsrisikos abzusichern, das Ziel der Vorschrift erreicht wird, Umgehungsgestaltungen zu unterbinden. Zum anderen stellt sich die Frage, wie der Begriff des Wertveränderungsrisikos zu interpretieren ist. Schließlich erscheint der Anwendungsbereich der Vorschrift sehr eng. Die Vorschrift gilt, wie die zur Bekämpfung von Cum-/Ex-Gestaltungen eingeführten Regelungen, nur für im Inland sammel- oder sonderverwahrte Aktien. Sollte die Wertpapiersammelbank, etwa im Rahmen einer Verlegung des Mittelpunkts ihrer geschäftlichen Aktivitäten, den Ort der physischen Sammelverwahrung in ein anderes Land verlegen, würde die Vorschrift ins Leere laufen. Die Vorschrift gilt nicht für Dividenden aus anderen Anteilen als Aktien.

Zumindest mit ihren Nebenwirkungen könnte die Vorschrift verfassungsrechtlich einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und die Berufsausübungsfreiheit und unionsrechtlich eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen, weil ihr Zweck darin besteht, grenzüberschreitende Wertpapierleih- und Veräußerungsgeschäfte zu unterbinden.

Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage, ob durch einen milderen Eingriff die verfolgten Ziele ebenso wirksam oder möglicherweise sogar wirksamer verfolgt werden könnten.

Würde man zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktien differenzieren, könnten die Haltedauern feiner auf das verfolgte Ziel abgestimmt werden. Bei börsennotierten Aktien erscheint es aufgrund der üblichen Anlagerichtlinien der Banken als ausreichend, eine Haltedauer von 10 Tagen vorzusehen, wenn zugleich in diesem Zeitraum von dem Steuerpflichtigen oder einer im iSd. § 1 Abs. 2 AStG nahestehenden Person das Wertveränderungsrisiko wirtschaftlich voll getragen werden muss. Eine Regelung mit diesem Inhalt wäre zudem weniger umgehungsanfällig. In allen anderen Fällen müsste der Zeitraum möglicherweise sogar länger gewählt werden und mit der Anforderung verbunden werden, dass in diesem Zeitraum das volle Wertänderungsrisiko getragen werden muss, um das angestrebte Ziel erreichen zu können, Cum/Cum-Gestaltungen zu vermeiden.

#### **IV. Rückwirkung und Einfluss auf die rechtliche Bewertung abgeschlossener Sachverhalte**

Die vorgeschlagene Vorschrift des § 36 Abs. 2a EStG-E enthält keine Regelung über die Zurechnung der Dividendenerträge iSd. §§ 20 Abs. 5 EStG, 39 AO und keine spezielle Missbrauchsregelung für Cum/Cum-Geschäfte. Sie regelt eine Strafbesteuerung für den inländischen Geschäftspartner, die diesen von Cum/Cum-Geschäften abhalten soll.

Mit diesem Regelungsinhalt enthält die Vorschrift keine Aussagen über die rechtliche Bewertung bisheriger Cum/Cum-Geschäfte. Es könnte sein, dass die vom ausländischen Vertragspartner im Rahmen eines Cum/Cum-Geschäfts bezogenen Veräußerungsgewinne, Kompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren bereits im geltenden deutschen Recht und im Abkommensrecht im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Dividenden zu qualifizieren sind oder der Dividendenbezug des inländischen Vertragspartners dem ausländischen Vertragspartner nach §§ 20 Abs. 5 EStG, 39 AO wirtschaftlich zuzurechnen ist.

Demgegenüber weckt die Regierungsbegründung stellenweise den Eindruck, die in der Vergangenheit praktizierten Gestaltungen seien nach der Rechtsauffassung der Bundesregierung geeignet, die Besteuerung der Dividenden wirksam zu vermeiden (S. 133: „Durch [...] kann ein Steuerausländer oder

eine inländische Körperschaft die Besteuerung der Dividenden vermeiden“ und S. 134: „Die beschriebenen Gestaltungen sind international üblich und werden auch gegenüber anderen Staaten eingesetzt. Einige Staaten setzen bereits gesetzliche Regelungen ein, um derartige Gestaltungen zu unterbinden“).

Auf die Auslegung der §§ 20 Abs. 5 EStG; 39; 42 AO können diese Passagen der Regierungsbegründung nur eine begrenzte Wirkung entfalten. Schwerer wiegt aber, dass die Regierungsbegründung den Empfängerhorizont der Finanzbehörden im Einklang mit einem gestaltungsfreundlichen Teil des Schrifttums beschreibt. Das hat rechtsgestaltend Einfluss auf die Frage, ob in der Vergangenheit getätigte Cum/Cum-Geschäfte offengelegt werden mussten oder nach § 153 AO offengelegt werden müssen.

Vor dem Hintergrund dieser vom Gesetzgeber möglicherweise nicht gewollten Wirkung der Regierungsbegründung, die Aufdeckung und zutreffende rechtliche Bewertung von Cum/Cum-Geschäften in der Vergangenheit einzuschränken, sollte die Aufnahme einer speziellen Anzeigepflicht in die Übergangsbestimmung des § 36 Abs. 2a EStG erwogen werden. Diese Anzeigepflicht könnte vereinfachend für alle von § 36 Abs. 2a EStG erfassten Geschäfte für den Zeitraum von fünf Jahren vor dessen Inkrafttreten gelten. Diese Anzeigepflicht sollte eigenständig und unabhängig von den §§ 377 ff. AO bußgeldbewehrt sein, um selbst dann, wenn keine Steuergefährdung oder Steuerhinterziehung vorliegt, aufsichtsrechtliche Maßnahmen vornehmen zu können.

Die Neuregelung soll nach § 52 Abs. 35a EStG-E erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden sein, die ab dem 1.1.2016 zufließen. Diese Rückwirkung erscheint in der Abwägung zwischen dem schutzwürdigen Vertrauen in die geltende Rechtslage und dem öffentlichen Interesse, Steuerumgehungsgestaltungen mit gravierenden Haushaltswirkungen zu unterbinden, unter Berücksichtigung der vom Bundesrechnungshof bezifferten erheblichen Steuerausfälle, der bestehenden Rechtsunsicherheit und der bereits im Vorjahr veröffentlichten Ankündigung noch gerechtfertigt.

(Professor Dr. Heribert Anzinger)