

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

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

30. November 2022

Forschungsstudie

fe14/19

für das

Bundesministerium der Finanzen  
Wilhelmstraße 97, 10117 Berlin

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

**Inhaltsübersicht**

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

## **Kurzzusammenfassung**

### Vereinbarkeit mit EU-Recht

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

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

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

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

### Verhinderung von Steuersparmodellen

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

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

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

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

### Steuervereinfachung

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

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

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

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

## **Brief summary**

### Conformity with EU law

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

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

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

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

### Preventing of Tax Avoidance Schemes

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

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

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

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

### Simplification of taxation

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

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

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

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

## **Teil I**

### **Vereinbarkeit mit EU-Recht**

## „Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018“

### Inhaltsverzeichnis

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

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

## „Unionsrechtliche Fragen zum Investmentsteuergesetz 2018“

### I. Zusammenfassende Übersicht

#### 1. Ausräumung der unionsrechtlichen Bedenken vor der Reform

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

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

#### 2. Unionsrechtliche Beurteilung der Investmentfondsbesteuerung

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

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

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

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

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

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

### 3. Unionsrechtliche Beurteilung der Spezial-Investmentfondsbesteuerung

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

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

### 4. Unionsrechtliche Beurteilung der Anlegerbesteuerung

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

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

### 5. Unionsrechtliche Beurteilung von Formalanforderungen des InvStG

Hinsichtlich der geprüften Formalanforderungen an Investmentfonds bestehen keine unionsrechtlichen Bedenken.

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

## II. Einführung

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

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

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

---

<sup>1</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 49.

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

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

### III. Unionsrechtliche Bedenken vor der Reform

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

#### 1. Steuerbefreiung bloß inländischer Investmentfonds

§ 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 unterschied zwischen der Besteuerung inländischer Investmentfonds, welche von der Körperschaftsteuer befreit waren, und ausländischer Investmentfonds, welche – je nach ihrer Einordnung im Rahmen eines Typenvergleichs als Körperschaftsteuersubjekt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 5 KStG – eben jener Steuer unterlagen, ohne dass die besondere Befreiung des InvStG 2004 anwendbar war. Nach der in der Literatur vorherrschenden Meinung<sup>3</sup> folgt aus der Einschränkung der Steuerbefreiung für ausländische Investmentfonds ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit im Lichte der einschlägigen EuGH Rechtsprechung.

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

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

---

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

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

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

## 2. Andere unionsrechtlich bedenkliche Bestimmungen des InvStG 2004

### a) Anrechnungsmöglichkeit nach § 4 InvStG 2004

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

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

### b) Volltransparenz für beschränkt steuerpflichtige Steuerausländer mit inländischen Immobilieneinkünften

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

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/8045, S. 72.

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

<sup>7</sup> Kleinert, *IStR* 2020, 210, 217.

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

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

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

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

#### IV. Entwicklung der EuGH Rechtsprechung

##### 1. Stand der Rechtsprechung bei Einführung des InvStG 2018

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

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

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

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

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

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

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

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

Hinsichtlich der Frage der Rechtfertigung einer durch die Ungleichbehandlung ausländischer gegenüber inländischen Investmentfonds erfolgenden Diskriminierung ergab sich aus der EuGH Rechtsprechung, dass eine ungleiche Steuerbelastung auf Ebene der Investmentfonds weder mit dem Ziel einer wirksamen Kontrolle der Steuererhebung (selbst gegenüber Drittstaaten, soweit ein DBA mit effektiven Informationsaustauschregelungen zur Anwendung kommt<sup>14</sup>) noch mit der Wahrung der Kohärenz des Steuersystems (mangels unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Steuerbefreiung des Fonds und Besteuerung der Anleger im Inlandsfall<sup>15</sup>) noch mit der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse (in Ermangelung einer Ausübung der Besteuerungsbefugnisse bei inländischen Investmentfonds<sup>16</sup>) gerechtfertigt werden kann.

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

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

## 2. Einschlägige Rechtsprechung nach Einführung des InvStG 2018

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>19</sup> Rs. C-480/16, Rn. 61.

<sup>20</sup> Rs. C-480/16, Rn. 82.

<sup>21</sup> Rs. C-480/16, Rn. 84.

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

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

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

---

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

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

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

<sup>25</sup> BFH I R 33/17 Rn. 72.

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

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

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

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

---

<sup>28</sup> Rs. 156/17, Rn. 60.

<sup>29</sup> Rs. 156/17, Rn. 73.

<sup>30</sup> Rs. 156/17, Rn. 76.

<sup>31</sup> Rs. 156/17, Rn. 81.

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

### 3. Weitere für die Beurteilung relevante Rechtsprechungsentwicklungen

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

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

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

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

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

---

<sup>33</sup> Leich, IStR 2020, 121.

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

---

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

<sup>35</sup> Rs. C-591/17, Rn. 48.

<sup>36</sup> Rs. C-591/17, Rn. 48-52.

<sup>37</sup> Rs. C-591/17, Rn. 44.

<sup>38</sup> Rs. C-591/17, Rn. 68.

<sup>39</sup> Rs. C-591/17, Rn. 77.

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

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

#### 4. Zusammenfassung des aktuellen Standes der Rechtsprechung zur Investmentfondsbesteuerung

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

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

---

<sup>40</sup> Rs. C-641/17, Rn. 81.

<sup>41</sup> Rs. C-560/13. *Wagner-Raith*.

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

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

Steuerbefugnisse andererseits – stellt sich erstens die Frage, ob diese Zwecke für sich genommen aus Sicht der Grundfreiheiten neutral und damit als legitim anzusehen sind, und zweitens, ob sie im konkreten Steuersystem auch folgerichtig umgesetzt sind. Grundvoraussetzung einer Vergleichbarkeit ausländischer Steuerpflichtiger ist angesichts der generellen Zielsetzung des Ertragssteuerrechts, dass diese überhaupt einer Steuer unterworfen werden. Nur soweit diese Grundvoraussetzung erfüllt ist, stellt sich die Folgefrage, ob, ungeachtet der Heranziehung des grenzüberschreitenden Falles zur Besteuerung, die Vergleichbarkeit aus anderen Gründen entfällt (beispielsweise aufgrund relevanter regulatorischer Unterschiede<sup>44</sup> oder Grenzen der praktischen Durchführbarkeit eines Steuersystems aus Gründen der limitierten Besteuerungshoheit<sup>45</sup>).

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

## V. Besteuerung von Investmentfonds nach dem InvStG

### 1. Investmentfonds

#### a) Kurzdarstellung

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

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

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

---

<sup>44</sup> Rs. C-190/12, *Emerging Markets*.

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

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

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

## b) Europarechtliche Bedenken und Beurteilung

### aa) Primärrecht

#### (1) Allgemeines

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

<sup>48</sup> Rs. C-436/08, Rn. 73.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

In analoger Anwendung des Urteils C-591/17 (Österreich / Deutschland) könnte vorgebracht werden, dass die durch das InvStG 2018 neu eingeführte grundsätzliche Körperschaftsteuerpflicht für bestimmte inländische Einkünfte von Investmentfonds faktisch nur ausländische Investmentfonds belasten würde, da die in § 20 InvStG vorgesehenen Teilfreistellungen für inländische Investmentfonds als Ausgleich dienen. Den Gesetzesmaterialien ist schließlich zu entnehmen, dass diese Teilfreistellungen unter anderem<sup>54</sup> zur Kompensation dieser neu eingeführten Belastung konzipiert sind (BT-Drucks. 18/8045, S. 91). Dieses Argument ist jedoch leicht zu entkräften: Zum einen entlastet die Teilfreistellung der Anleger nicht den Investmentfonds; zum anderen erfolgt die Teilfreistellung unabhängig von der Ansässigkeit des Investmentfonds, da sie sich nach der Ansässigkeit (und damit der Steuerpflicht!) des Anlegers richtet.

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

#### **(5) Zwischenergebnis**

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

#### **bb) Sekundärrecht**

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

---

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

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

#### (1) Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD)

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

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

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

---

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

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

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

<sup>58</sup> Haisch, RdF 2015, 294; Haug, IStR 2016, 607.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

### (3) Zwischenergebnis

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

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

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

<sup>63</sup> Kofler, in Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 14.57.

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

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

## 2. Spezial-Investmentfonds

### a) Kurzdarstellung

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

### b) Unionsrechtliche Bedenken und Beurteilung

#### aa) Primärrecht

##### (1) Bei Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds

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

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

## (2) Bei Steuerbefreiung des Spezial-Investmentfonds

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

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

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

## bb) Sekundärrecht

### (1) Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD)

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

---

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

<sup>66</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 97.

<sup>67</sup> Kritisch *Neumann*, DB 2016, 1781.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>69</sup> BT-Drucks. 18/68, S. 42.

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

## VI. Anlegerbesteuerung nach dem InvStG

### 1. Kurzdarstellung

#### a) Investmentfonds

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

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

#### b) Spezial-Investmentfonds

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

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

---

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

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

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

## 2. Unionsrechtliche Bedenken und Beurteilung

### a) Teilfreistellung bloß bei steuerpflichtigen Anlegern

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

<sup>75</sup> Anzinger, FR 2016, 101.

<sup>76</sup> EuGH Rs. C-591/17, Rn. 44.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

<sup>80</sup> Kofler, Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2007, 607 m.w.N.

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

<sup>82</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 87.

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

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

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

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

Konkret würde sich eine Diskriminierung daraus ergeben, dass eine DBA-Steuerbefreiung in Verhältnis zu manchen Staaten gewährt wird, obwohl eine niedrigere abstrakte steuerliche Vorbelastung als im Inland vorliegt, während gegenüber anderen Staaten die Befreiung ungeachtet des DBA nicht gewährt wird, wobei der Grund für die unterschiedliche Behandlung gerade nicht in unterschiedlichen DBA-Bestimmungen liegt (andernfalls lägen nach gefestigter EuGH Rechtsprechung keine vergleichbaren Sachverhalte vor<sup>86</sup>).

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

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

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

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

---

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

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

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

<sup>89</sup> Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2018, § 3 Rn. 113.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

<sup>93</sup> § 2 Abs. 8 Satz 5 Nr. 3 InvStG 2018.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>95</sup> § 42 Abs. 3 Satz 3 InvStG 2018.

### 3. Zwischenergebnis

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

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

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

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

### VII. Formalanforderungen

Zuletzt sind diverse Nachweispflichten bzw. -möglichkeiten und andere Formalanforderungen im Rahmen des InvStG auf ihre Unionsrechtskonformität zu untersuchen. Das InvStG enthält dabei grundsätzlich keine direkt diskriminierenden Anforderungen, die grenzüberschreitende Fälle anders als inländische Fälle behandeln. Eine unzulässige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit könnte sich aber ergeben, wenn unterschiedslos geltende Erfordernisse es im grenzüberschreitenden Fall absolut unmöglich machen, in den Genuss einer günstigen Steuerregel zu kommen.<sup>96</sup> Soweit es um den Nachweis materieller Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer günstigeren Steuerregelung geht, haben Mitgliedstaaten den Steuerpflichtigen die Möglichkeit einzuräumen, Belege beizubringen, die nicht auf Grundlage zu formalistischer Beurteilung abgelehnt werden dürfen (Rs. C-262/09, Rn. 46). Sollten die beigebrachten Belege allerdings nicht die Informationen enthalten, die materielle Voraussetzung für eine Begünstigung sind, insbesondere weil auf der Seite des Steuerpflichtigen (etwa zwischen Investmentfonds und Anleger) ein unzureichender Informationsfluss erfolgt, muss der Mitgliedstaat diese Schwierigkeit nicht gegen sich gelten lassen.<sup>97</sup> Gleichzeitig müssen die als Voraussetzung einer Begünstigung vorgesehenen Informationen zieladäquat ausgestaltet sein, um nicht einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszulösen.

Schließlich ist in diesem Abschnitt auch die Frage zu beantworten, ob es unionsrechtskonform möglich wäre, den in § 20 Abs. 4 InvStG geregelten Nachweis der Voraussetzungen für eine

---

<sup>96</sup> Siehe Rs. C-262/09 *Meilicke*, Rn. 43.

<sup>97</sup> Rs. C-436/08 und C-437/08 *Haribo und Salinen*, Rn. 98; siehe auch *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2019, § 5 Rn. 50-52.

Teilfreistellung ersatzlos entfallen zu lassen. Dafür ist insbesondere zu untersuchen, ob die im EuGH Urteil in der Rechtssache *Van Caster* (Rs. C-326/12) aufgestellten Bedenken in ähnlicher Form auch nach dem InvStG Geltung besitzen.

#### 1. Gesetzlicher Vertreter nach § 3 InvStG

Die Vorschrift des § 3 InvStG regelt sowohl für in- als auch ausländische Investmentfonds die gesetzliche Vertretungsbefugnis. Die Vertretung inländischer und ausländischer Investmentfonds wird dabei in einer nichtdiskriminierenden Weise festgelegt. Zwar wird die Vertretungsbefugnis der Verwaltungsgesellschaft gesetzlich vermutet („gilt als“), es besteht aber die Möglichkeit für den Investmentfonds, eine abweichende Vertretungsbefugnis nachzuweisen. Ein Nachteil erwächst ausländischen Investmentfonds daraus nicht. Der EuGH hat im Kontext einer Regelung über die steuerliche Vertretung ausländischer Pensionsfonds festgestellt, dass das Erfordernis eines im Inland ansässigen ständigen Vertreters überschießend sein kann.<sup>98</sup> Problematisch war dabei aber nur das – nicht zieladäquate – Erfordernis der Ansässigkeit des Vertreters. Ein solches Ansässigkeitsanforderung ist dem InvStG nicht zu entnehmen.

#### 2. Erbringung einer Statusbescheinigung nach § 7 Abs. 3 InvStG zur Erlangung des niedrigeren Kapitalertragsteuersatzes

Die Voraussetzung der Beibringung einer vom zuständigen Finanzamt bzw. dem BZSt ausgestellten Statusbescheinigung zur Erlangung des reduzierten Kapitalertragsteuersatzes nach § 7 InvStG ist sowohl nichtdiskriminierend und, soweit ersichtlich, ohne besondere Hürden für ausländische Investmentfonds ausgestaltet, sodass die Vereinbarkeit mit Unionsrecht nicht in Frage steht.

#### 3. Nachweis der Vergleichbarkeit zur Erlangung einer Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 2 InvStG

Das Erfordernis der Vorlage einer Befreiungsbescheinigung für die Anwendung der Steuerbefreiung auf der Fondseingangsseite nach § 8 InvStG gilt für in- und ausländische Anleger gleichermaßen. Der vom ausländischen Anleger geforderten Nachweis der Vergleichbarkeit gegenüber inländischen begünstigten Anlegern ist an keine besonderen Anforderungen geknüpft, die eine faktische Unmöglichkeit nahelegen würde.

#### 4. Informationspflicht des Investmentfonds nach § 31 InvStG

§ 31 Abs. 1 InvStG sieht für die Durchführung des Steuerabzugs auf den Anleger bei Ausübung der Transparenzoption des § 30 unterschiedslos für in- und ausländische Spezial-Investmentfonds vor, dass sie dem Entrichtungspflichtigen Informationen bezüglich der Anleger übermitteln. Eine unionsrechtlich bedeutsame Beschränkung kann darin nicht gesehen werden, da es um die Übermittlung von für den Spezial-Investmentfonds einfach zu beschaffenden Informationen geht.

#### 5. Fondsgewinnnachweis § 48 Abs. 2 InvStG als Voraussetzung für die (Teil-) Freistellung des Anlegers

Spezial-Investmentfonds haben bei jeder Bewertung ihres Vermögens pro Spezial-Investmentanteil den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfreistellungsgewinn zu ermitteln und den Anlegern bekannt zu machen. Diese Pflicht ist allerdings bei

---

<sup>98</sup> Rs. C-678/11 *Kommission/Spanien*.

ausländischen Spezial-Investmentfonds nicht behördlich vollstreckbar.<sup>99</sup> Daraus folgt im Ergebnis, dass es für den Anleger in einem ausländischen Spezial-Investmentfonds schwieriger ist, die Voraussetzungen für die Befreiungen des § 42 Abs. 1 bis 3 sowie § 43 Abs. 1 und 3 InvStG zu erfüllen. Es steht dem Anleger jeweils die alternative Möglichkeit zur Verfügung, den entsprechenden Fondsgewinn selbst nachzuweisen. Angesichts der Tatsache, dass ausländische Spezial-Investmentfonds eventuell weniger deutsche Anleger aufweisen und daher weniger geneigt sein werden, den verlangten Gewinnausweis vorzulegen, ist die Erlangung der entsprechenden Freistellungen insofern zwar erschwert. Da die faktische Nachweismöglichkeit durch den Anleger besteht, ist die Erlangung der Begünstigungen aber weder faktisch unmöglich macht, noch kann die Vorschrift im Sinne der Zieladäquanz als überschießend bewertet werden. Es bestehen daher im Ergebnis auch insofern keine unionsrechtlichen Bedenken.

#### 6. Nachweiserfordernis/-möglichkeit für Gewährung der Teilfreistellung (§ 20 Abs. 4 InvStG)

Bei Nichterfüllung der Voraussetzungen für eine Teilfreistellung kommt es zu einer nachteiligen Besteuerung der Anleger. Dass anders als nach dem der Rechtssache *Van Caster* zugrundeliegenden Recht keine Pauschalsteuer erhoben wird, stellt wohl keinen beachtlichen Unterschied aus unionsrechtlicher Sicht dar: Zwar könnte eingewendet werden, dass mangels pauschalierter Bemessungsgrundlage der besondere Charakter einer „Strafbesteuerung“ fehlt.<sup>100</sup> Aber auch in der Anwendung empfindlich höherer Steuerlast (das Versagen einer 80 % Teilfreistellung entspricht der Anwendung des fünffachen Steuersatzes) liegt ohne Zweifel eine Benachteiligung vor, die, sofern sie spezifisch grenzüberschreitende Fälle betrifft, im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit problematisch sein kann.

Wie nach § 6 InvStG 2004 knüpft das Gesetz aber auch im Fall des § 20 InvStG nicht an die Ansässigkeit des Investmentfonds an, sondern stellt auf territorial neutrale Kriterien, nämlich die Anlagebedingungen des Investmentfonds, ab. Im Unterschied zur Situation des § 6 InvStG 2004 sind die Voraussetzungen für die Erlangung des Status eines die Teilfreistellung vermittelnden Investmentfonds aber nicht von solcher Art, dass eine Erfüllung faktisch nur von inländischen Investmentfonds zu erwarten ist. Abgestellt wird nach § 2 Abs. 6, 7 und 9 InvStG primär auf die *Anlagebedingungen* eines Investmentfonds, die zwar mitunter komplex, aber nicht besonders eng definiert sind. Im Unterschied zur aufwendigen Sammlung, Aufbereitung und Übermittlung von Informationen nach dem alten Recht, das unionsrechtswidrig erklärt wurde, handelt es sich hierbei um Informationen, die üblicherweise leicht zu beschaffen sind.<sup>101</sup> Auch gibt es keinen Grund anzunehmen, dass nur wenige ausländische Investmentfonds Anlagebedingungen aufweisen, welche sie als Aktienfonds, Immobilienfonds oder Mischfonds i.S.d. § 2 InvStG ausweisen. Zwar könnte dagegen eingewendet werden, dass vor allem Investmentfonds mit einer Vielzahl deutscher Anleger ein besonderes Interesse daran haben werden, unter die höchste Teilfreistellung vermittelnde Kategorien eingeordnet zu werden, aber daraus ergibt sich weder eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit des Investmentfonds noch jener der Anleger. Im Unterschied zu den Anforderungen, die in *Van Caster* auf dem Prüfstand waren, handelt es sich bei den steuerbedeutsamen Kriterien nach dem InvStG 2018 aber nicht um bloß steuerlich relevante, sondern wirtschaftlich bedeutsame Umstände, sodass eine Änderung der Anlagebedingungen aus

<sup>99</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 154. Lfg. Juli 2020, § 48 InvStG Rn. 12.

<sup>100</sup> Steinmüller, in Musil/Weber-Grellet, *Europäisches Steuerrecht*, 2019, InvStG § 6 Rn. 95.

<sup>101</sup> So auch die Begründung in BT-Drucks. 18/8045, S. 53: „relativ leicht zu beschaffen“.

rein steuerlichen Gründen ohnedies zweifelhaft ist.<sup>102</sup> Es bestehen somit durchaus Zweifel an der Übertragbarkeit der Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Van Caster* auf das geltende Recht.

Zwar kann nach der Rechtsprechung des EuGH von der individuellen Nachweiserbringungsmöglichkeit angesichts der EuGH Rechtsprechung nicht vollständig abgegangen werden, da Steuerpflichtige nicht „absolut“ an der Vorlage steuerlich relevanter Nachweise gehindert werden dürfen, wenn der ausländische Investmentfonds die Information nicht selbst an die zum Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Stellen übermittelt. Eine andere Frage ist aber, ob die Nachweiserbringung sich – wie derzeit in § 20 Abs. 4 InvStG vorgesehen – ausschließlich auf die tatsächlichen Anlagen des Investmentfonds beschränken kann, oder ob auch bei individueller Nachweiserbringung seitens des Anlegers jedenfalls die Anlagebedingungen des Investmentfonds einzubeziehen sind, sodass bei Fehlen entsprechender Informationen die Teilfreistellung verwehrt werden kann. Da es sich bei dem System der Teilfreistellungen ohnehin um stark vergrößernde Typisierungen hinsichtlich der steuerlichen Vorbelastung handelt, scheint die zusätzliche Vereinfachung der Beurteilung durch primäres Abstellen auf die Anlagebedingungen nicht weiter zu beanstanden. Ist es zulässig, typisierende Teilfreistellungen vorzusehen, die nicht auf die konkrete Vorbelastung abstellen, was als Teil der nationalen Steuerautonomie zweifellos der Fall sein muss, solange die typisierenden Kriterien nicht selbst verbotene Diskriminierungen enthalten (dazu oben VI 2 e), so dürfte es auch unproblematisch sein, die Teilfreistellung schon bei aus den Anlagebedingungen ersichtlicher Nichterfüllung der Befreiungskriterien auszuschließen.

---

<sup>102</sup> Vgl. *Remmel* in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20, § 20 InvStG Anm. 5.

## **Teil II A**

### **Verhinderung von Steuersparmodellen (ohne Cum/Cum-Gestaltungen)**

## Verhinderung von Steuersparmodellen (ohne Cum-/Cum-Gestaltungen)

### Inhaltsverzeichnis

|      |  |    |
|------|--|----|
| I.   | Indizierte Strukturen .....  | 50 |
| 1.   | Dividendenbesteuerung .....  | 50 |
| a)   | Einleitung .....   | 50 |
| b)   | Dividendenarbitrage.....   | 51 |
| c)   | Rückgabe Fondsanteile .....  | 51 |
| 2.   | „Bondstripping“ .....  | 51 |
| a)   | Modell „Kopplungsgeschäfte“ .....  | 52 |
| b)   | Modell „Zins- & Dividendensurrogate“ .....                                     | 52 |
| c)   | Modell „Ertragsausgleich Enhancement“ .....                                    | 52 |
| d)   | Modell „Luxemburg SPF“ .....   | 54 |
| e)   | Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen .....                           | 54 |
| f)   | Übermäßige Thesaurierung.....  | 55 |
| II.  | Wirksamkeit der Gegenmaßnahmen .....   | 55 |
| 1.   | Gegenmaßnahmen Konzeptionell .....   | 55 |
| a)   | Intransparentes Basissystem.....   | 55 |
| b)   | Gleichbehandlung von in- und ausländischen Fonds .....                         | 55 |
| c)   | Selektive Steuerbefreiungen .....  | 55 |
| d)   | Teilfreistellungen.....  | 56 |
| e)   | Vorabpauschale.....  | 57 |
| f)   | Semitransparentes Spezialsystem.....   | 57 |
| g)   | Investitionsgesellschaften .....   | 57 |
| h)   | Vereinfachung der Anlegerbesteuerung .....                                     | 58 |
| 2.   | Gegenmaßnahmen Konkret.....  | 58 |
| a)   | Einleitung .....   | 58 |
| b)   | Dividendenarbitrage.....   | 58 |
| c)   | Modell „Bondstripping“ .....   | 59 |
| d)   | Modell „Kopplungsgeschäfte“ .....  | 61 |
| e)   | Modell „Zins- & Dividendensurrogate“ .....                                     | 66 |
| f)   | Modell „Ertragsteuerliches Enhancement“ .....                                  | 67 |
| g)   | Modell „Luxemburg SPF“ .....   | 68 |
| h)   | Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen .....                           | 69 |
| i)   | Übermäßige Thesaurierung.....  | 69 |
| III. | „Neue“ Steuersparmodelle bei Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds ..... | 70 |
| 1.   | Teilfreistellung .....   | 70 |
| 2.   | Modell Gemischter Aktien- Fonds .....  | 70 |
| 3.   | Nachweise.....   | 71 |
| a)   | Teilfreistellungsquoten .....  | 71 |
| b)   | Beschränkte Steuerpflicht .....  | 73 |
| c)   | Immobilieneträge .....   | 74 |
| d)   | Steuerbegünstigte Anleger.....   | 76 |
| IV.  | Regelungsvorschläge zur Vermeidung von Steuergestaltungen .....                | 78 |

## Verhinderung von Steuersparmodellen (ohne Cum/Cum-Gestaltungen)

### I. Indizierte Strukturen

Das vorliegende Gutachten betrachtet zunächst bestimmte bekannte Steuergestaltungen, die u.a. Anlass für die Investmentsteuerreform (Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG) vom 19. Juli 2016 (BGBl. I S. 1730)) waren. Im Anschluss wird untersucht, ob und wenn ja inwieweit diese Gestaltungen gesetzgeberisch effektiv adressiert worden sind (Gegenmaßnahmen), um in einem letzten Schritt weiterhin bestehendes Gestaltungspotential zu identifizieren.

#### 1. Dividendenbesteuerung

##### a) Einleitung

Für inländische Investmentfonds galt bis 2018 gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 InvStG 2004 eine Befreiung von der deutschen Körperschaft- und Gewerbesteuer. Dagegen bestand für ausländische Investmentfonds die beschränkte Steuerpflicht mit ihren inländischen Einkünften i.S.d. § 49 Abs. 1 EStG.<sup>103</sup> Dies war u.a. Ausgangspunkt für die im ersten Gutachtenteil eingehend besprochenen europarechtlichen Fragestellungen.

Bestimmte inländische Einkünfte in- und ausländischer Investmentfonds unterliegen daher seit 2018 gemäß § 6 Abs. 2 InvStG einer sachlich beschränkten Körperschaftsteuerpflicht.<sup>104</sup> Nach der abschließenden Aufzählung in § 6 Abs. 2 Satz 2 InvStG sind inländische Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3 InvStG), inländische Immobilienerträge (§ 6 Abs. 4 InvStG) und sonstige inländische Einkünfte fortan steuerpflichtig.<sup>105</sup>

Einkünfte eines Investmentfonds, die nicht unter eine der vorgenannten Einkunftsarten subsumiert werden können, unterliegen dagegen in Deutschland grundsätzlich keiner Steuerpflicht.<sup>106</sup>

Weitere steuerliche Vorteile bestehen im Fall der Beteiligung steuerbegünstigter Anleger. In diesem Fall werden besagte Einkünfte unter bestimmten Voraussetzungen von der Steuerpflicht ausgenommen (§§ 8 ff. InvStG).<sup>107</sup> Für Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG gilt grundsätzlich ebenfalls eine Steuerpflicht mit den Einkünften gemäß § 6 Abs. 2 bis 5 InvStG.<sup>108</sup>

Die Steuerpflicht für inländische Beteiligungseinnahmen des Spezial-Investmentfonds entfällt gemäß § 30 Abs. 1 InvStG jedoch, wenn dieser die Transparenzoption wählt. Sofern diese Option ausgeübt wird, werden für steuerliche Zwecke inländische Beteiligungseinnahmen gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 InvStG unmittelbar den Anlegern des Spezial-Investmentfonds zugerechnet.<sup>109</sup> Eine Besteuerung erfolgt dann lediglich auf Anlegerebene unter Anwendung der für den Anleger geltenden Vorschriften.<sup>110</sup>

---

<sup>103</sup> Vgl. Hahne, BB 2017, 2010.

<sup>104</sup> Vgl. Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953, 1955.

<sup>105</sup> Vgl. Mann, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 6 InvStG Rn. 25.

<sup>106</sup> Eine Gewerbesteuerpflicht nach § 15 InvStG kann dennoch möglich sein.

<sup>107</sup> Vgl. Helios/Mann, DB Sonderausgabe 1/2016, 11 f.

<sup>108</sup> Vgl. Helios/Mann, DB Sonderausgabe 1/2016, 20.

<sup>109</sup> Vgl. Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 (1962).

<sup>110</sup> Vgl. Hahne, DStR 2017, 2310 ff.

## b) Dividendenarbitrage

Investmentfonds eigneten sich bei Cum-/Ex-Gestaltungen auf Grund der systembedingten unkomplizierten Kapitalertragsteuererstattung (sog. „Quick Refund“).<sup>111</sup> Hinzu kam, dass die Finanzämter die hohen Erstattungssummen nicht erkennen konnten, da die Depotbanken der Investmentfonds die Abwicklung des Erstattungsverfahrens übernommen haben und eine Identifizierbarkeit in deren Kapitalertragsteueranmeldung nicht mehr möglich war.<sup>112</sup> Auch Cum-/Cum-Gestaltungen wurden häufig im Zusammenhang mit Investmentfondsgestaltungen identifiziert. Häufig eingesetztes Strukturmerkmal für Dividendenarbitragestrukturen war dabei die sog. Wertpapierleihe. Sowohl „inbound“ als auch „outbound“ Strukturen konnten identifiziert werden. Gegenpartei waren i.d.R. Spezialfonds, die nach § 44a EStG vom Kapitalertragsteuerabzug bei Dividendenzahlung befreit waren. Auch der Umstand, dass bis zum gegenwärtigen Tag die gezahlte Wertpapierleihgebühr nicht zu einer beschränkten Steuerpflicht i.R.d. § 49 EStG führt, begünstigte oder ermöglichte diese Gestaltungsvarianten.<sup>113</sup>

## c) Rückgabe Fondsanteile

Einen weiteren Ansatzpunkt zum Umgehen einer Dividendenbesteuerung stellte die Rückgabe von Fondsanteilen an einem inländischen ausschüttenden (Spezial-) Investmentfonds durch ausländische Investoren dar. Ein ausländischer Anleger gibt bei ausschüttenden Investmentfonds vor der Ausschüttung und bei thesaurierenden Investmentfonds vor dem Geschäftsjahresende die Investmentanteile an den Investmentfonds zurück. In dem dann anfallenden Veräußerungsgewinn waren die während des Geschäftsjahres vom Investmentfonds vereinnahmten Dividenden enthalten. Gemäß dem international üblichen Standard weisen auch die deutschen Doppelbesteuerungsabkommen das Besteuerungsrecht an Veräußerungsgewinnen regelmäßig dem Ansässigkeitsstaat des ausländischen Anlegers zu.<sup>114</sup> Dadurch verlor Deutschland bei wirtschaftlicher Betrachtung auch bei dieser Gestaltungsvariante sein bestehendes Besteuerungsrecht an Dividenden.

## 2. „Bondstripping“

Beim Bondstripping wurde der Coupon einer festverzinslichen Anleihe vom zugehörigen Stammrecht abgetrennt. Dadurch ging die ursprüngliche Anleihe unter und es entstanden zwei neue Wertpapiere.<sup>115</sup> Dabei gehörte die Veräußerung des Coupons nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. b) EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, die Veräußerung des Stammrechts nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG. Bis zum InvStRefG konnte nun ein steuerlich abzugsfähiger Verlust nach §§ 20 Abs. 6 i.V.m. 32 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) EStG erzielt werden, wenn der Inhaber des (durch die Trennung wertgeminderten) Stammrechts dieses an eine ihm gehörende Kapitalgesellschaft verkauft hat. Gleichzeitig konnte der Coupon z.B. an eine Bank veräußert werden und der dabei entstehende Veräußerungsgewinn unterlag nur der Kapitalertragsteuer.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> Vgl. *Gloßner*, in: Brandis/Heuermann, 136. Lfg. 2017, § 7 InvStG 2004 Rn. 30 ff.

<sup>112</sup> Vgl. *Schlund* in, BeckOK InvStG, 13. Edition, § 7 InvStG Rn. 97-107.

<sup>113</sup> Zu den Überlegungen zur Fixierung der wirtschaftlichen Zuordnung siehe unten Teil II B IV 2 b) und c) (S. 93 f.); zur Einbeziehung von Wertpapierleihgebühren in die beschränkte Steuerpflicht siehe unten Teil II B IV 4 (S. 94 ff.); zu den Möglichkeiten einer Datenbank siehe unten Teil III unter IV. 5 c) (S. 126).

<sup>114</sup> Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen, RdSchr. d. BMF v. 22.8.2013 – IV B 2 – S 1301/13/10009, Art. 13.

<sup>115</sup> Vgl. *Buge*, in H/H/R, 294. Lfg. 10/2019, § 20 EStG Rn. 542.

<sup>116</sup> Vgl. FG München v. 20.10.2020 – 12 K 3102/17, Rn. 26, Rev. eingelegt, Az. BFH: VIII R 30/20.

a) Modell „Kopplungsgeschäfte“

Kopplungsgeschäfte bei Investmentfonds fanden regelmäßig Einsatz bei Veräußerungsgewinnen aus Aktien mit gegenläufigen Derivategeschäften. Dabei sollten den Veräußerungsgewinnen aus Aktien in gleicher oder ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften gegenüberstehen (Bull-/ Bear-Strukturen). Ziel dabei war es, die Aktiengewinne nach § 8b KStG effektiv zu 95 % als steuerfreie Gewinne zu realisieren und gleichzeitig einen in voller Höhe steuerlich abzugsfähigen Verlust aus Termingeschäften zu realisieren.

Im Rahmen des InvStRefG wurde die Anlage von Vermögen über Spezial-Investmentfonds der direkten Anlage in ein bestimmtes Investitionsobjekt angeglichen, indem § 49 Abs. 4 InvStG Spezial-Investmentanteile in den Anwendungsbereich des § 15b EStG einbezieht.<sup>117</sup> Hierdurch sollen diese vorgenannten Strukturen verhindert werden, die Kopplungsgeschäfte sollen also nicht nur an den Grundsätzen zur Anwendung des § 42 AO, sondern eben auch an § 15b EStG gemessen werden.<sup>118</sup> Daneben wurden weitere Normen (vgl. §§ 39 Abs. 3, 48 Abs. 4 Satz 2 InvStG) eingeführt, die dem Ziel dienen, entsprechende Kopplungsgeschäfte zu erschweren oder zu verhindern.

Über §§ 49 Abs. 4 InvStG, 15b EStG kann eine solche Gestaltung nun zu nicht abzugsfähigen Verlusten im Sinne von § 15b Abs. 1 EStG führen, wenn ein Steuerstundungsmodell im Sinne von § 15b Abs. 2 EStG vorliegt.

b) Modell „Zins- & Dividendensurrogate“

Um eine jährliche Dividenden- bzw. Zinsbesteuerung oder das Entstehen ausschüttungsgleicher Erträge zu verhindern, investierten „steueroptimierte“ Investmentfonds häufig nur mittelbar in Aktien oder Anleihen anstatt solche als Direktinvestment zu erwerben. Dies geschah regelmäßig mithilfe sog. Swap-Verträge zwischen dem Investmentfonds und einem (beliebigen) Kreditinstitut. Hierdurch verfolgte der Investmentfonds das Ziel steuerfrei thesaurierbare Gewinne aus Termingeschäften zu erzielen.

Bei diesen Investmentfonds fielen keinerlei steuerpflichtige ausschüttungsgleiche Erträge, sondern nur steuerfrei thesaurierbare Gewinne aus Termingeschäften an. Wirtschaftlich betrachtet, stellten diese Termingeschäftserträge aber ein Surrogat für Zinsen und Dividenden dar.

c) Modell „Ertragsausgleich Enhancement“

Eine besondere Rolle bei vielen Gestaltungsmodellen im Investmentsteuerrecht spielte der sog. Ertragsausgleich. Zweck des Ertragsausgleiches war es, dass sich die Ausgabe oder Rücknahme von Investmentanteilen nicht auf die Erträge der Anleger auswirkt.<sup>119</sup> Mögliche Beispiele für derartige Strukturen sind nachfolgend dargestellt:

**Beispiel: „Double Dip“**

In einen Investmentfonds hatte ursprünglich nur der Anleger A 1.000 Euro investiert. Der Investmentfonds legte das Kapital in Aktien an und erzielte daraus 40 Euro Dividende. Anschließend wurden neue Anteile an die Anleger B, C und D für jeweils 1.040 Euro

<sup>117</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28.

<sup>118</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28.

<sup>119</sup> Vgl. Hamacher, in Korn, EStG, Altcommentierung Investmentsteuerrecht, Stand: Oktober 2011, § 9 InvStG 2004 Rn. 1 ff.; Faller, in: Bordewin/Brandt, EStG, 370. Lfg. Dezember 2014, § 9 InvStG 2004 Rn. 1-7.

ausgegeben. Am Geschäftsjahresende hatten alle vier Anleger Anspruch auf die ausgeschüttete Dividende. Damit sich diese nicht auf 10 Euro pro Anleger reduziert, wurden von den Anschaffungskosten des B, C und D jeweils 40 Euro dem sog. Ertragsausgleichstopf zugeführt. Am Geschäftsjahresende wurden dann 40 Euro aus dem „Dividendentopf“ und 120 Euro aus dem „Ertragsausgleichstopf“ ausgeschüttet, so dass jeder Anleger 40 Euro erhielt. Dies führte hinsichtlich der Anleger B, C und D zu einer künstlichen Vermehrung der steuerpflichtigen Dividende. Gleichzeitig reduzierte sich durch die Ausschüttung der Anteilswert wieder auf 1.000 Euro, so dass die Anleger B, C und D einen Wertverlust gegenüber ihren Anschaffungskosten in Höhe von 40 Euro erzielten, der jederzeit durch Anteilsveräußerung steuerwirksam realisiert werden konnte. Trotz der Erhöhung der steuerpflichtigen Dividenden durch den Ertragsausgleich entstand kein Steuervorteil für den Fiskus, weil in gleicher Höhe steuermindernd anzusetzende potentielle Veräußerungsverluste entstanden. Vielmehr konnte der Ertragsausgleich gezielt genutzt werden, um in beliebiger Höhe sachlich nicht gerechtfertigte Steuervorteile zu erreichen.

### **Beispiel: „Foreign Credit Trade“**

Die X-AG besaß als einziger Anleger einen Anteil an einem Investmentfonds im Wert von 1.000.000 Euro. Der Investmentfonds investierte das Kapital in ausländische Aktien, aus denen 40.000 Euro Dividenden abzüglich 6.000 Euro ausländischer Quellensteuer erzielt wurden.

Steuerpflichtig waren 40.000 Euro, tatsächlich floss dem Fonds aber nur ein Nettobetrag von 34.000 Euro zu. In Höhe von 6.000 Euro stand dem Anleger ein Anspruch auf Anrechnung der ausländischen Quellensteuer zu. Der Wert des Fondsanteils betrug nach dem Zufluss 1.034.000 Euro.

Am 29. Juni erwarb die X-AG mit Hilfe eines Kredits zehn weitere Anteile zu einem Preis von 10.340.000 Euro. Von dem Kaufpreis überführte der Investmentfonds 340.000 Euro in den Ertragsausgleichstopf für ausländische Dividenden; 60.000 Euro wurden in den „Topf“ ausländische Quellensteuern eingestellt. Am 30. Juni schüttete der Investmentfonds 34.000 Euro „echte Netto-Dividende“ und 340.000 Euro „fiktive Netto-Dividende“ aus. Steuerpflichtig war auf der Anlegerebene die Brutto-Dividende in Höhe von 40.000 Euro + 400.000 Euro = 440.000 Euro.

Durch die Ausschüttung waren die Fondsanteile jeweils nur noch 1.000.000 Euro wert. Am 1. Juli veräußerte die X-AG zehn Anteile zu einem Preis von 10.000.000 Euro und löst mit den Einnahmen den Kredit ab.

Durch die Veräußerung erzielte die X-AG einen Veräußerungsverlust in Höhe von 340.000 Euro.

Die X-AG erzielte damit 440.000 Euro steuerpflichtige Dividenden und 340.000 Euro Veräußerungsverluste, so dass per Saldo 100.000 Euro steuerpflichtige Einkünfte verblieben. Hierauf würden 15 % Körperschaftsteuer, also 15.000 Euro anfallen. Dem standen jedoch 66.000 Euro anrechenbare ausländische Quellensteuern gegenüber. Daraus ergab sich ein Anrechnungsüberhang von 51.000 Euro, den die X-AG nutzen konnte, um die auf andere Einkünfte entfallende Steuerlast zu senken.

Durch den Ertragsausgleich wurden die tatsächlich bezahlten ausländischen Quellensteuern von 6.000 Euro um das zehnfache künstlich vermehrt, was zu einer systemwidrigen Minderung der Steuerlast auf andere Einkünfte ausgenutzt werden konnte.

Durch das Instrument des Ertragsausgleichs ließen sich mittels bewusst gesteuerter Anteilsausgaben und Anteilsrückgaben gewünschte steuerliche Effekte in beliebiger Größenordnung erzeugen.

Neben der künstlichen Vermehrung der anrechenbaren ausländischen Quellensteuer konnten beispielsweise auch die Zinserträge künstlich „aufgebläht“ werden, um auf Anlegerebene die Zinsschrankenregelung in § 4h EStG zu umgehen.

Umgekehrt konnten - wenn dies für die steuerliche Situation der Anleger vorteilhaft ist - die bei Anteilswerb zu zahlenden Zwischengewinne künstlich vermehrt werden.

### **Beispiel: „Zinsschranken-Optimierung“**

An dem Spezial-Investmentfonds hielt nur der Anleger A einen Anteil, den er für 1.000 Euro erworben hat. Während des Geschäftsjahres erzielte der Spezial-Investmentfonds 40 Euro Zinsen. Einen Tag vor Ende des Geschäftsjahres erwarb Anleger B einen neuen Investmentanteil für 1.040 Euro. Davon wurden 40 Euro in den sog. Ertragsausgleichstopf gebucht. Nach Ende des Geschäftsjahres wurden je 40 Euro „Zinsen“ an die Anleger A und B aus dem „Zinstopf“ und dem „Ertragsausgleichstopf“ ausgeschüttet.

Durch die Ausschüttung sank der Wert des Fondsanteils auf 1.000 Euro. B gab seinen Anteil zu diesem Preis an den Spezial-Investmentfonds zurück und erzielte dadurch einen Veräußerungsverlust von 40 Euro. Bei der Einkommensbesteuerung des B neutralisierten sich die ausgeschütteten Zinserträge in Höhe von 40 Euro und die Veräußerungsverluste in Höhe von 40 Euro. Gleichwohl konnte B für die Zwecke der Zinsschranke einen Zinsertrag von 40 Euro geltend machen.

#### **d) Modell „Luxemburg SPF“**

Die Luxemburger Verwaltungsgesellschaft für Familienvermögen SPF (société de gestion patrimoine familiale) unterlag bis 2018 nicht dem Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes. Außerdem unterliegt die SPF in Luxemburg weder der Körperschaftsteuer noch der kommunalen Gewerbesteuer. Vor diesem Hintergrund wurde die SPF zur Durchführung von Steuergestaltungsmodellen genutzt.

#### **e) Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen**

In der Vergangenheit wurden Investmentfonds z.T. dazu genutzt, Abkommensvorteile wie z.B. Schachtelprivilegien in Anspruch zu nehmen, obwohl dies fiskalisch nicht beabsichtigt war. Die Schachtelbefreiung z.B. soll eine mehrfache Steuerbelastung des gleichen Gewinns in Konzernstrukturen vermeiden.

Da Investmentfonds auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft aufgelegt werden können und typischerweise bei Investmentfonds keine Ertragsteuern erhoben werden, bedurfte es einer Regelung zur Verhinderung von Gestaltungen, mit denen gänzlich ungesteuerte Ausschüttungen (sog. weiße Einkünfte) aus Investmentfonds erzeugt werden konnten. Bei diesen Gestaltungen wurde der Investmentfonds als grundsätzlich abkommensberechtigtes Vehikel allein zur Erlangung der Abkommensberechtigung eingesetzt. Fragen der Ansässigkeit für DBA Zwecke waren allerdings stets Gegenstand der fachlichen Diskussion.<sup>120</sup> Die Gestaltungspraxis ging von der unbeschränkten Steuerpflicht der Investmentfonds verbunden mit einer sachlichen Steuerbefreiung und damit der Abkommensberechtigung aus. Dies folgte nach dieser Ansicht bereits aus der an die unbeschränkte Steuerpflicht

---

<sup>120</sup> Vgl. hierzu *Haug*, IStR 2020 S. 866 ff. m.w.N.

anknüpfenden Zweckvermögenseigenschaft des Investmentfonds nach § 6 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 i.V.m. § 1 Abs. 1 KStG.<sup>121</sup> Steuerrechtlich konnte im Nachgang die Frage gestellt werden, ob nicht-abkommensberechtigzte Investoren so z.B. in illegitimer Weise in den Genuss von Abkommensvorteilen kommen konnten.

#### f) Übermäßige Thesaurierung

Nach dem InvStG 2004 war eine zeitlich unbegrenzte Thesaurierung möglich. Die daraus entstehenden steuerlichen (Barwert-) Vorteile waren aus fiskalisch-politischer Sicht nicht mehr sinnvoll.

### II. Wirksamkeit der Gegenmaßnahmen

#### 1. Gegenmaßnahmen Konzeptionell

##### a) Intransparentes Basissystem

Die Basis bildet ein einfaches, leicht administrierbares und gestaltungssicheres „intransparentes“ Besteuerungssystem für Investmentfonds, das wie bei anderen Körperschaften auf der getrennten Besteuerung von Investmentfonds und Anlegern beruht.

Diesem System unterfallen mit Ausnahme von Personengesellschaften zunächst alle Kapitalanlagevehikel unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung oder ihrem Anlegerkreis (Kapitel 2). Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG gilt dies unter der Geltung des InvStG in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) selbst dann, wenn von der Optionsmöglichkeit des § 1a KStG Gebrauch gemacht wurde. Die Literatur hat hier mit Blick auf strukturelle Inkonsistenzen Kritik geäußert.<sup>122</sup> Dem wurde entgegnet, dass dies der administrativen Abwicklung bzw. Überprüfbarkeit der Investmentstrukturen geschuldet sei.<sup>123</sup> Mit Blick auf die Frage der Gestaltungsanfälligkeit ist zu ergänzen, dass eine restriktive Handhabung von Optionsmöglichkeiten die Gefahr von Ausweichgestaltungen reduziert. Vor diesem Hintergrund ist die Einschränkung des § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG u.E. zu begrüßen.

##### b) Gleichbehandlung von in- und ausländischen Fonds

Inländische und ausländische Investmentfonds unterliegen in Deutschland unterschiedslos einer Körperschaftsbesteuerung mit solchen Einkünften, für die Deutschland abkommensrechtlich ein Besteuerungsrecht zusteht. Darüber hinaus findet keine Körperschaftsbesteuerung statt.<sup>124</sup>

##### c) Selektive Steuerbefreiungen

Soweit in den Investmentfonds bestimmte steuerbefreite Anleger investiert haben (insbesondere Kirchen und gemeinnützige Stiftungen), kann der Investmentfonds eine Befreiung von der Körperschaftsteuer erlangen.<sup>125</sup>

Ebenfalls steuerbefreit sind die Investmentfonds, soweit die Anteile im Rahmen von zertifizierten Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen gehalten werden. Die Gewerbesteuerbefreiung erscheint deklaratorisch, weil Investmentfonds keine gewerbliche Tätigkeit ausüben dürfen, ist aber wegen der rechtsformabhängigen Einbeziehung von Kapitalgesellschaften in die Gewerbesteuer erforderlich.

<sup>121</sup> Vgl. Haug, IStR 2020, 866, 871 m.w.N.

<sup>122</sup> Vgl. Frey/Schober, DStR 2021, 2674, 2676.

<sup>123</sup> Vgl. Haug, FR 2021, 410, 412.

<sup>124</sup> Vgl. Mann, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 6 InvStG Rn. 1-11.

<sup>125</sup> Vgl. Brandl, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 8 InvStG Rn. 7-11.

#### d) Teilfreistellungen

Die im Rahmen des InvStG 2018 eingeführte Vorausbelastung mit Körperschaftsteuer und eine fehlende Anrechnungsmöglichkeit ausländischer Steuern soll mithilfe von Teilfreistellungen kompensiert werden. Dabei stellt § 20 InvStG die zentrale Norm des neuen intransparenten Besteuerungssystems dar und soll unabhängig von einer tatsächlichen Belastung auf Ebene des Investmentfonds mithilfe von pauschalen Freistellungssätzen für die Anleger die körperschaftsteuerliche Vorbelastung ausgleichen.<sup>126</sup>

Bei der Kapitalanlage in Aktienfonds sind beispielsweise beim Privatanleger pauschaliert 30 % steuerfrei. Bei Immobilienfonds sind bei allen Anlegergruppen 60 % (beim Investitionsschwerpunkt in Auslandsimmobilien 80 %) der Einkünfte steuerfrei. Hintergrund ist dabei, dass bei Aktienfonds gem. § 6 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Nr. 1 InvStG nur Dividenden, nicht jedoch Veräußerungsgewinne aus Aktien besteuert werden. Die höhere Teilfreistellung bei Immobilien wird dadurch gerechtfertigt, dass hier neben den laufenden Mieten und Pachten auch die Veräußerungsgewinne einer Steuerpflicht beim Fonds unterliegen, vgl. § 6 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 InvStG.

In der Literatur werden verschiedene Kritiken am Verfahren der Teilfreistellungen und an der Höhe der Teilfreistellungssätze laut. So seien beispielsweise Rentenfonds mit dem Anlageschwerpunkt auf ausländische Rentenpapiere benachteiligt. Hier liege in vielen Fällen eine Vorbelastung mit ausländischer Quellensteuer auf der Fondseingangsseite vor, ein Ausgleich dieser Steuerbelastung über Teilfreistellungen geschehe allerdings nicht. Hierdurch werde außerdem ein Ziel des Gesetzgebers, nämlich die Beibehaltung der steuerlichen Gleichstellung von Direkt- und Fondsanlagen, nicht erreicht.<sup>127</sup>

Ferner dürften die Teilfreistellungen bei vielen Kleinanlegern ins Leere laufen, wenn sie lediglich Kapitaleinkünfte unterhalb des Sparer-Pauschbetrags erzielen.<sup>128</sup> In diesen Fällen liegt eine Verminderung der Rendite durch die Besteuerung auf Fondsebene vor, welche eben nicht durch die Teilfreistellung wieder ausgeglichen wird. Daneben kann die maßgebliche Teilfreistellungsquote auch Investitionsentscheidungen der Investmentfonds beeinflussen. So kann es durchaus geschehen, dass das Fondsmanagement eine bestimmte, möglicherweise besonders rentable, Investition nicht vornimmt, da sonst die für die Teilfreistellung benötigten Quoten bezüglich der maßgeblichen Investitionen des Fonds unterschritten werden könnten. Neben dieser Beeinflussung wirtschaftlicher Entscheidungen durch das Steuerrecht, werden ausländische, nicht auf den deutschen Markt zentrierte, Fonds die Voraussetzungen für bestimmte Teilfreistellungen nicht erfüllen (wollen).<sup>129</sup>

Bei inländischen Immobilien erfolgt eine Besteuerung der Fondsebene mit 15 % Körperschaftsteuer.

Diese deckt aber nicht vollumfänglich den Besteuerungsanspruch auf der Anlegerebene ab. Dagegen erfolgt bei ausländischen Immobilien in der Regel eine umfassendere Besteuerung des Investmentfonds in dem ausländischen Staat, in dem die Immobilie liegt. Bei einer überwiegenden Investition in ausländische Immobilien ist grundsätzlich eine höhere Freistellung angemessen als bei einer überwiegenden Investition in inländische Immobilien.

---

<sup>126</sup> Vgl. Mann, in Brandis/Heuermann, 159. Lfg. Oktober 2021, § 20 InvStG Rn. 1-5.

<sup>127</sup> Mertensdorf-Perathoner, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 20 Rn. 1-15.

<sup>128</sup> Meinert, NWB 2015, 2416 - 2420.

<sup>129</sup> Mertensdorf-Perathoner, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 20 Rn. 1-15.

Aktien- und Immobilienfonds investieren meist nicht ausschließlich in Aktien oder Immobilien. Typischerweise werden auch andere Kapitalanlagen, insbesondere zinstragende Forderungen, im Vermögen gehalten. Die aus diesen anderen Kapitalanlagen resultierenden Erträge sind regelmäßig nicht steuerlich vorbelastet, profitieren aber gleichermaßen von der Teilfreistellung.

Typisierend wurde bei der Ermittlung der Freistellungshöhen das anteilige Halten von derartigen Kapitalanlagen unterstellt.

#### e) Vorabpauschale

Die Einführung der Vorabpauschalen stellt einen Bruch mit der Grundkonzeption des Investmentsteuerreformgesetzes dar. Dieses ist grundsätzlich so ausgestaltet, dass es eine Cashflow-Besteuerung der Anleger vorsieht.<sup>130</sup> Da allerdings häufig Ausschüttungen vorgenommen werden, die in ihrer Höhe die Erträge einer risikolosen Geldanlage unterschreiten, würde man ohne die Vorabpauschalen Thesaurierungen faktisch generell begünstigen.<sup>131</sup> In ihrer Formulierung erinnert die Norm des § 18 InvStG zwar an die Strafbesteuerung des § 6 InvStG 2004, unterscheidet sich jedoch maßgeblich von dieser, da sie die Höhe der Vorabpauschale auf die tatsächliche Wertsteigerung begrenzt. Konzeptionell ersetzt § 18 InvStG die ausschüttungsgleichen Erträge des § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG 2004.<sup>132</sup>

#### f) Semitransparentes Spezialsystem

Für Spezial-Investmentfonds wird unter den gleichen Voraussetzungen wie früher das semitransparente Besteuerungsverfahren fortgeführt.

Der Begriff „Semi-Transparenz“ bringt zum Ausdruck, dass bei Spezial-Investmentfonds – anders als bei Personengesellschaften – nicht alle Einkünfte dem Anleger zugerechnet werden. Vielmehr bedarf es für die Zurechnung einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung. Ergebnis: Aufgrund dieser Semi-Transparenz ist das heutige Investmentsteuerrecht günstiger für die Anleger als die Direktanlage, da bestimmte Erträge (im Wesentlichen Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren und aus Termingeschäften) steuerfrei thesauriert werden können (sog. Thesaurierungsprivileg).

Spezial-Investmentfonds sind von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit. Die Besteuerung erfolgt grundsätzlich auf Ebene der Anleger. Modifikationen werden insbesondere bei der Besteuerungstechnik für Dividenden und andere Beteiligungseinnahmen vorgenommen. Außerdem wird der enumerative Katalog der als ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassenden Ertragsarten vereinfacht.

Beachte: Soweit die Intransparenz als Instrument zur Reduzierung der Gestaltungsanfälligkeit angesehen wird, gilt dieses nicht für Spezial-Investmentfonds.

#### g) Investitionsgesellschaften

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

---

<sup>130</sup> Jung, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 18 Rn. 14-31.

<sup>131</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 88.

<sup>132</sup> Jung, in BeckOK InvStG, 13. Edition, § 18 Rn. 14-31.

## h) Vereinfachung der Anlegerbesteuerung

Es genügen vier Daten zur Besteuerung der Anleger: Höhe der Ausschüttung, Rücknahmepreis am Anfang und Ende des Kalenderjahres sowie die Angabe, ob es sich um einen Aktien-, Misch-, Immobilien- oder einen sonstigen Investmentfonds handelt. Alle vier Daten lassen sich relativ leicht beschaffen.

Auch die Frage, ob ein Aktien- oder Immobilienfonds vorliegt, lässt sich grundsätzlich aus den veröffentlichten Anlagebedingungen des Investmentfonds ermitteln. Mit dem Ziel der Vereinfachung (und die Gestaltungsanfälligkeit zu verringern!) wäre es dagegen nicht vereinbar, wenn man bei den Ausschüttungen eines Investmentfonds zwischen steuerpflichtigen Erträgen und steuerfreien Beträgen unterscheiden würde.

Ausschüttungen werden grundsätzlich als steuerpflichtiger Ertrag behandelt. Steuerfreie Kapitalrückzahlungen werden grundsätzlich nicht anerkannt. Eine Ausnahme gilt nur für die Liquidationsphase eines Investmentfonds.

Nach § 16 Abs. 3 InvStG kommen die (Teil-)Freistellungen nach § 3 Nr. 40 EStG sowie § 8b KStG ausdrücklich nicht zur Anwendung. Dies begründet sich damit, dass der Investmentfonds keiner vollumfänglichen Ertragsbesteuerung unterliegt. Die Regelung hat nur deklaratorischen Charakter, weil durch die Qualifikation der Erträge aus Investmentfonds als Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG ohnehin § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG nicht anwendbar sind.

Die Versagung dieser Vorteile verhindert den Anreiz, nach Arbitragemöglichkeiten zu streben.

## 2. Gegenmaßnahmen Konkret

### a) Einleitung

Im Folgenden wird untersucht, welche konkreten Gegenmaßnahmen gegen die im Zeitpunkt der Reform bereits bekannten Strukturen gesetzgeberisch eingeleitet wurden. Dabei wird ferner untersucht, ob diese Maßnahmen das gesetzgeberische Ziel einer effektiveren Besteuerung wirksam erreichen.

### b) Dividendenarbitrage

Auf Cum-/Cum-Gestaltungen wird in einem separaten Abschnitt gesondert eingegangen. An dieser Stelle soll jedoch bereits ein Blick auf ein typisches Strukturmerkmal von Dividendenarbitragegestaltungen geworfen werden. Diese basieren wie oben dargestellt oftmals auf Wertpapierleihtransaktionen (oder wirtschaftlich vergleichbaren Ausweichgestaltungen). Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 InvStG sind in- und ausländische Investmentfonds auch mit Entgelten, Einnahmen und Bezügen nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG steuerpflichtig:

Die investmentsteuerrechtliche Regelung des § 6 InvStG lautet:

#### § 6 Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds

[...]

(3) <sup>1</sup>Inländische Beteiligungseinnahmen sind

1. Einnahmen nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 1a des Einkommensteuergesetzes und

2. Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nummer 2 Buchstabe a bis c des Körperschaftsteuergesetzes.

<sup>2</sup>Die Regelungen zum Steuerabzug nach § 32 Absatz 3 des Körperschaftsteuergesetzes sind entsprechend anzuwenden.

Die körperschaftsteuerliche Regelung des § 2 KStG lautet:

## § 2 Beschränkte Steuerpflicht

Beschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind

[...]

2. sonstige Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind, mit den inländischen Einkünften, die dem Steuerabzug vollständig oder teilweise unterliegen; inländische Einkünfte sind auch

a) die Entgelte, die den sonstigen Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen dafür gewährt werden, dass sie Anteile an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland einem Anderen überlassen und der Andere, dem die Anteile zuzurechnen sind, diese Anteile oder gleichartige Anteile zurückzugeben hat,

b) die Entgelte, die den sonstigen Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen im Rahmen eines Wertpapierpensionsgeschäfts im Sinne des § 340b Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs gewährt werden, soweit Gegenstand des Wertpapierpensionsgeschäfts Anteile an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland sind, und

c) die in § 8b Abs. 10 Satz 2 genannten Einnahmen oder Bezüge, die den sonstigen Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen als Entgelt für die Überlassung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland gewährt gelten.

Kompensationszahlungen aus Wertpapierdarlehen sollten danach ebenso wie die zugrundeliegenden Dividenden selbst bei in- und ausländischen Investmentfonds der Körperschaftsteuerpflicht unterliegen.

Allerdings werden u.E. Gestaltungen mittels Genossenschaftsanteilen und Eigenkapital-Genussrechten nicht zwingend erfasst. Entsprechendes gilt ferner für unechte Pensionsgeschäfte<sup>133</sup> nach § 340b Abs. 3 HGB, bei denen der Pensionsnehmer nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, die Wertpapiere auf den Pensionsgeber zurückzuübertragen. Schließlich erscheint denkbar, dass ein Investmentfonds Wertpapiere an eine andere Partei unter gleichzeitiger Vereinbarung eines gegenläufigen Total-Return-Swaps<sup>134</sup> verkauft (sog. synthetische Wertpapierleihe).<sup>135</sup> Denn auch in diesem Fall fehlt es an der vertraglichen Verpflichtung der anderen Partei, die Wertpapiere an den Investmentfonds zurückzuübertragen.

### c) Modell „Bondstripping“<sup>136</sup>

Die gesetzgeberische Maßnahme besteht im Wesentlichen in der Einführung des § 38 Abs. 6 InvStG.

## § 38 Vereinnahmung und Verausgabung

[...]

<sup>133</sup> Böcking/Wolsiffer/Bär, in MüKo-HGB, 4. Aufl. 2020, § 340b Rn. 18; vgl. Hahne DStR 2017, 2313 m.w.N.

<sup>134</sup> Schmidt/Ries, in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl. 2020, § 246 Rn. 17, 18.

<sup>135</sup> Vgl. Woywode, IStR 2006, 368.

<sup>136</sup> Ratschow, in Brandis/Heuermann, 151. Lfg. März 2020, § 20 EStG Rn. 398a.

(6) <sup>1</sup>Wird ein Zinsschein oder eine Zinsforderung vom Stammrecht abgetrennt, gilt dies als Veräußerung der Schuldverschreibung und als Anschaffung der durch die Trennung entstandenen Wirtschaftsgüter. <sup>2</sup>Die Trennung gilt als vollzogen, wenn dem Inhaber der Schuldverschreibung die Wertpapierkennnummern für die durch die Trennung entstandenen Wirtschaftsgüter zugehen. <sup>3</sup>Als Veräußerungserlös der Schuldverschreibung gilt deren gemeiner Wert zum Zeitpunkt der Trennung. <sup>4</sup>Für die Ermittlung der Anschaffungskosten der neuen Wirtschaftsgüter ist der Wert nach Satz 3 entsprechend dem gemeinen Wert der neuen Wirtschaftsgüter aufzuteilen. <sup>5</sup>Die Erträge des Stammrechts sind in sinngemäßer Anwendung des Absatzes 3 periodengerecht abzugrenzen.

§ 38 Abs. 6 InvStG hat zum Ziel, die Umgehungsmöglichkeit von Verlustabzugsbeschränkungen durch die oben genannten Modelle zu verhindern. Ohne diesen Absatz könnten sonst beim Anleger bestehende Verluste durch ausschüttungsgleiche Erträge ausgeglichen werden. Bei einer Veräußerung der Anteile an einem Spezial-Investmentfonds in einem späteren Veranlagungszeitraum könnte dann ein Verlust realisiert werden, da der Veräußerungsgewinn aus den Spezial-Investmentanteilen durch die ausschüttungsgleichen Erträge gemindert werden würde.<sup>137</sup> Solche Erträge könnten durch den Fonds z.B. durch die Trennung der Zinsforderung einer Anleihe vom Anleihemantel erzielt werden. Dabei würde der Fonds sämtliche Anschaffungskosten dem Mantel zuordnen. Eine Veräußerung des Zinsscheins ohne Anschaffungskosten könnte beim Spezial-Investmentfonds nun zu ausschüttungsgleichen Erträgen gem. §§ 34 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. 36 Abs. 1 InvStG führen. Der Anleger könnte solche auf seiner Ebene mit Verlusten ausgleichen.<sup>138</sup>

§ 38 Abs. 6 InvStG begegnet solchen Gestaltungen, indem eine fiktive Veräußerung der ursprünglichen Anleihe und gleichzeitig eine Anschaffung der beiden selbstständigen Wirtschaftsgüter „Anleihemantel“ und „Zinsschein“ im Zeitpunkt der Trennung normiert wird. Dabei ist anzumerken, dass die Regelung sich ausschließlich auf Spezial-Investmentfonds bezieht.

Unter der Voraussetzung, dass keine Absprachen zwischen einem Dritten und dem Spezial-Investmentfonds hinsichtlich der Trennung einer Anleihe stattgefunden haben, ist dem Fonds eine durch einen Dritten veranlasste Trennung nicht zuzurechnen, auch wenn der Fonds beide Wirtschaftsgüter erwirbt.<sup>139</sup>

§ 38 Abs. 6 Satz 3 InvStG legt als Veräußerungserlös der Schuldverschreibung ihren gemeinen Wert i.S.d. § 9 BewG im Zeitpunkt der Trennung fest. Dieser Wert wird bei börsennotierten Schuldverschreibungen gem. § 11 Abs. 1 BewG in aller Regel als der niedrigste Börsenkurs am Stichtag der Trennung anzusetzen sein. Dieser ist außerdem nach § 38 Abs. 6 Satz 4 EStG auf die beiden neuen Wirtschaftsgüter nach deren gemeinem Wert aufzuteilen. Da ein börsenmäßig bestimmbarer Wert in aller Regel noch nicht existieren dürfte, ist dieser regelmäßig der Barwert des Anleihemantels, welcher unter Berücksichtigung der aktuellen Marktzinsen nach finanzmathematischen Methoden zu ermitteln ist. Der gemeine Wert des Zinsscheines ergäbe sich dann als Residualgröße aus der Differenz zwischen fingiertem Veräußerungserlös und Barwert des Anleihemantels.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 30.

<sup>138</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 30.

<sup>139</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 31.

<sup>140</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 152. Lfg. März 2020, § 38 InvStG Rn. 32.

Dieser Tatbestand ist mit dem bisherigen § 3 Abs. 1a InvStG 2004 vergleichbar. Zur Verdeutlichung soll an dieser Stelle ein Beispiel aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 1a InvStG 2004 dienen.<sup>141</sup>

Ein Investmentfonds hat eine Schuldverschreibung zum Nennwert von 100 EUR erworben. Bei der Abtrennung des Zinskupons beträgt der Kurswert der Schuldverschreibung 110 EUR.

Durch die Trennung erzielt der Investmentfonds auf Grund der Neuregelung einen Kursgewinn von 10 EUR. Für das Stammrecht wird ein Barwert von 70 EUR und für den Zinskupon ein Barwert von 39 EUR ermittelt. Daher entfallen auf das Stammrecht  $70 \cdot 110 / 109 = 70,64$  EUR und auf den Zinskupon  $39 \cdot 110 / 109 = 39,36$  EUR als Anschaffungskosten.

Für die Abgrenzung der Erträge aus dem neuen Wirtschaftsgut "Stammrecht" ist § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvStG 2004 (nunmehr § 38 Abs. 3 Nr. 1) sinngemäß anzuwenden. Grundsätzlich gelten Einnahmen vom Investmentfonds als innerhalb des Geschäftsjahres bezogen, in dem sie dem Investmentfonds zugeflossen sind (Grundprinzip des § 11 Abs. 1 EStG).

Für bestimmte Einnahmen des Investmentfonds, wie u.a. Zinsen und angewachsene Ansprüche aus einem Emissions-Agio oder -Disagio einer sonstigen Kapitalforderung, gilt die Zuflussfiktion des § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvStG 2004.

Danach werden die genannten Einnahmen beim Investmentfonds nicht zu ihrem tatsächlichen Zuflusszeitpunkt erfasst, sondern entsprechend den Bilanzierungsgrundsätzen periodengerecht abgegrenzt.

Das heißt, die Einnahmen sind – unabhängig von ihrem tatsächlichen Zahlungszeitpunkt – im Zeitpunkt der bilanziellen Erfassung nach dem Realisationsprinzip auf Ebene des Investmentfonds zu berücksichtigen. Die Erträge aus dem neuen Wirtschaftsgut „Stammrecht“ sind demzufolge nach bilanziellen Realisierungsgrundsätzen zu ermitteln und dem Investmentfonds zuzurechnen.

Anders als § 3 Abs. 2 Nr. 2 InvStG 2004 erfasst § 38 Abs. 6 InvStG auch sonstige Kapitalforderungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, die keine Emissionsrendite haben.

Im Ergebnis führt die Regelung dazu, dass die Anschaffungskosten der Schuldverschreibung nicht vollständig dem Stammrecht, sondern auch dem Zinsschein bzw. der Zinsforderung zugeordnet werden.

Fraglich ist, ob nach wie vor Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. Bei einem Vergleich mit der Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2b EStG fällt auf, dass letzterer auch auf Schuldverschreibungen anzuwenden ist, die nicht in einzelnen Wertpapieren verbrieft sind sowie auf Schuldbuchforderungen, die in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen sind. U.E. sollte eine vergleichbare Regelung hier ebenfalls – jedenfalls klarstellend – übernommen werden. Dies umso mehr, als in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten wird, dass insoweit eine Gesetzeslücke besteht.<sup>142</sup>

#### d) Modell „Kopplungsgeschäfte“

Die bereits im Vorfeld der Investmentsteuerreform indizierten Strukturen werden mittels der Normen §§ 39, 48 Abs. 4 und 49 Abs. 4 InvStG adressiert:

---

<sup>141</sup> BR-Drs. 740/13, 47

<sup>142</sup> Vgl. dazu *Becker-Pennrich*, FR 2017, 7.

### § 39 Werbungskosten, Abzug der Direktkosten

(1) <sup>1</sup>Werbungskosten des Spezial-Investmentfonds, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen, sind Direktkosten. <sup>2</sup>Zu den Direktkosten gehören auch Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung bis zur Höhe der nach § 7 des Einkommensteuergesetzes zulässigen Beträge. <sup>3</sup>Die übrigen Werbungskosten des Spezial-Investmentfonds sind Allgemeinkosten.

(2) <sup>1</sup>Direktkosten, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes stehen, sind ausschließlich den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes zuzuordnen. <sup>2</sup>Liegen keine Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes vor oder sind die Einnahmen niedriger als die Werbungskosten, so hat der Spezial-Investmentfonds Verlustvorträge zu bilden.

(3) Verluste aus Finanzderivaten sind als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes herbeigeführt hat.

(4) Die nach der Zuordnung nach den Absätzen 2 und 3 verbleibenden Direktkosten sind von den jeweiligen Einnahmen abzuziehen.

### § 48 Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn, Fonds-Teilfreistellungsgewinn

[...]

(4) <sup>1</sup>Gewinne aus der Veräußerung sowie Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen sind nicht in den Fonds-Aktiengewinn einzubeziehen, wenn die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse

1. keiner Ertragsbesteuerung unterliegt,
2. von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit ist oder
3. sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit ist, wie sie eine Ausschüttung vornimmt.

<sup>2</sup>Verluste aus Finanzderivaten mindern den Fonds-Aktiengewinn, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Wertveränderungen nach Absatz 3 Nummer 2 herbeigeführt hat.

[...]

#### § 49 Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, Teilwertansatz

[...]

(4) § 15b des Einkommensteuergesetzes ist auf Verluste aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen sowie auf Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwertes bei Spezial-Investmentanteilen entsprechend anzuwenden.

§ 48 Abs. 4 Satz 2 soll wie die Parallelvorschrift in § 39 Abs. 3 bestimmte unerwünschte Kopplungsgeschäfte steuerlich unattraktiv machen.<sup>143</sup> Bei solchen Kopplungsgeschäften schließt der Spezial-Investmentfonds gegenläufige Derivatgeschäfte ab, die dazu genutzt werden, Veräußerungsgewinne aus Aktien zu generieren und dazu führen, dass in ähnlicher Höhe Verluste aus Termingeschäften entstehen (BT-Drucks. 18/8045, S. 110). Die Geschäfte sind in der Weise aufeinander abgestimmt, dass unabhängig von der Kursentwicklung der Aktie in jedem Fall ein Aktienveräußerungsgewinn und ein Termingeschäftsverlust generiert werden kann.<sup>144</sup>

In der Fachöffentlichkeit wird insoweit kommentiert, dass die notwendige Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Termingeschäftsarten – denjenigen, die in die Steuerbemessungsgrundlage eingehen, bzw. denjenigen, die außen vor bleiben – sehr komplex und damit in der konkreten Umsetzung fehleranfällig ist.<sup>145</sup> Ebenso gälte das für die Ermittlung der Ergebnisse aus der fiktiven Veräußerung im Rahmen der Übergangsregelung.

Dadurch, dass § 48 Abs. 4 Satz 2 InvStG die Termingeschäftsverluste in den Fonds-Aktiengewinn miteinbezieht, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Wertveränderungen aus Aktien und gleichstehenden Anteilen nach § 48 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 InvStG herbeiführt, werden die (un)realisierten Aktienveräußerungsgewinne neutralisiert.

Dabei setzt nach der Vorstellung des Gesetzgebers das Vorliegen einer **konzeptionellen Gestaltung** nicht voraus, dass die Derivatgeschäfte sich auf die gleiche Aktiengattung beziehen müssen. Vielmehr sollen auch Gestaltungsvarianten erfasst werden, die sich auf unterschiedliche Aktiengattungen oder eine oder mehrere Aktienkörbe beziehen.<sup>146</sup>

Eine entsprechende gesetzliche Regelung findet sich auch in § 39 Abs. 3 InvStG. Dort sind Verluste aus Finanzderivaten als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer **konzeptionellen Gestaltung** Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG herbeigeführt hat. In der Vergangenheit behandelte die Finanzverwaltung derartige Gestaltungen als Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> Völker, DStR 2016, 265 m.w.N.

<sup>144</sup> Beispiel in BT-Drucks. 18/8045, S. 110 f.

<sup>145</sup> Vgl. dazu die umfangreichen Ausführungen in BMF v. 18.6.2021, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung (InvStG), BStBl. I 2021, 844 Rz. 39.14 bis 39.20, insbesondere in Rz. 39.20.

<sup>146</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 111.

<sup>147</sup> Vgl. Nds. FG v. 1.11.2012 - 6 K 382/10, EFG 2013, 382, aufgehoben durch BFH v. 22.12.2015 - I R 43/13, BFH/NV 2016, 1034, nachfolgend Nds. FG v. 6.7.2017 - 6 K 150/16, juris, rkr.

Der Gesetzgeber möchte allerdings die drohende Rechtsfolge rechtssicherer als mit einem Rückgriff auf § 42 AO auch in Fällen ausschließen, in denen sich die gegenläufigen Finanzderivate nicht nur auf die gleiche Aktiengattung, sondern z.B. auch auf Gesamtheiten von Aktiengattungen (Aktienkörbe) beziehen.<sup>148</sup> Dies hat der BFH mit Urteil vom 9.4.2014<sup>149</sup> in einer ähnlichen Gestaltung zu einer aus mehreren Bausteinen zusammengefassten Aktieninvestition entschieden.

Durch den **konzeptionellen Zusammenhang** verlieren die Verluste aus Finanzderivaten, aus Sicht des Gesetzgebers, ihre Eigenschaft als separat zu betrachtende Ertragsart und sind stattdessen als Werbungskosten der Ertragsart „Aktienveräußerungsgewinne“ zuzuordnen oder als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG abzuziehen.

Übersteigen die Verluste aus Finanzderivaten die Aktienveräußerungsgewinne, so ist ein Verlustvortrag zu bilden und eine Verrechnung mit Aktienveräußerungsgewinnen der Folgejahre vorzunehmen.

Dagegen dürfen die Verluste aus Finanzderivaten, die bei Kopplungsgeschäften entstanden sind, nicht mit positiven Erträgen aus anderen Finanzderivaten verrechnet werden.

In der Literatur wird vertreten, dass ein Verlust aus einem Finanzderivat immer dann ausreichend hoch ist, um zur Anwendung von § 39 Abs. 3 InvStG zu führen, wenn er durch den gegenläufigen Aktienveräußerungsgewinn und die durch den Verlust erreichbare Steuerersparnis wirtschaftlich ausgeglichen wird.

Der Verlust wäre dann schon ausreichend ähnlich hoch wie der angestrebte Gewinn, wenn er ca. 87 % des Gewinns beträgt.<sup>150</sup>

Nach dieser Sichtweise läge unterhalb dieser Schwelle ggf. keine ausreichende „ähnliche“ Höhe vor. Der Wortlaut des § 39 Abs. 3 InvStG kann folglich zu Diskussionen bei der Anwendung der Regelung führen<sup>151</sup>. Selbst im Rahmen der konzeptionellen Kopplungsgeschäfte ist es eher unüblich, dass die Höhe der Verluste aus den Finanzderivaten der Höhe der Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG entspricht. Eine klarstellende Änderung sollte bei Gelegenheit in Betracht gezogen werden.

Ferner ist fraglich, wann eine konzeptionelle Gestaltung vorliegt. Aktienveräußerungsgewinne und Verluste aus Finanzderivaten müssen, um z.B. unter § 39 Abs. 3 InvStG zu fallen, im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung herbeigeführt werden.

Das Gesetz definiert nicht, wann eine konzeptionelle Gestaltung anzunehmen ist.

Die in der Begründung des Gesetzentwurfs geschilderten Beispiele zeigen, dass die zu Aktienveräußerungsgewinnen führenden Geschäfte und die Finanzderivate wohl gleichzeitig und beide mit einer Gegenpartei vereinbart werden müssen, um das Tatbestandsmerkmal der konzeptionellen Gestaltung zu erfüllen.<sup>152</sup> Isoliert, d.h. nicht als Koppelungsgeschäft vereinbarte Aktien- und Termingeschäfte fallen nicht unter Abs. 3, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 39.20.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 111.

<sup>149</sup> BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, BStBl II 2014, 861.

<sup>150</sup> Vgl. Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 39 Rn. 15.

<sup>151</sup> Vgl. hierzu Völker, in Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), InvStG, 2. Aufl. 2020, § 39 Rn. 53 ff.

<sup>152</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 110; s. zu einer vergleichbaren Fragestellung auch Haisch, RdF 2019, 223, 228.

<sup>153</sup> Vgl. Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 39 Rn. 15.

BMF-Schreiben, BMF IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :001; DOK 2019/0415199, (BStBl. I S. 527) Rdn. 39.20:

*„Von den von § 39 Abs. 3 InvStG erfassten Kopplungsgeschäften sind isoliert vereinbarte Aktien- und Termingeschäfte abzugrenzen. Bei isoliert vereinbarten Aktien- und Termingeschäften tritt nach der jeweiligen individuellen Gestaltung ein spekulatives Element, d. h. die Risikotragung einer zukünftigen Wertentwicklung der Aktie, in den Vordergrund.“*

U.E. handelt es sich um eine unnötige Einschränkung eines umfassenderen Gestaltungsspielraums. Die apodiktische Feststellung, bei isoliert abgeschlossenen Termingeschäften überwiege ein „spekulatives Element“ überrascht.

In diesem Zusammenhang sollte auch § 15b EStG i.V.m. § 49 Abs. 4 InvStG Erwähnung finden. Es handelt sich nach h.M. insoweit um einen Rechtsgrundverweis.<sup>154</sup> In Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Auffassung im Schrifttum dürften die Tatbestandsvoraussetzungen u.E. eher selten erfüllt sein.<sup>155</sup> § 15b EStG ist bekannt für seine Schwächen. Diese werden in das InvStG hineingetragen. Schwerpunkt der Kritik an der Norm ist u.E. die Unschärfe des „Modell“-Begriffs der Steuerstundungsmodells. Erforderlich hierfür ist ein vorgefertigtes Konzept. Ein Konzept ist vorgefertigt, wenn der Anwender es vorfindet und zumindest die wesentlichen Grundlagen für ein geplantes Vorhaben einsetzen kann und nicht erst selbst die Strategien und Maßnahmen zur Umsetzung seines Vorhabens entwickeln muss.<sup>156</sup>

Aufgrund der „entsprechenden“ Anwendung von § 15b EStG ist dabei zu beachten, dass neben den Voraussetzungen aus § 49 Abs. 4 InvStG (Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen oder Teilwertabschreibung dieser) – wie erwähnt – auch die Voraussetzungen des § 15b EStG vorliegen müssen.<sup>157</sup>

Ein Steuerstundungsmodell im Sinne des § 15b Abs. 2 InvStG liegt vor, wenn *auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen*. Dabei ist insbesondere das Vorliegen eines vorgefertigten Konzepts unerlässlich um den Anwendungsbereich des § 15b EStG zu eröffnen.<sup>158</sup> Dazu hat der BFH bereits in einem Urteil aus dem Jahre 2014 Stellung genommen.<sup>159</sup> Dabei hat er sich zur Definition des Begriffs des Konzeptes auf ein Urteil des Hessischen Finanzgerichts bezogen und beschlossen, dass ein solches „vorgefertigtes Konzept“ einen Plan für ein bestimmtes Vorhaben beschreibt, welcher sich aus den Erkenntnissen und Entwicklungen von Zielen mithilfe von Strategien und Maßnahmen ableitet und dabei einem größeren strategischen Vorhaben dient.<sup>160</sup> Ein solches Konzept kann also nicht für jede planmäßige Investition angenommen werden, sondern hat sich vielmehr als ein an mehrere Interessenten gerichtetes Investitionskonzept darzustellen.<sup>161</sup> Vorgefertigt ist ein solches Konzept regelmäßig dann, wenn der Investor

---

<sup>154</sup> Vgl. z.B. Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28; Hartmann, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 49 Rn. 48-57.

<sup>155</sup> Wenzel, Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 28 („missglückt“)

<sup>156</sup> BFH v. 17.01.2017 – VIII R 7/13, BStBl II 2017, 700, Tz. 32.

<sup>157</sup> Wenzel, in Brandis/Heuermann, 156. Lfg. März 2021, § 49 InvStG Rn. 27, 28.

<sup>158</sup> Hartmann, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 49 Rn. 48-57.

<sup>159</sup> BFH v. 06.02.2014 - IV R 59/10 (FG Münster 8. 11. 2010 5 K 4566/08 F), EFG 2011, 438.

<sup>160</sup> FG Hessen v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, EFG 2013, 510.

<sup>161</sup> BFH v. 06.02.2014 - IV R 59/10 (FG Münster 8. 11. 2010 5 K 4566/08 F), EFG 2011, 438.

dieses Konzept nutzen kann, ohne selbst Strategien und Maßnahmen zur Umsetzung entwickeln zu müssen.<sup>162</sup>

Über den Anwendungsbereich des § 15b EStG i.V.m. § 49 InvStG stellt sich die Frage, ob diese Kritik entsprechend auf das Tatbestandsmerkmal der konzeptionellen Gestaltung anzuwenden ist. In diesem Fall wären individuell erstellte Kopplungsgeschäfte ggf. weiterhin möglich.

Bezogen auf Spezial-Investmentfonds bedeutet dies, dass der Investor keine Möglichkeit der wesentlichen Einflussnahme auf das Investitionsmuster des Fonds haben darf. So spreche beispielsweise für ein Steuerstundungsmodell, wenn ein Anleger keinen Einfluss auf die Geschäftsführung (des Fonds) anstrebe und sich lediglich oder vorrangig am Kapital beteiligen möchte.<sup>163</sup>

Aufgrund der Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Anlageentscheidungen und die Anlagepolitik des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds über den Anlageausschuss könnte es allerdings sein, dass bei diesen häufig gerade kein vorgefertigtes Konzept im Sinne des § 15b EStG vorliegt.

Dies verneint die Finanzverwaltung. Nach ihrer Ansicht seien geschlossene Fonds, die in der Rechtsform einer Personengesellschaft betrieben werden und den Anlegern in der Anlaufphase steuerliche Verluste zuweisen, regelmäßig als Steuerstundungsmodell einzuordnen, sogar dann wenn die Gesellschafter gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten auf die Vertragsgestaltung haben.<sup>164</sup> Genau diese Ansicht hat der BFH jedoch verneint, sofern der Einfluss des Gesellschafters ins Gewicht fällt und nicht nur rein formal eine Einflussnahmemöglichkeit besteht.<sup>165</sup>

#### e) Modell „Zins- & Dividendensurrogate“

Zur Einschränkung von Gestaltungen im Zusammenhang mit Zins- und Dividendensurrogaten wurde § 36 Abs. 2 Nr. 2 2. HS InvStG konzipiert:

##### § 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

[...]

(2) Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge sind

1. Erträge aus Stillhalterprämien nach § 20 Absatz 1 Nummer 11 des Einkommensteuergesetzes,
2. Gewinne nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 3 und 7 des Einkommensteuergesetzes; ausgenommen sind Erträge aus Swap-Verträgen, soweit sich die Höhe der getauschten Zahlungsströme nach Kapitalerträgen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 7 des Einkommensteuergesetzes bestimmt, und
3. Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen.

[...]

---

<sup>162</sup> FG Hessen v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, EFG 2013, 510.

<sup>163</sup> FG Hessen v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, BeckRS 2013, 94495.

<sup>164</sup> BMF v. 17.07.2007, Anwendungsschreiben § 15b EStG, BStBl I 2007, 542, Rn. 7.

<sup>165</sup> BFH v. 06.02.2014 - IV R 59/10 (FG Münster 8. 11. 2010 5 K 4566/08 F), EFG 2011, 438.

Steuerfrei thesaurierbar sind daher nicht diejenigen Erträge aus Swap-Verträgen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Surrogat für Zinsen oder Dividenden darstellen.<sup>166</sup>

Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben auf Grund des unbestimmten Begriffs „Swap“. U.E. bietet sich auch hier die zivilrechtliche Trennung und das Kontrahieren mit mehreren Vertragspartnern an. Eine wirtschaftliche Zusammenfassung aller Verträge mit dem Ziel der Umqualifikation in einen „Swap-Vertrag“ erscheint zu weitgehend.

Daneben muss kritisch festgehalten werden, dass die Vorschrift des § 36 Abs. 2 Nr. 2 2. HS InvStG in vielen Fällen in der Praxis kaum administrierbar sein dürfte. In jedem Einzelfall müsste der wirtschaftliche Zusammenhang der in Frage stehenden Derivate geprüft und eingeordnet werden.

U.E. ist der Begriff des „Swaps“ ferner zu unbestimmt. Zertifikate (§ 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG) zählen z.B. nicht zu „Swaps“. Swaps (Zinsswaps, Währungsswaps, kombinierte Zins-Währungsswaps) dienen dem Austausch relativer Vorteile, die sich aus bestimmten wirtschaftlichen Bezugsgrößen (z. B. Zinssätze) ergeben. Demnach sollten einseitige Zahlungsverpflichtungen unter einem Zertifikat nicht erfasst sein.

Denkbar wäre mit unterschiedlichen Emittenten verschiedene „Zertifikate“ zu zeichnen, die wirtschaftlich dem Konzept „Swap“ nahekommen.

#### f) Modell „Ertragsteuerliches Enhancement“

Die Gestaltungen um das „Ertragsteuerliche Enhancement“ werden von den Normen § 35 Abs. 6, 7 InvStG sowie § 36 Abs. 4 InvStG erfasst.

##### § 35 Ausgeschüttete Erträge und Ausschüttungsreihenfolge

[...]

(6) Werden einem Anleger Erträge ausgeschüttet, die auf Zeiträume entfallen, in denen der Anleger nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war, gelten insoweit Substanzbeträge als ausgeschüttet.

(7) § 36 Absatz 4 Satz 1 ist entsprechend anzuwenden.

##### § 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

[...]

(4) <sup>1</sup>Die ausschüttungsgleichen Erträge sind nach § 37 mit der Maßgabe zu ermitteln, dass Einnahmen und Werbungskosten insoweit den Anlegern zugerechnet werden, wie diese zum Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen oder des Abflusses der Werbungskosten Spezial-Investmentanteile an dem Spezial-Investmentfonds halten.

[...]

Die Ausschüttung von Erträgen, die auf Zeiträume entfallen, in denen der Anleger nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war, gilt als Substanzauskehr (§ 35 Abs. 6 InvStG).<sup>167</sup>

U.E. werden durch die oben erwähnten Normen sowohl die geschilderte Zinsschranken-Optimierungen als auch bestimmte Double Dip Strukturen<sup>168</sup> und Foreign Credit Strukturen effektiv verhindert, da die ausgeschütteten Beträge nicht mehr als laufender Ertrag, sondern

---

<sup>166</sup> BMF v. 29.4.2021, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung, BStBl. I 2021, 735 Tz. 36.22

<sup>167</sup> Beispiele finden sich im BMF-Schreiben vom 29.04.2021 zu § 36 Abs. 4 InvStG.

<sup>168</sup> Vgl. Müller, IStR 2005, 181.

als teilweise Rückzahlung des eingezahlten Kapitals gelten, was sie bei wirtschaftlicher Betrachtung auch tatsächlich sind. Dies wird allerdings durch den Preis eines erheblichen administrativen Aufwandes erreicht. Ferner muss festgehalten werden, dass das investmentrechtliche und das investmentsteuerrechtliche Fondsergebnis auseinanderlaufen, da im Investmentrecht das Ertragsausgleichsverfahren weiterhin angewendet wird.

#### g) Modell „Luxemburg SPF“

Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Gegenmaßnahme um Besteuerungslücken zu schließen ist § 1 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 InvStG (Nummerierung geändert 2020)

##### § 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz ist anzuwenden auf Investmentfonds und deren Anleger.

(2) <sup>1</sup>Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs. <sup>2</sup>Für Zwecke dieses Gesetzes besteht keine Bindungswirkung an die aufsichtsrechtliche Entscheidung nach § 5 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs. <sup>3</sup>Als Investmentfonds im Sinne dieses Gesetzes gelten auch

1. Organismen für gemeinsame Anlagen, bei denen die Zahl der möglichen Anleger auf einen Anleger begrenzt ist, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs erfüllt sind,

2. Kapitalgesellschaften, denen nach dem Recht des Staates, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung haben, eine operative unternehmerische Tätigkeit untersagt ist und die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen oder die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, und

3. von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften verwaltete Investmentvermögen nach § 2 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs.

Die Regelung ist in der Fachliteratur umstritten. Eine Ansicht sieht in der Entfernung vom Aufsichtsrecht eine Systemwidrigkeit.<sup>169</sup> Nach anderer Ansicht ist die Regelung notwendig.<sup>170</sup> Vor dem Hintergrund eines divergierenden Gesetzeszweckes von Aufsichtsrecht und Steuerrecht mag u.E. der Vorwurf der Systemwidrigkeit im Ergebnis nicht überzeugen.<sup>171</sup> Letztlich handelt es sich um eine fiskalisch motivierte Rückerstattung für das Steuerrecht. Fraglich ist vielmehr, ob Gleiches auch für andere Regelungen, für die Ausnahmen nach investmentrechtlicher Auslegung greifen, wie zum Beispiel Joint Ventures oder Investmentclubs, gelten muss.<sup>172</sup> U.E. ist allerdings fraglich, ob das Tatbestandsmerkmal „Untersagung“ erfüllt ist, wenn die operative Tätigkeit nur mit negativen Folgen belegt wird (so bei partieller Steuerpflicht von gGmbH im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nach §§ 64 ff. AO).<sup>173</sup> Nach umstrittener Ansicht in der Literatur reicht die bloße (sachliche) Steuerbefreiung **bestimmter** Einkünfte, die faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt, für die

<sup>169</sup> Link, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 1 Rn. 6.

<sup>170</sup> Bödecker, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 1 Rn. 42.

<sup>171</sup> Vgl. auch BaFin Merkblatt zur Erlaubnispflicht gemäß KWG und KAGB von Family Offices, Stand Mai 2014, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_140514\\_familyoffices.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_140514_familyoffices.html), abgerufen am 15.12.2018; kritisch hierzu bereits Bödecker/Hartmann, in BeckOK, InvStG 2004, 19. Edition, § 1 Rn. 32, 33; aA WBA/Mann InvStG 2018 § 1 Rn. 33, der für das Investmentsteuerrecht eine solche Ausnahme für Family Offices und Joint Ventures ablehnt).

<sup>172</sup> So Bödecker, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 1 Rn. 42.

<sup>173</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/8045, S. 67; BMF v. 21.5.2019, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung, BStBl. I 2019, 527 Tz. 1.10 und Link, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 1 Rn. 9b.

Fiktion des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 InvStG nicht aus. Im Ergebnis wird deutlich, dass Besteuerungslücken daher in Abhängigkeit von der Entwicklung des ausländischen Rechts entstehen können.

#### h) Zweckwidrige Ausnutzung von Abkommensvorteilen

Die gesetzgeberische Gegenmaßnahme beruht auf dem Zusammenspiel der Normen §§ 16 Abs. 4; 34 Abs. 3 Satz 2; 43 Abs. 1 i.V.m. 26, 29 InvStG.

Problematisch in diesem Zusammenhang könnte sein, dass § 26 Nr. 6 InvStG die Höhe der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung nur auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften bezieht.

Indem ein Spezial-Investmentfonds nach § 26 Nr. 6 InvStG nicht mindestens 10 % am Kapital einer ausländischen Kapitalgesellschaft halten kann,<sup>174</sup> sind Freistellungen nach Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU) grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>175</sup> Dies gilt selbst dann, wenn sich im Einzelfall eine Überschreitung der Beteiligungshöchstgrenze ergeben sollte, weil dann wegen § 29 Abs. 3 InvStG keine sich aus dem Steuerrecht ergebenden Rechtspositionen geltend gemacht werden dürfen.

Fraglich ist allerdings, ob der Begriff „Kapitalgesellschaft“ nicht zu eng ist, da Genossenschaften keine Kapitalgesellschaften sind und auf diese die Mutter-Tochter-Richtlinie Anwendung finden kann.

#### i) Übermäßige Thesaurierung

§ 36 Abs. 5 InvStG normiert eine Ausschüttungsfiktion.

##### § 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

[...]

(5) <sup>1</sup>Die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten mit Ablauf des 15. Geschäftsjahres nach dem Geschäftsjahr der Vereinnahmung als ausschüttungsgleiche Erträge und zu diesem Zeitpunkt als zugeflossen, soweit sie die Verluste der Vorjahre übersteigen und nicht bis zum Ende des 15. Geschäftsjahres oder in den vorherigen Geschäftsjahren ausgeschüttet wurden. <sup>2</sup>Absatz 4 ist auf die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge nicht anzuwenden.

[...]

U.E. besteht trotz der Ausschüttungsfiktion ein Anreiz zur Umqualifizierung von ausschüttungsgleichen Erträgen in thesaurierungsfähige Erträge. Darüber hinaus können Zins- und Dividenden erträge in Schuldverschreibungen umverpackt werden, um eine dauerhafte Thesaurierung zu ermöglichen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob 15 Jahre eine übermäßige Dauer darstellen. Dabei muss allerdings sektorspezifisch bedacht werden, dass für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen die Regelung zur steuerfreien Thesaurierung notwendig ist, um die Überschussbeteiligung der Versicherungsnehmer bestmöglich glätten zu können (sowohl zeitlich über die Jahre als auch über die verschiedenen Versicherungsnehmergruppen).

Da der überwiegende Teil der Thesaurierungen den Versicherungsnehmern zusteht (und damit letztlich beim Versicherungsunternehmen Betriebsausgabe ist), erscheint es

---

<sup>174</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU v. 30.11.11, ABI EU L 345 S. 8).

<sup>175</sup> Vgl. Wenzel, in Brandis/Heuermann, 158. Lfg. August 2021, § 26 InvStG Rn. 47.

nachvollziehbar, dass der sich für die Versicherungsunternehmen ergebende Steuerstundungseffekt für den Fiskus überschaubar ist.

Die in § 36 Abs. 5 InvStG gefasste Zwangszurechnung nach 15 Geschäftsjahren knüpft an dem Begriff der „steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge“ an, der im § 36 Abs. 2 InvStG definiert ist.

Veräußerungen von Inhaberschuldverschreibungen, die einen Anspruch auf Lieferung physischen Golds verbiefen, sind nicht erfasst.<sup>176</sup> Ferner sind auch Investments in virtuelle Währungen nicht erfasst.<sup>177</sup> Bei einer Besitzzeit von mindestens einem Jahr stellen Gewinne aus der Veräußerung dieser Wertpapiere zudem keine sonstigen Erträge i. S. d. § 36 Abs. 3 InvStG dar<sup>178</sup>. Die realisierten Gewinne können zeitlich unbeschränkt auf Ebene des Spezial-Investmentfonds steuerfrei vorgetragen werden. Im Ergebnis sollte daher überlegt werden, dass die maximale Thesaurierungsfähigkeit von Erträgen nicht auf Kapitalerträge beschränkt bleibt. Zu prüfen sollte insbesondere sein, ob die „Tokenisierung“ als Einfallstor für weitergehende Gestaltungen gesehen werden kann.

### III. "Neue" Steuersparmodelle bei Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds

#### 1. Teilfreistellung

Die in § 20 InvStG geregelte Aktienteilfreistellung greift bei allen Aktienfonds und Mischfonds. Für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Aktienteilfreistellung wird die Kategorisierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht übernommen (vgl. Fondskategorien-Richtlinie vom 22. Juli 2013).

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

#### 2. Modell Gemischter Aktien- Fonds / Optimierung des Fondsvermögens

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

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

Damit erfolgt eine übermäßige Begünstigung des Renten-Anteils. Zu beachten ist, dass bei natürlichen Personen, die den Fonds im Privatvermögen halten, die Steuerbefreiung 30 % (Betriebsvermögen - 60 %) beträgt.

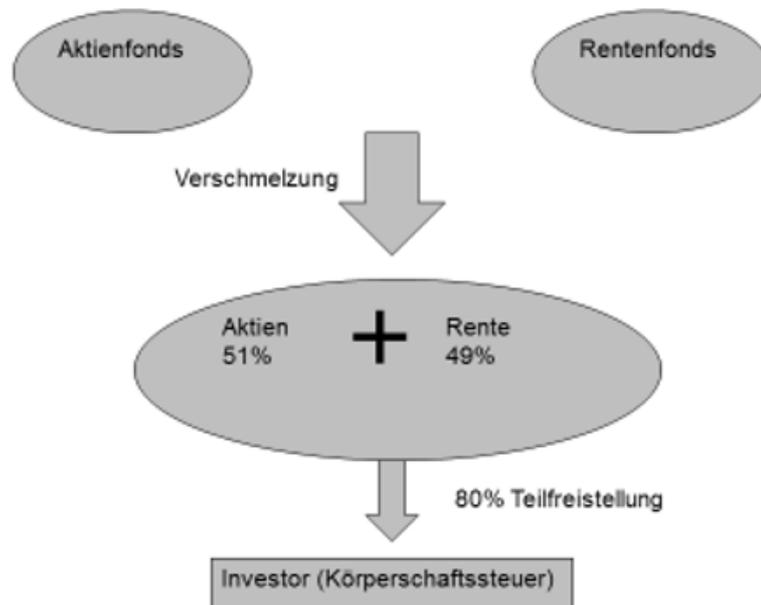
---

<sup>176</sup> Vgl. hierzu BFH-Urteile vom 12. Mai 2015 (VIII R 35/14 und VIII R 4/15), vom 6. Februar 2018 (IX R 33/17) sowie vom 16. Juni 2020 (VIII 7/17).

<sup>177</sup> Vgl. BMF v. 10.05.2022, „Einzelfragen zur ertragsteuerrechtlichen Behandlung von virtuellen Währungen und von Token“, BStBl. I 2022, 668 Tz. 85.

<sup>178</sup> Vgl. BMF v. 29.4.2021, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab 1.1.2018 geltenden Fassung, BStBl. I 2021, 735 Tz. 36.39.

### Teilfreistellung / Modell Gemischter Aktien-Fonds



Es gibt Hinweise, dass mitunter gezielt die steuerpflichtigen Beteiligungseinnahmen aus inländischen Aktien i. S. d. § 6 Abs. 3 Nr. 1 InvStG durch auf Fondsebene nicht steuerbare Gewinne aus Zertifikaten i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG ersetzt werden.

Bei der Bewertung des hier aufgezeigten Gestaltungspotentials ist zu bedenken, dass bei der Ermittlung der Freistellungshöhen, etwa für Aktienfonds, typisierend das anteilige Halten auch anderer Kapitalanlagen bereits bewusst vom Gesetzgeber berücksichtigt und typisierend unterstellt wurde (BR-Drs. 119/16 S. 58 f.).

Hinsichtlich dieses Themas ist natürlich zu beachten, dass synthetisch replizierende Investmentfonds am Markt nicht unüblich sind (insb. im Bereich der ETFs). Außerdem sind Zertifikate keine Kapitalbeteiligungen i. S. d. § 2 Abs. 8 InvStG. Die Anleger vollsynthetischer Investmentfonds kommen daher auch nicht in den Genuss einer Teilfreistellung nach § 20 InvStG.

### 3. Nachweise

Auf der Basis existierender Nachweismöglichkeiten bieten sich ggf. Gestaltungsmöglichkeiten an.

#### a) Teilfreistellungsquoten

Die Vorschrift des § 20 Abs. 4 InvStG knüpft die Teilfreistellung an ein Nachweiserfordernis:

#### § 20 Teilfreistellung

[...]

(4) Weist der Anleger nach, dass der Investmentfonds die Aktienfonds- oder Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote oder Immobilienfonds- oder Auslands-Immobilienfondsquote während des Geschäftsjahres tatsächlich durchgehend überschritten hat, so ist die Teilfreistellung auf Antrag des Anlegers in der Veranlagung anzuwenden.

Für den Fall, dass die Anlagebedingungen eines Investmentfonds keine hinreichenden Aussagen zum Überschreiten der Schwellenwerte für den Aktien- oder Immobilienteil enthalten oder keine Anlagebedingungen des Investmentfonds existieren, wird in Absatz 4 dem Anleger eine individuelle Nachweismöglichkeit eingeräumt.

Wenn der Anleger hinreichende Nachweise vorlegen kann, aus denen sich ergibt, dass der Investmentfonds während des gesamten Geschäftsjahres die Schwellenwerte überschritten hat, wird die Teilfreistellung im Rahmen des Veranlagungsverfahrens gewährt. Ein Nachweis gegenüber den zur Erhebung der Kapitalertragsteuer verpflichteten Personen ist dagegen nicht zulässig, da dieses einen unverhältnismäßigen Aufwand auf Seiten der Entrichtungspflichtigen auslösen würde.

Macht der Anleger davon Gebrauch und erbringt im (unmittelbar) folgenden VZ keinen Nachweis (keine Verpflichtung) oder einen Nachweis für einen anderen Teilfreistellungssatz, fingiert („gilt“) Satz 2 die Veräußerung des Investmentanteils zum Ablauf des VZ. Das Gj. des Investmentfonds ist nicht maßgeblich.<sup>179</sup>

Daraus ergibt sich folgende Gestaltung:

Im Verlustfall: Kein Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG, damit voller BA-Abzug, im Gewinnfall: Nachweis, damit Teilfreistellung. Umgekehrter Fall von § 22 Abs. 1 Satz 2 InvStG.

Ggf. ist die Norm teleologisch zu reduzieren, wenn der Anleger den Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG im folgenden VZ erbringen kann, dies zu Gestaltungszwecken aber bewusst unterlässt.<sup>180</sup> Dies könnte mit dem Argument in Frage kommen, dass § 22 InvStG die Nutzung der Teilfreistellung zu Gestaltungen gerade verhindern soll.

**Beispiel:**

Der Privatanleger A erwirbt am 02.01.01 einen Investmentanteil zum Preis von 1.000 €. Der Investmentfonds schüttet im VZ 01 einen Betrag von 100 € an den Anleger aus. Am 31.12.01. beläuft sich der Wert des Investmentanteils auf 1.100 €. Bei Abgabe seiner Steuererklärung für den VZ 01 weist der Anleger nach, dass der Investmentfonds die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllt (§ 20 Abs. 4 InvStG).

Im VZ 02 werden keine Ausschüttungen vorgenommen. Am 30.12.02. veräußert der Anleger den Investmentanteil für 950 €. Bei Abgabe seiner Steuererklärung für den VZ 02 verzichtet der Anleger auf den Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG, dass der Investmentfonds die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllt. Tatsächlich ist das aber noch der Fall.

**Steuerliches Ergebnis:**

Der Anleger erzielt im VZ 01 laufende Investmenterträge i.H.v. 100 €. Davon werden 30 % aufgrund des für den VZ 01 erbrachten Nachweises nach § 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 4 InvStG freigestellt.

Außerdem entsteht am 31.12.01 ein fiktiver Veräußerungsgewinn i.H.v. 100 €. Denn aufgrund des für den VZ 02 nicht erbrachten Nachweises gilt der Investmentanteil am 31.12.01 als veräußert (§ 22 Abs. 1 Satz 2 InvStG). Auch vom fiktiven Veräußerungsgewinn i. H. v. 100 € werden 30 % nach § 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 4 InvStG freigestellt.

<sup>179</sup> BMF v. 21.05.2019, BStBl. I 2019, 527 Tz. 22.6

<sup>180</sup> Vgl. *Mann*, in Brandis/Heuermann, 161. EL März 2022, § 22 InvStG Rn. 10 m.w.N. so i. Erg. auch BMF v. 21.5.19, BStBl. I 2019, 527 Tz. 22.7 und Tz. 22.8 [§ 42 AO; dazu *Kleutgens*, in Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), InvStG, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 25 f.]; *Mertesdorf-Perathoner*, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 22 Rn. 39; ebenso *Klein*, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 22 Rn. 6.

Im VZ 02 erzielt der Anleger mangels Ausschüttungen keine laufenden Investmenterträge. Infolge der Veräußerung am 30.12.02 erzielt der Anleger einen Veräußerungsverlust i.H.v. 150 €. Da der Anleger für den VZ 02 auf den Nachweis nach § 20 Abs. 4 InvStG verzichtet und der Investmentfonds damit als sonstiger Investmentfonds zu qualifizieren ist, müsste der Verlust i.H.v. 150 € eigentlich in voller Höhe ohne eine Teilfreistellung berücksichtigt werden können.

Dagegen könnte eine teleologische Reduktion der Vorschrift sprechen.<sup>181</sup> Eine teleologische Reduktion zielt darauf ab, den Geltungsbereich einer Norm mit Rücksicht auf ihren Gesetzeszweck gegenüber dem zu weit gefassten Wortlaut einzuschränken. Sie ist nur zurückhaltend anzuwenden und kann nur in Betracht kommen, wenn die auf den Wortlaut abstellende Auslegung zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen würde.<sup>182</sup> Es muss eine verdeckte Regelungslücke vorliegen, die es rechtfertigt und erfordert, diese Norm im Wege der teleologischen und zugleich dem Gebot der gleichheitskonformen und folgerichtigen Verwirklichung des Normzwecks Rechnung tragenden Reduktion auf das sinnvolle Maß zurückzuführen.<sup>183</sup>

U.E. erscheint es gut vertretbar, eine solche verdeckte Regelungslücke vorliegend zu sehen. Es widerspricht insbesondere dem vorstehend erwähnten Grundsatz der Folgerichtigkeit, wenn die Nachweismöglichkeit zur Steuergestaltung genutzt werden kann. Allerdings kann kritisch hinterfragt werden, ob tatsächlich eine *verdeckte* Regelungslücke vorliegt. Vor diesem Hintergrund sollte eine klarstellende Regelung bestehende Auslegungszweifel ausräumen.

Eine klarstellende Regelung könnte z.B. dahingehend vorgenommen werden, dass ein einmal erfolgter Nachweis entsprechende Nachweise in allen VZ nach sich zieht, in denen der Anleger in den Investmentfonds investiert ist. Sollten in einem späteren VZ keine Nachweise vorgelegt werden, könnte die Teilfreistellung rückwirkend entfallen.

Alternativ könnte gesetzgeberisch geregelt werden, dass das pflichtwidrige Nichtvorlegen von Nachweisen im Verlustfall zur Anwendung des Teilfreistellungssatzes führt, der zuletzt nachgewiesen wurde.

## b) Beschränkte Steuerpflicht

Die Vorschrift des § 6 InvStG regelt:

### § 6 Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds

#### (5) <sup>1</sup>Sonstige inländische Einkünfte sind

1. Einkünfte nach § 49 Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes mit Ausnahme der Einkünfte nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e des Einkommensteuergesetzes, soweit sie nicht von den Absätzen 3 oder 4 erfasst werden, und

[...]

Explizit vom Tatbestand ausgenommen sind die Gewinne aus der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e i. V. mit § 17 EStG an einer inländischen Kapitalgesellschaft. Der Hintergrund ist, dass Standortnachteile für deutsche Investmentfonds vermieden werden sollen.

<sup>181</sup> Vgl. BFH v. 20.3.2003 - IV R 42/00, BFHE 202, 438, BStBl II 2003, 798, DStR 2003, 1653 m.w.N.

<sup>182</sup> Vgl. BFH v. 20.3.2003 - IV R 42/00 a.a.O., unter 2. der Gründe, m.w.N.

<sup>183</sup> Vgl. BFH v. 26.6.2007 - IV R 9/05, BFH/NV 2007, 2197, BStBl II 2007, 893, DStR 2007, 1716.

Die Regelung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG muss allerdings kritisch gesehen werden. In der Überlegung, Veräußerungsgewinne aus wesentlichen Beteiligungen unterlägen nur bei inländischen Investmentfonds, aber in vielen Fällen nicht bei ausländischen Investmentfonds der Besteuerung, werden u.E. die Nicht-DBA-Fälle unzureichend berücksichtigt. Diese werden unnötigerweise der Besteuerung entzogen. Es muss dabei zwar die Frage gestellt werden, ob es überhaupt Nicht-DBA-Staaten gibt, die als international relevanter Fondsstandort in Frage kommen. Eine Besteuerung der Nicht-DBA-Staaten-Fonds wäre jedenfalls u.E. nicht unionsrechtskonform. Allerdings ist grundsätzlich der Ansatz kritisch zu hinterfragen, im § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG Veräußerungsgewinne nur deswegen nicht der beschränkten Steuerpflicht zu unterwerfen, weil es eine Vielzahl von DBA gibt, die Deutschland nicht das Besteuerungsrecht zuweisen. Es dürfte unbestritten sein, dass die verbliebenen Länder ohne DBA in der Gestaltungspraxis in Bezug auf die Generierung nicht steuerbarer Veräußerungsgewinne eine erhebliche steuerplanerische Rolle spielen. Eine Streichung von § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG ließe diese Gestaltungsvariante entfallen. Steuerplanerische Eingriffe würden dann nur noch zu einer Verlagerung von Besteuerungs-substrat in DBA-Staaten führen.

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

### c) Immobilienerträge

Ein weiterer Ansatz für Steuergestaltungen bietet die Definition von Immobilienerträgen.

Gemäß § 6 Abs. 4 InvStG sind dies:

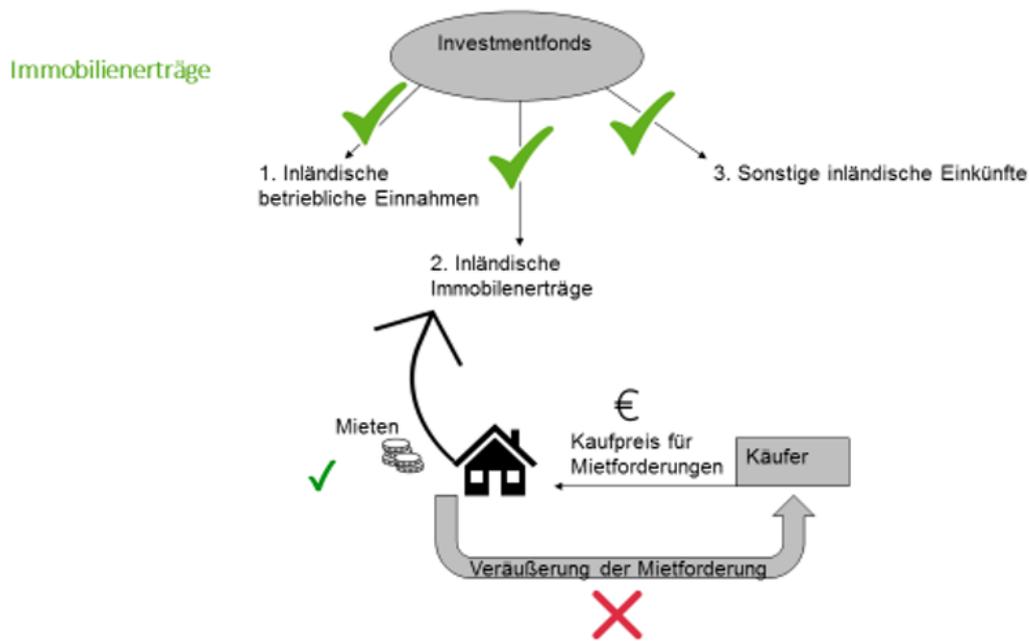
1. Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung von im Inland belegenen Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten und
2. Gewinne aus der Veräußerung von im Inland belegenen Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten.

Hier ist zu berücksichtigen, dass es sich nicht um Einkünfte gemäß § 21 EStG handelt.<sup>184</sup> Vielmehr handelt es sich hier um einen abstrakten Ertragstypus.<sup>185</sup> Davon zu unterscheiden sind Veräußerungen und veräußerungsähnliche Vorgänge, die dauerhaft auf das Recht einwirken. Anders als bei § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG fällt die Veräußerung von Miet- und Pachtzinsforderungen mangels ausdrücklicher Nennung nicht unter Abs. 4. Das eröffnet Gestaltungspotential, soweit Miet- und Pachtzinsforderungen veräußert werden, statt diese zu vereinnahmen.

---

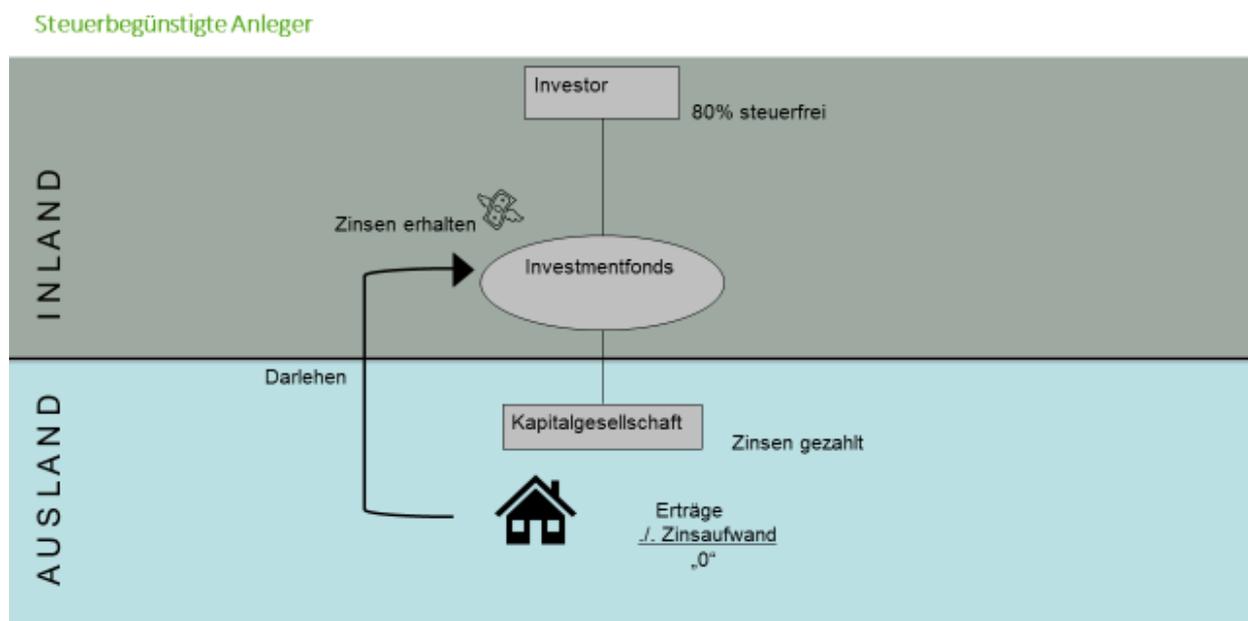
<sup>184</sup> Mann, in Brandis/Heuermann, 161. EL März 2022, § 6 InvStG, Rn. 47.

<sup>185</sup> Zu § 15 InvStG 2004: Beckmann/Scholtz/Vollmer InvStG 2004 § 15 Rz. 25; zu § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ähnl. Mann, in Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), InvStG, 2. Aufl. 2020, § 6 Rz. 232; Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 6 InvStG Rn. 25; a. A. Wolny, in BeckOK, InvStG, 13. Edition, § 6 Rn. 142.



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

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



#### d) Steuerbegünstigte Anleger und Nießbrauchsgestaltungen

Mittels Nießbrauchsgestaltungen kann ein nicht begünstigter Investor mittelbar an Vorteilen für steuerbegünstigte Anleger gemäß § 8 InvStG partizipieren.

##### § 8 Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger

(1) Einkünfte nach § 6 Absatz 2 sind auf Antrag des Investmentfonds steuerbefreit, soweit

1. an dem Investmentfonds Anleger, die die Voraussetzungen des § 44a Absatz 7 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes erfüllen, oder vergleichbare ausländische Anleger mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat beteiligt sind, oder

2. die Anteile an dem Investmentfonds im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden, die nach den §§ 5 oder 5a des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes zertifiziert wurden.

(2) Inländische Immobilienerträge sind auf Antrag des Investmentfonds steuerbefreit, soweit an dem Investmentfonds beteiligt sind:

1. inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit die Investmentanteile nicht einem nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betrieb gewerblicher Art zuzurechnen sind, oder

2. von der Körperschaftsteuer befreite inländische Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, soweit sie nicht unter Nummer 1 fallen, oder vergleichbare ausländische Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat.

(3) <sup>1</sup>Bei Einkünften, die einem Steuerabzug unterliegen, richtet sich der Umfang der Steuerbefreiung nach dem Anteil, den die steuerbegünstigten Anleger am Gesamtbestand der Investmentanteile eines Investmentfonds zum jeweiligen Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen halten. <sup>2</sup>Bei zu veranlagenden Einkünften richtet sich der Umfang der Steuerbefreiung nach dem Anteil des durchschnittlichen Investmentanteilbesitzes von steuerbegünstigten Anlegern am durchschnittlichen Gesamtbestand der Investmentanteile während des Geschäftsjahres des Investmentfonds.

(4) <sup>1</sup>Die Steuerbefreiung bei inländischen Beteiligungseinnahmen setzt voraus, dass der Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer nach § 36a des Einkommensteuergesetzes erfüllt. <sup>2</sup>Die Steuerbefreiung nach Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 setzt zudem voraus, dass

1. der Anleger seit mindestens drei Monaten zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist und

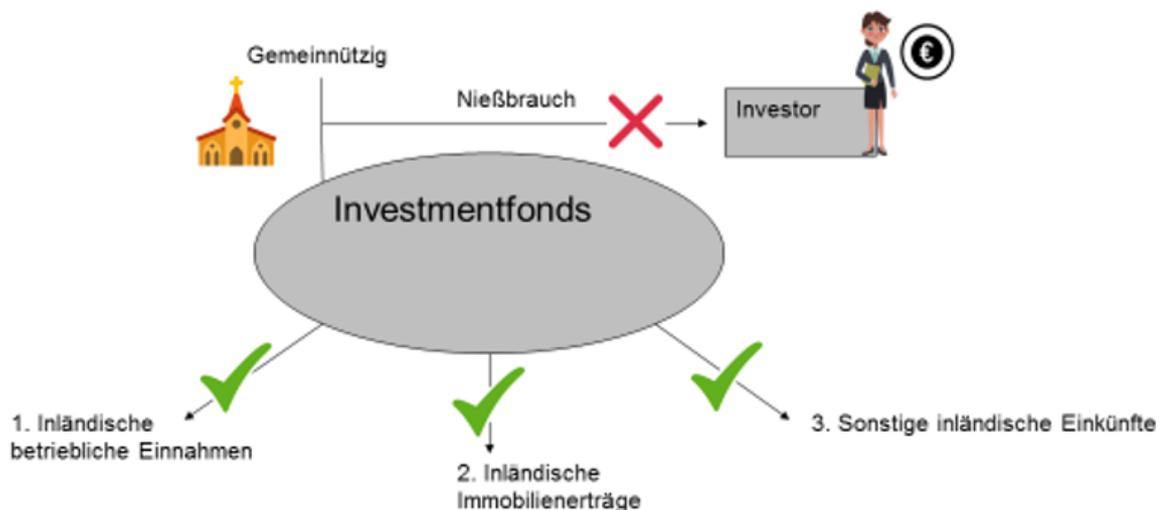
2. keine Verpflichtung zur Übertragung der Anteile auf eine andere Person besteht.

Dazu ist zunächst erforderlich, dass der direkte Anleger steuerbegünstigt ist. Hiervon soll vorliegend ausgegangen werden. So könnte z.B. eine inländische oder ausländische steuerbefreite Stiftung die Anteile an dem Fonds halten. Der Fonds wiederum erzielt Einkünfte, die von § 6 Abs. 2 InvStG erfasst werden. Der Fonds seinerseits hat im Rahmen dieser Gestaltungen keinerlei Schwierigkeiten, die Voraussetzungen des § 36a EStG einzuhalten.

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

Ein Nießbrauch kann zivilrechtlich an Wertpapieren, Forderungen oder Beteiligungen begründet werden. Es handelt sich hierbei um ein Recht i. S. des § 1068 Abs. 1 BGB. Es begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, welches aber durch die Vertragsparteien verändert werden kann.<sup>186</sup>

### Steuerbegünstigte Anleger, § 8 InvStG / Nießbrauch



Bei Kapitalvermögen erzielt grundsätzlich nicht der Nießbraucher, sondern der Inhaber des Stammrechts die Einkünfte, denn nur er kann Kapital zur Nutzung überlassen und dadurch den Besteuerungstatbestand verwirklichen. Der Nießbrauch beschränkt sich i.d.R. auf die Vereinnahmung der Erträge. Dadurch wird der Besteuerungstatbestand bei Kapitaleinkünften i.d.R. nicht verwirklicht.<sup>187</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Nießbraucher aufgrund der getroffenen Abreden alle mit der Beteiligung (oder dem Stammrecht) verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann.<sup>188</sup>

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

<sup>186</sup> W. Maier, in Beck'sches Steuer und Bilanzrechtslexikon, Edition 59, "Nießbrauch" Rn. 2.

<sup>187</sup> Vgl. FG Münster v. 16.05.2013 - 2 K 577/11 E, EFG 2014, 270.

<sup>188</sup> BFH v. 24.01.2012 - IX R 51/10, BStBl II 2012, 308; BFH v. 18.11.2014 - IX R 49/13, BStBl II 2015, 224.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung stellt jedenfalls der entgeltliche Zuwendungsnießbrauch an Kapitalvermögen die Veräußerung des Ertragsanspruchs gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 2 EStG dar. Das für die Bestellung entrichtete Entgelt ist dabei vom Nießbrauchsbesteller (hier: gemeinnützige Stiftung) i.d.R. im Jahr des Zuflusses zu versteuern.

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

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

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

#### IV. Regelungsvorschläge zur Vermeidung von Steuergestaltungen

Die Untersuchung hat ergeben, dass weiterhin Steuergestaltungspotential vorhanden ist. Allerdings rechtfertigt dieser Befund z.B. nicht die Schlussfolgerung, eine einfache Generalklausel – vergleichbar § 42 AO – genüge, um dieses Gestaltungspotential auszuschalten. Allein die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes dürften diesem Vorgehen entgegenstehen und letztlich damit die Grenzen des rechtsstaatlichen Gestaltungsspielraums überschreiten. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass fiskalpolitisch unerwünschte Strukturen auch durch gesetzgeberische Akte mit bestenfalls eingeschränkter Wirksamkeit wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit die wirtschaftliche Attraktivität von Steuergestaltungsstrukturen für bestimmte Investorenkreise genommen werden kann. Ob dies eine legitime Vorgehensweise sein kann, geht jedoch über die Funktion dieses Gutachtens hinaus und ist politisch zu bewerten. U.E. verfehlt ein solcher Ansatz das Gebot der Rechtsstaatlichkeit.

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

Abweichend ist u.E. die oben skizzierte Gestaltung mittels Nießbrauchsvereinbarung zu werten. Die Besonderheiten des Nießbrauchsrechts führen dazu, dass möglicherweise

Gestaltungspotential fortbesteht, welches den fiskalischen Koordinaten des Investmentsteuerrechts widersprechen könnte. Der Befund drängt die Frage nach der Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns auf. U.E. handelt es sich bei Steuergestaltungen mittels Nießbrauch nicht um ein spezifisches investmentsteuerrechtliches Phänomen, sondern vielmehr um den Einsatz eines zivilrechtlichen Instruments bei der Ausgestaltung von (hier) kapitaleinkünftebezogenen Investmententscheidungen. Erfolgsverlagerungen mittels Nießbrauchsgestaltung knüpfen im Unterschied z.B. zu Treuhandgestaltungen nicht zwingend an eine Übertragung wirtschaftlichen Eigentums an, so dass Regelungen, die zur Bekämpfung von Gestaltungsmissbrauch hierauf Bezug nehmen, zwangsläufig zu kurz greifen müssen. Im Ergebnis sollte daher überlegt werden, die steuerlichen Folgen von Nießbrauchsgestaltungen im Rahmen des § 20 EStG zu adressieren. Das Investmentsteuerrecht könnte sich dann auf einen Verweis auf diese Regelung beschränken. Eine solche Regelung muss vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung zur Zurechnung von Kapitaleinkünften bei Nießbrauchsgestaltungen gesehen werden.<sup>189</sup> Danach tritt der Nießbraucher nicht in die Rolle des Überlassers von Kapitalvermögen ein, sondern realisiert nur den aufgrund des Nießbrauchs erworbenen Ertragnisanspruch.

U.E. sollte daher zur Vermeidung von Besteuerungslücken gesetzgeberisch geregelt werden, dass der Erwerb von Ertragnisansprüchen dem Erwerb des Stammrechts gleichgestellt wird. Über einen Verweis des InvStG auf den entsprechend ergänzten § 20 EStG wäre u.E. die oben skizzierte Besteuerungslücke geschlossen.

---

<sup>189</sup> Vgl. z.B. BFH v. 14.12.1976 - VIII R 146/73, BStBl. II 1977, 115; BFH v. 22.08.1990 - I R 69/89, DStR 1991, 75; BFH v. 28.01.1992 - VIII R 207/85, BStBl. II 1992, 605.

## **Teil 2 B**

### **Verhinderung von Steuersparmodellen: Cum/Cum-Gestaltungen**

## Verhinderung von Steuersparmodellen: Cum/Cum-Gestaltungen

### Inhaltsverzeichnis

|      |  |     |
|------|--|-----|
| I.   | Cum/Cum-Gestaltungen.....  | 82  |
| 1.   | Fallgruppen .....  | 82  |
| 2.   | Abgrenzung zur strukturierten Wertpapierleihe .....  | 83  |
| II.  | Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG .....   | 83  |
| 1.   | Regelungsprogramm.....   | 84  |
| 2.   | Dogmatische Einordnung zwischen Belastungs- und Zurechnungsregel.....  | 86  |
| 3.   | Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 50j EStG idF. Erstes BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016.....       | 87  |
| 4.   | Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 31 Abs. 3 InvStG idF. JStG 2019 v. 12.12.2019 .....                 | 88  |
| 5.   | Ausschluss von Steuerumgehungen bei steuerbegünstigten Anlegern nach § 8 Abs. 4 Satz 1 InvStG und § 10 Abs. 1 Satz 2 InvStG.....     | 88  |
| III. | Wirksamkeit zur Verhinderung bekannter Cum/Cum-Gestaltungen .....  | 88  |
| IV.  | Alternativen .....   | 91  |
| 1.   | Einheitliche Belastung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien .....  | 91  |
| 2.   | Zurechnung von Wertpapieren.....   | 92  |
| a)   | De lege lata .....   | 92  |
| b)   | De lege ferenda.....   | 93  |
| c)   | Folgeherausforderungen .....   | 93  |
| 3.   | Allgemeine bereichsspezifische Missbrauchsvorschrift .....   | 94  |
| 4.   | Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlung, Wertpapierleihgebühr und Veräußerungsgewinnen in die beschränkte Steuerpflicht..... | 94  |
| a)   | Einordnung der Dividendensurrogate de lege lata .....  | 95  |
| b)   | Vorschläge zur Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 5 EStG .....   | 95  |
| c)   | Einordnung und Wirkungen im Abkommensrecht .....   | 97  |
| aa)  | Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren.....   | 97  |
| bb)  | Veräußerungsgewinne aus Pensionsgeschäften .....   | 98  |
| d)   | Abstimmung mit §§ 36a und 50j EStG .....   | 99  |
| e)   | EU-Rechtskonformität einer Rückausnahme in § 36a Abs. 5 EStG .....   | 99  |
| f)   | Vollziehbarkeit und administrativer Aufwand .....  | 100 |
| aa)  | Indienstnahme inländischer Schuldner im Wege des Steuerabzugs .....  | 100 |
| bb)  | Durchsetzung einer beschränkten Steuerpflicht bei ausländischen Steuerschuldner .....  | 101 |
| 5.   | Abgeltende Kapitalertragsteuer.....  | 101 |
| V.   | Zusammenfassung.....   | 102 |

## Verhinderung von Steuersparmodellen: Cum/Cum-Gestaltungen

### I. Cum/Cum-Gestaltungen

Für die Übertragung von Aktien mit Dividendenanspruch vor dem Dividendenstichtag hat sich die Bezeichnung "Cum/Cum-Transaktion" herausgebildet. Sie unterscheidet von Cum/Ex-Geschäften, dass die Aktie nicht nur mit Dividendenanspruch verkauft, sondern auch mit Dividendenanspruch geliefert wird.<sup>190</sup> Zur Steuergestaltung sind Cum/Cum-Transaktionen in großem Umfang mit dem Ziel verbunden worden, stichtagsbezogen, Dividenden gegen Veräußerungsgewinne, Wertpapierleihgebühren oder Kompensationszahlungen zu tauschen, um deren, rechtsform- und ansässigkeitsabhängig, unterschiedliche steuerliche Behandlung und Belastung auszunutzen.<sup>191</sup>

#### 1. Fallgruppen

Grundsätzlich sind Cum/Cum-Gestaltungen sowohl in grenzüberschreitenden als auch in reinen Inlandssachverhalten vorstellbar. Im Inlandssachverhalt werden im geltenden Recht Dividenden und Veräußerungsgewinne aus Aktien insofern unterschiedlich behandelt, als bei einer Beteiligung von weniger als 10 % durch eine andere Kapitalgesellschaft bei dieser Dividenden nach § 8b Abs. 4 KStG in vollem Umfang sowohl der Körper- als auch der Gewerbesteuer unterliegen, während Veräußerungsgewinne beteiligungshöhenunabhängig nach § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG außer Ansatz bleiben und nur durch die Fiktion nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG mit 5 % in die Bemessungsgrundlage der Körperschaft- und über § 7 Abs. 1 Satz 1 GewStG auch der Gewerbesteuer einbezogen werden.

In grenzüberschreitenden Sachverhalten qualifizieren Veräußerungsgewinne ausländischer Gesellschafter mit einer Beteiligung von weniger als 1 % nicht als inländische Einkünfte und werden daher nicht in die inländische Steuerpflicht einbezogen. Oberhalb dieser Schwelle unterliegen Veräußerungsgewinne aus Aktien zwar nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG der beschränkten Steuerpflicht. In Doppelbesteuerungsabkommen verzichtet Deutschland aber regelmäßig auf ihre Besteuerung. Nicht in die beschränkte Steuerpflicht einbezogen sind im Grundsatz auch Wertpapierleihgebühren und Kompensationszahlungen.

Vor diesem Hintergrund haben sich zwei Gestaltungsstrategien herausgebildet, um das Ziel einer Transformation von Dividenden in Veräußerungsgewinne, Wertpapierleihgebühren oder Kompensationszahlungen zu verwirklichen.

In der ersten Fallgruppe werden Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag im Rahmen einer Wertpapierleihe durch einen Sachdarlehensvertrag auf einen anderen Rechtsträger übertragen, der damit den zivilrechtlichen Anspruch auf die Dividende erwerben, diese vereinnahmen und dieselben Aktien oder Aktien gleicher Gattung und Menge nach dem Dividendenstichtag wieder zurückübertragen soll. Als Ausgleich für die vereinnahmte Dividende wird eine Kompensationszahlung und eine Wertpapierleihgebühr geleistet und dadurch das Transformationsziel verfolgt. Um die Anwendung des § 42 AO zu erschweren, werden diese Transaktionen in wechselseitige Wertpapierdarlehensgeschäfte eingebettet, in denen die leihweise übertragenen Aktien als Sicherheit für leihweise übernommene andere Wertpapiere fungieren sollen.

---

<sup>190</sup> Zu Unterschieden und gemeinsamer Historie von Cum/Cum- und Cum/Ex-Geschäften: *Rau*, DStR 2021, 6.

<sup>191</sup> *Geisenberger*, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A 42; *Spengel*, DB 2016, 2988, 2989; *Dutt/Spengel/Vay*, StuW 2018, 229, 236; BT-Drucks. 18/8045, S. 133 f.; BT-Drucks. 18/12700, S. 281, 285 ff.

In der zweiten Fallgruppe findet an Stelle des Wertpapierleihgeschäfts ein Veräußerungs- oder ein Wertpapierpensionsgeschäft statt, bei dem die vereinnahmte Dividende durch einen niedrigeren Rückkaufpreis in einen Veräußerungsgewinn transformiert wird.

Ist der Dividendenertrag dem Wertpapierentleiher, -erwerber oder -pensionsnehmer zuzurechnen, was das Ziel der Gestaltungen ist, wird dieser durch die Kompensationszahlung und die Wertpapierleihgebühr oder den Verlust aus dem Ankauf und der Rückveräußerung der Wertpapiere neutralisiert. Wird das Ziel erreicht, kann der Wertpapierentleiher, -erwerber oder -pensionsnehmer einen Kapitalertragsteuereinbehalt, der die zugeflossene Dividende gemindert hat, auf seine Körperschaftsteuerschuld anrechnen.

Die Höhe des steuerlichen Vorteils aus der Transformation ist bei grenzüberschreitenden Sachverhalten abhängig von der Regelbelastung. Sie richtet sich nach der Ansässigkeit des ausländischen Aktionärs und nach der Beteiligungshöhe. Innerhalb der EU, im Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>192</sup> beträgt sie oberhalb einer Beteiligungsschwelle von 10 % null. In den übrigen Fällen kommt es auf Geltung und Regelungen der einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen an. Sie bewegt sich dann einschließlich Solidaritätszuschlag zwischen 0 % nach Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA-USA bei US-amerikanischen Pensionsfonds und im Grundsatz 15,825 % bei Nicht-DBA-Staaten nach § 44a Abs. 9 EStG.

## 2. Abgrenzung zur strukturierten Wertpapierleihe

Durch ein anderes Gestaltungsziel sind strukturierte Wertpapierleihgeschäfte von Cum/Cum-Gestaltungen zu unterscheiden. Mit diesem Begriff verbinden sich Wertpapierleihgeschäfte, in denen Dividenden zwar dem Entleiher zuzurechnen sein sollen, von diesem aber umgeformt in eine Kompensationszahlung an den Verleiher weitergeleitet werden sollen. Damit wird bezweckt, eine Steuerbefreiung für Dividenden beim Entleiher nach § 8b Abs. 1 KStG mit einem Betriebsausgabenabzugs für die Kompensationszahlung zu verbinden, aus dem sich dann ein Betriebsausgabenüberhang ergeben soll, der sich mit anderen Gewinnen des Entleihers steuermindernd verrechnen lässt. Diese Gestaltungen sind vom Gesetzgeber mit einer Betriebsausgabenabzugsbeschränkung in § 8b Abs. 10 KStG adressiert worden, die gem. § 34 Abs. 7 Satz 3 KStG erstmals für nach dem 31.12.2013 überlassene Anteile gilt. Für die Altfälle hat die Rechtsprechung die Zurechnung der Dividenden zum Entleiher und mit ihr den Betriebsausgabenabzug versagt.<sup>193</sup>

## II. Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG

Die Vorschrift des § 36a EStG ist durch das InvStRefG v. 19.7.2016 neu in das Gesetz eingefügt worden. Sie begegnet Cum/Cum-Gestaltungen, indem sie die Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuern an zusätzliche Voraussetzungen knüpft. Die Vorschrift war gem. § 52 Abs. 35a EStG idF InvStRefG rückwirkend erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden, die ab dem 1.1.2016 zuflossen. Wegen dieser unechten Rückwirkung im Schrifttum vorgetragene

---

<sup>192</sup> Art. 3 (1) a) i) i.V.m. Art. 5 der Richtlinie 2011/96/EU v. 30.11.2011 über das gemeinsame System der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EU L 345/8 v. 29.12.2011.

<sup>193</sup> BFH v. 18.8.2015 - I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 17; FG Nürnberg v. 7.6.2016 - 1 K 904/14, EFG 2017, 59, Rz. 105 rkr. m zust. Anm. Tiedchen, EFG 2017, 65; Niedersächsische Finanzgericht v. 17.11.2016 - 6 K 230/15, rkr., DStRK 2017, 76, Rz. 46; FG Sachsen-Anhalt v. 25.11.2020 - 3 K 403/10, rkr., juris, Rz. 51.

verfassungsrechtliche Bedenken<sup>194</sup> haben sich in der Rechtsprechung bislang nicht niedergeschlagen und im Schrifttum auch nicht durchgesetzt.<sup>195</sup> Seit ihrem Inkrafttreten hat die Vorschrift nur eine Änderung durch das WElektroMobFördG v. 12.12.2019<sup>196</sup> in den Regelungen über Anzeige-, Anmelde- und Zahlungspflichten bei einem unterbliebenen Steuerabzug in Abs. 4 der Vorschrift erfahren.

## 1. Regelungsprogramm

Im Anwendungsbereich der Vorschrift liegen zunächst über die Verweiskette in den §§ 36a Abs. 1 Satz 1 und 43 Abs. 1 Nr. 1a EStG Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG aus im Inland verwahrten Aktien und Genussscheinen. Über § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG erfasst sie sodann darüber hinaus auch im Ausland verwahrte Wertpapiere, soweit sie zu inländischen Kapitalerträgen führen. Damit sind lückenlos alle Kapitalerträge von börsennotierten inländischen Emittenten einbezogen, die dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen.

Die Vorschrift erweitert in diesem Anwendungsbereich die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 EStG für eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer. Eine volle Anrechnung setzt danach zusätzlich voraus, dass der Steuerpflichtige, für dessen Rechnung die Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist, während einer, später in der Vorschrift definierten, Mindesthaltedauer ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer ist, während dieser Mindesthaltedauer ununterbrochen ein, später in der Vorschrift definiertes, Mindestwertänderungsrisiko trägt und nicht verpflichtet ist, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten. Die Mindesthaltedauer ist mit 45 Tagen in einem Zeitraum von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach dem Dividendenstichtag bemessen und orientiert sich darin an ausländischen Regelungsvorbildern.<sup>197</sup> Das Mindestwertänderungsrisiko regelt die Vorschrift in Abs. 3 mit 70 % und bezieht dabei Absicherungsgeschäfte nahestehender Personen ein. Ein Regelbeispiel in Abs. 3 Satz 2 („insbesondere“) benennt Kurssicherungsgeschäfte, die das Wertänderungsrisiko unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 % mindern. Insbesondere die Auslegung des Absicherungsgeschäfte kennzeichnenden Merkmals "unter Berücksichtigung von gegenläufigen Geschäften" gewährt einen Auslegungsspielraum, der Rechtsunsicherheiten birgt, die von der Verwaltungspraxis aber gesetzeskonform ausgefüllt worden sind.<sup>198</sup> Der Gesetzgeber sollte hier keine weitergehenden Konkretisierungen vornehmen.<sup>199</sup> Eine zu enge gesetzliche Definition könnte vielmehr die Gefahr begründen, die Zielsetzung der Vorschrift zu gefährden. Die Rechtsprechung kann diese Zielsetzung hingegen bei der Auslegung berücksichtigen. Mit dem Anforderungsmerkmal des Mindestwertänderungsrisikos schließt die Vorschrift bei einfachen Wertpapierleihgeschäften und Wertpapierpensionsgeschäften die Anrechnung von Kapitalertragsteuer aus,<sup>200</sup> wenn bei diesen Geschäften die Anrechnung nicht bereits wegen der Zurechnung der Wertpapiere zum Wertpapierverleiher oder Wertpapierpensionsverkäufer vorzunehmen ist.

---

<sup>194</sup> Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 5 m.w.N.

<sup>195</sup> Verf.-rechtl. Zulässigkeit: Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A 49; Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 29; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 8.

<sup>196</sup> BGBl. I 2019, 2451.

<sup>197</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 134.

<sup>198</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2017, BStBl I 2017, 726 Tz. 50 ff.

<sup>199</sup> Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 20.

<sup>200</sup> Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. G 20 - G 21; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 43 f.

In Abs. 5 regelt die Vorschrift Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich der Norm. Die Beschränkungen der Anrechnung und Erstattung gelten nicht, wenn die erfassten Kapitalerträge höchstens 20.000 Euro im Veranlagungszeitraum betragen. Diese Freigrenze gilt nach der Verwaltungspraxis auch zwischen nahestehenden Personen, verbundenen Unternehmen, auch solchen die organschaftlich verbunden sind,<sup>201</sup> für jeden Rechtsträger gesondert. Bei Personengesellschaften gilt sie für jeden Gesellschafter.<sup>202</sup> Damit erscheint es grundsätzlich möglich, auch größere Beträge durch Gründung von Zweckgesellschaften vermittelt durch eine Personengesellschaft aufzusplitten. Im Schrifttum sind aber noch keine Gestaltungen dokumentiert worden, die vermuten lassen könnten, dass diese Atomisierung zur Umgehung des § 36a EStG genutzt wird. Die Bemessung des Schwellenwerts erscheint vor diesem Hintergrund entgegen einer Auffassung im Schrifttum nicht unnötig niedrig.<sup>203</sup> Sie ist sogar deutlich höher als vergleichbare Schwellenwerte im Ausland.<sup>204</sup> Problematisch könnten Fondsstrukturen in der Rechtsform von Personengesellschaften sein, die sich gezielt an eine große Zahl an Kleinanlegern richten. Die Finanzbehörden sollten hier gezielt beobachten, ob sich entsprechende Gestaltungen zeigen. Dann wäre dem Gesetzgeber zu raten, den Schwellenwert abzusenken.<sup>205</sup>

Eine zweite Bereichsausnahme regelt Abs. 5 Nr. 2 der Vorschrift in einer Mindesthaltedauer von einem Jahr, über das der Stpfl. ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien gewesen sein muss. Diese Mindesthaltedauer erscheint ausreichend lang, um auf die zusätzlichen Voraussetzungen des Abs. 1 verzichten zu können, weil Absicherungsgeschäfte über einen so langen Zeitraum mit unverhältnismäßig hohen Transaktionskosten verbunden sein dürften und damit auch die Verwaltungspraxis vertretbar erscheint, Aktien von verschiedenen Rechtsträgern auch zwischen nahestehenden Personen gesondert zu betrachten.<sup>206</sup>

Die Vorschrift des Abs. 6 Satz 1 verhindert, dass Übertragungen zwischen Treuhänder und Treugeber von der Vorschrift erfasst werden in den Fällen, in denen die Kapitalerträge einem Treuhandvermögen zuzurechnen sind, das der Erfüllung von Altersvorsorgeverpflichtungen dient und dem Zugriff der übrigen Gläubiger entzogen ist. Sie lässt sich so verstehen, dass der Treugeber durchgehend der wirtschaftliche Eigentümer bleibt und ist mit dieser Voraussetzung folgerichtig anzuwenden. Die Ausnahme des Abs. 6 Satz 2 für fondsgebundene Lebensversicherungen ist in der Regierungsbegründung mit der geringen Missbrauchsgefahr bei diesen Geschäften begründet worden.<sup>207</sup> Theoretisch lässt sich nicht ausschließen, dass Cum/Cum-Gestaltungen auch in dieser Konstellation durchgeführt werden können. Im Schrifttum ist mit guten Gründen vertreten worden, dass Abs. 6 keinen Regelungszweck erfüllt und folgenlos gestrichen werden kann.<sup>208</sup> Der Gesetzgeber sollte diesen Vorschlag mit Blick auf eine damit verbundene Vereinfachung der Vorschrift und eine Reduktion unentdeckter Missbrauchsrisiken ernsthaft prüfen.

---

<sup>201</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2017, BStBl I 2017, 726 Tz. 129.

<sup>202</sup> Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. J 9.

<sup>203</sup> So aber Niederwettberg/Drinhausen/Kraus, RdF 2020, 27, 28.

<sup>204</sup> Zum australischen Vorbild mit einem Schwellenwert von 5.000 AUD: Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 228.1.

<sup>205</sup> In diese Richtung auch Hasselmann, in Littmann, 150. Lfg. April 2021, § 36a Rn. 11.

<sup>206</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2017, BStBl I 2017, 726 Tz. 32.

<sup>207</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 135.

<sup>208</sup> Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. K6; Link, in H/H/R, 285 Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 35; wohl auch Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 66.

## 2. Dogmatische Einordnung zwischen Belastungs- und Zurechnungsregel

Mit ihrer Rechtsfolge, der Versagung der Anrechnung zu 3/5 der Kapitalertragsteuer und gleichzeitiger Gewährung eines antragsgebundenen Betriebsausgabenabzugs beim inländischen Dividendenbezieher, knüpft die Vorschrift nicht beim ausländischen Begünstigten einer Cum/Cum-Gestaltung, sondern ohne Feststellung einer missbräuchlichen Gestaltung im konkreten Einzelfall bei der inländischen Gegenpartei von Cum/Cum-Transaktionen an. Sie greift damit unabhängig von einem Auslandsbezug und unabhängig vom Zweck der Cum/Cum-Transaktion und unterwirft potentielle Gegenparteien einer zusätzlichen Steuerbelastung<sup>209</sup>. In ihren unmittelbaren Wirkungen auf die "ökonomische Rentabilität"<sup>210</sup> erscheint die Vorschrift als wirtschaftslenkende "Strafsteuer", die besonders Cum/Cum-Gestaltungen trifft, aber auch damit völlig unverbundene Transaktionen treffen kann<sup>211</sup>.

Ein Teil des Schrifttums qualifiziert die Regelung mit der Entstehungsgeschichte und dem daraus erkennbaren Zweck der Vorschrift,<sup>212</sup> missbräuchliche Gestaltungen zu Gunsten Dritter zu unterbinden, als spezielle Missbrauchsvorschrift, die die Anwendung des § 42 AO trotz des ausdrücklichen Vorbehalts in § 36a Abs. 7 EStG überlagern würde.<sup>213</sup> Nach dieser Auffassung muss der Zweck der typisierenden Missbrauchsbekämpfung die haldedauerabhängige Ungleichbehandlung und die Durchbrechung des Folgerichtigkeitsgebots rechtfertigen. Diese Rechtfertigungsfähigkeit ist von einem weiteren Teil des Schrifttums angefochten<sup>214</sup> und für grenzüberschreitende Geschäfte in der Europäischen Union auch mit der Frage der Vereinbarkeit mit Unionsrecht verbunden worden.<sup>215</sup> Nach überzeugender Auffassung bleibt die Vorschrift mit ihrem Regelungsansatz im Rahmen der Grenzen typisierender Missbrauchsabwehr, auch wenn sie die Missbrauchsfolgen beim Steuerinländer zieht<sup>216</sup>. Der in § 36a Abs. 7 EStG angelegte Verweis auf eine verbleibende Anwendbarkeit des § 42 AO ist ebenso angreifbar, wie das im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Schweizer Vorbild einer speziellen Steuerumgehungsnorm.<sup>217</sup>

Ein anderer Teil des Schrifttums erkennt in § 36a EStG demgegenüber die gesetzliche Konkretisierung einer Zurechnungsregel, die eine im System der §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 und 20 Abs. 5 EStG sowie § 39 AO angelegte gespaltene Anrechnungsberechtigung bei Cum/Cum-Gestaltungen wiedergibt.<sup>218</sup> Diese Auffassung hat den Vorzug, die aus einem politischen Kompromiss entstandene teilweise Versagung der Anrechnungsberechtigung und den antragsgebundenen Betriebsausgabenabzug erklären zu können und ermöglicht auch eine zielgenauere Anwendung der Norm. Noch nicht ausreichend erforscht und damit ohne Anerkennung im Schrifttum

<sup>209</sup> Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 4.

<sup>210</sup> Gosch in Kirchhof/Seer, EStG, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 1.

<sup>211</sup> So bereits die kritische Einordnung von Anzinger, Dahm und Kirchmayr-Schließelberger in der Anhörung des BT-Finanzausschusses, Protokoll 18/788, Anlage S. 21, 37 und 51 f.; Florstedt, DStR 2020, 2399, 2402.

<sup>212</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 134.

<sup>213</sup> Drüen, Ubg 2022, 61, 65 f.; Ettlisch in Brandis/Heuermann, EStG, 151. Lfg. März 2020, § 36a Rn. 111; Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A3 und L1; Gosch in Kirchhof/Seer, EStG, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 1, 14; Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 40; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 70.

<sup>214</sup> Altvater/Buchholz, RdF 2016, 132, 138 f.; zust. Link, in H/H/R, 285. Lfg. April 2018, § 36a EStG Rn. 5.

<sup>215</sup> Lindermann, DStR 2019, 1549, 1556; Nagler/Niedling/Patzner, RdF 2017, 289, 294.

<sup>216</sup> Geisenberger, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. A 52; Lamprecht, Ubg 2018, 189, 195; Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 14; Richter, in Lademann, EStG, 244. Lfg. März 2019, § 36a Rn. 9.

<sup>217</sup> Dazu Mann, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 260.1 und 261.

<sup>218</sup> Lamprecht, Ubg 2018, 189, 193 ff.

ist jedoch das dieser Auffassung zugrundeliegende Konstrukt der steuerlichen Gesamtschuldnerschaft an Cum/Cum-Gestaltungen beteiligter Parteien, der isolierten Zurechenbarkeit der Kapitalertragsteuer<sup>219</sup> und der Aufteilbarkeit und Zurechenbarkeit der Anrechnungsberechtigung.<sup>220</sup>

### 3. Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 50j EStG idF. Erstes BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016

Die nachfolgend parallel zu § 36a EStG durch das Erste BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016<sup>221</sup> eingefügte Vorschrift des § 50j EStG soll Cum/Cum-Treaty Shopping-Gestaltungen erfassen, bei denen das wirtschaftliche Eigentum an dividendentragenden Wertpapieren nicht auf einen inländischen, sondern auf einen anderen ausländischen Steuerpflichtigen übertragen wird. Damit wird das Ziel verbunden, Kapitalerträge am Dividendenstichtag zu einer von günstigeren DBA-Regelungen erfassten Person zu verschieben, um in den Genuss ihrer Abkommensbegünstigung zu gelangen. Die Vorschrift knüpft die Gewährung der Abkommensbegünstigung in einem dem Regelungsprogramm des § 36a EStG vergleichbaren sachlichen Anwendungsbereich an dieselben Voraussetzungen. Ob darin eine abkommensimmanente Missbrauchsregelung konkretisiert wird oder die Vorschrift einen offenen treaty override regelt,<sup>222</sup> kann dahinstehen. Auch als offener treaty override wäre die Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar.<sup>223</sup> Wie bei § 36a EStG setzt auch die Vorschrift des § 50j EStG mit ihren Rechtsfolgen nicht beim Begünstigten, sondern beim Dritten an, der die Abkommensvorteile vermitteln soll. Wie die Vorschrift des § 36a EStG lässt sie sich damit als typisierende Missbrauchsregel oder als indirekte Zurechnungsvorschrift verstehen. In den Rechtsfolgen und im Anwendungsbereich unterscheidet sich § 50j EStG indessen von § 36a EStG. Er gilt gem. Abs. 4 Nr. 2 nur für Streubesitzbeteiligungen und nach Abs. 4 Nr. 1 nur dort, wo ein günstigerer Quellensteuersatz als 15 % erlangt werden kann. Die Vorschrift ist wegen des engen damit verbleibenden Anwendungsbereichs<sup>224</sup> im Schrifttum angefochten worden,<sup>225</sup> ist aber genau deshalb gerechtfertigt und verhältnismäßig. Sie erfasst insbesondere den besonders bedeutsamen und daher auch gestaltungsanfälligen Bereich der Quellensteuerreduktion auf null für Dividendenerträge US-amerikanischer Pensionsfonds nach Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA-USA, ist bezogen auf diese nicht entbehrlich und daher bereits mit diesem Regelungsziel gerechtfertigt. Berechtigt ist der Hinweis im Schrifttum auf eine Umgehungsgefahr, die sich aus dem fehlenden Verweis auf § 20 Abs. 3 EStG ergibt.<sup>226</sup> Wo die Vorschrift Anwendung findet, schließt sie bei Fehlen der zusätzlichen Voraussetzungen, anders als § 36a EStG, die Anrechnung vollständig aus und bildet insgesamt eine verhältnismäßige Maßnahme der Missbrauchsvermeidung.<sup>227</sup> Ungeklärt ist die im Schrifttum aufgeworfene Frage nach der Unionsrechtswidrigkeit der Vorschrift, weil sie keine Möglichkeit

---

<sup>219</sup> Lamprecht, Ubg 2018, 189, 196.

<sup>220</sup> Kritisch deshalb Gosch, in Kirchof/Seer, EStG, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 4a Fn. 13.

<sup>221</sup> BGBl. I 2016, 3000.

<sup>222</sup> So BT-Drucks. 8/10506, S. 87.

<sup>223</sup> Zutreffend Mann im Kirchof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 50j Rn. 14, 115 mit dem Hinweis auf BVerfG v. 15.12.2015 - 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1.

<sup>224</sup> Klein/Link, in HHR, 294. Lfg. Okt. 2019, § 50j EStG Rn. 4, 6; Mann, in Kirchof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 50j Rn. 174.1.

<sup>225</sup> Salzmann/Heufelder, IStR 2018, 62, 65.

<sup>226</sup> Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 46, A 149.

<sup>227</sup> Zu den Steuerwirkungen und zum Erfüllungsaufwand Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 170 - A 178.

eröffnet, bei Nichtvorliegen der Anrechnungsvoraussetzungen, im Einzelfall außersteuerliche, nicht missbrauchsverdächtige Gründe anzuführen.<sup>228</sup> Der Gesetzgeber sollte hierauf bezogene Regelungsvorschläge<sup>229</sup> prüfen.

#### 4. Erweiterung des Anwendungsbereiches und der Rechtsfolgen durch § 31 Abs. 3 InvStG idF. JStG 2019 v. 12.12.2019

Die mit dem WElektroMobFördG v. 12.12.2019<sup>230</sup> geänderte Vorschrift des § 31 InvStG enthält ergänzende Regelungen für den Steuerabzug und die Anrechnung der Kapitalertragsteuer bei Ausübung der Transparenzoption. In ihrer ursprünglichen Fassung des InvStRefG sah § 31 Abs. 3 Satz 1 InvStG idF InvStRefG nur eine Regelung vor, die die Voraussetzungen des § 36a Abs. 1 - 3 EStG auf die Ebene des Spezial-Investmentvermögens bezog, weil der Anteilseigner die Voraussetzungen der Zurechnung der Wirtschaftsgüter auch bei ausgeübter Transparenzoption nicht erfüllen kann.<sup>231</sup> Die geltende Fassung des § 31 Abs. 3 Nr. 2 InvStG ergänzt, dass den Voraussetzungen des § 36a Abs. 1 - 3 EStG funktionell entsprechende Voraussetzungen zusätzlich auch auf Anlegerebene vorliegen müssen, regelt diese Voraussetzungen aber eigenständig und bezieht sie auf die Spezial-Investmentfonds-Anteile selbst. Im Unterschied zu § 36a Abs. 3 EStG muss der Spezial-Investmentfonds-Anleger aber nicht nur 70 %, sondern das gesamte Wertänderungsrisiko während der Mindesthaltungsdauer tragen.

#### 5. Ausschluss von Steuerumgehungen bei steuerbegünstigten Anlegern nach § 8 Abs. 4 Satz 1 InvStG und § 10 Abs. 1 Satz 2 InvStG

Die Vorschriften der §§ 8 Abs. 4 Satz 1 und 10 Abs. 1 Satz 2 InvStG übertragen die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG auf die partielle Steuerbefreiung für Investmentfonds aufgrund steuerbegünstigter Anleger und die Steuerbefreiung von Investmentfonds für steuerbegünstigte Anleger. Sie sichern damit wirksam ab, dass Cum/Cum-Gestaltungen durch Investmentfonds über steuerbegünstigte Anleger nicht unter Umgehung des § 36a EStG vorgenommen werden können.

### III. Wirksamkeit zur Verhinderung bekannter Cum/Cum-Gestaltungen

Wo die zusätzlichen Anrechnungsvoraussetzungen nicht erreicht werden, führt die Vorschrift anders als ein früherer Vorschlag im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen hätte,<sup>232</sup> nicht zur vollständigen Versagung der Kapitalertragsteueranrechnung, sondern mildert diese Grundform der Anrechnungsversagung in zwei Dimensionen.

Zum einen schließt § 36a EStG nur 3/5 der Kapitalertragsteuer von der Anrechnung aus, dies nach der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Finanzausschusses mit Rücksicht auf die in Doppelbesteuerungsabkommen durchgehend übliche Beschränkung des Quellensteuerabzugs auf höchstens 15 %.<sup>233</sup> Der Solidaritätszuschlag auf die KapESt ist stets voll anrechenbar.<sup>234</sup> Eine vollständige Anrechnungsversagung hätte der Gesetzgeber als Treaty Override gestalten müssen, wenn er den Abkommen keinen Vorrang belassen wollte und damit in

<sup>228</sup> Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 81.

<sup>229</sup> Schmidt, in K/S/M, EStG, 318. Lfg. Okt. 2021, § 50j Rn. A 194.

<sup>230</sup> BGBl. I 2019, 2451.

<sup>231</sup> Zutreffend Buge, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 31 InvStG Rn. 15.

<sup>232</sup> Die Konzeption der vorangegangenen Fassung in einem § 36 Abs. 2a EStG im Gesetzentwurf der BReg. v. 7.4.2016, BT-Drucks. 18/8045, S. 133, schloss die Kapitalertragsteueranrechnung vollständig aus.

<sup>233</sup> BT-Drucks. 18/8739, S. 113.

<sup>234</sup> Kretzschmann/Schwarz, FR 2017, 223, 234.

Abkommensstaaten ansässige ausländische Aktionäre besser hätte stellen wollen als inländische Aktionäre. Da auch bei Dividenden an ausländische Kapitalgesellschaften in Drittstaaten, mit denen kein DBA besteht, gem. § 44a Abs. 9 EStG zwei Fünftel der einbehaltenen Kapitalertragsteuer erstattet werden, kommt nur für ausländische natürliche Personen in Nicht-Abkommens-Staaten als Dividendenempfänger eine verbleibende Steuerarbitrage durch Cum/Cum-Geschäfte in Höhe von 10 % Betracht. Die Bedeutung dieser Gruppe von Dividendenempfänger ist nicht pauschal vernachlässigbar, sie kann insbesondere Anleger in transparent strukturierten Private Equity und Hedge-Fonds umfassen. Der Gesetzgeber hätte die Vorschrift vor diesem Hintergrund noch zielgenauer ausgestalten können und beschränkt auf diese Gruppe der in Nicht-DBA-Staaten ansässigen natürlichen Personen eine vollständige Anrechnungsversagung regeln können.<sup>235</sup> Allerdings lässt sich nur durch eine umfassende empirische Untersuchung abschätzen, wie stark die Komplexität der Anwendung der Vorschrift in der Praxis insbesondere bei ausländischen transparenten Strukturen steigen würde, wenn die Vorschrift in diesem Sinne zielgenauer gefasst würde. Ebenfalls nur mit einer empirischen Untersuchung durch Auswertung der Daten über Steuererstattungen nach Anwendung des § 36a EStG ließe sich ermitteln, in welchem Umfang die Steuerarbitragegewinne durch Cum/Cum-Geschäfte die Transaktionskosten dieser Geschäfte noch übersteigen, wenn der Vorteil höchstens 2/5 der Kapitalertragsteuer bedeuten kann.

Eine zweite Milderung erfährt die Rechtsfolge des § 36a EStG durch die in Abs. 1 Satz 3 antragsgebundene Möglichkeit, den nicht anrechenbaren Teil der Kapitalertragsteuer bei der Ermittlung der Einkünfte abziehen zu können. Sie bildet eine Durchbrechung der in § 12 Nr. 3 EStG und § 10 Nr. 2 HS. 1 KStG geregelten Betriebsausgabenabzugsverbote für Steuern vom Einkommen. Unter diese fallen auch die für Rechnung des Steuerpflichtigen im Wege des Steuerabzugs erhobenen (Kapitalertrag-)Steuern.<sup>236</sup> Die Rechtfertigung des in § 36a Abs. 1 Satz 3 EStG geregelten "Abzugs von der steuerlichen Bemessungsgrundlage sui generis"<sup>237</sup> bleibt sowohl in der Regierungsbegründung als auch in der Beschlussempfehlung und im Bericht des Finanzausschusses im Dunkeln.<sup>238</sup> Ein möglicher und für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Ausnahme tauglicher Erklärungsansatz könnte in einem Lenkungsziel bestehen, das auf gleiche steuerliche Wettbewerbsbedingungen inländischer Finanzinstitute und der an konkurrierenden ausländischen Finanzplätzen angesiedelten Finanzinstitute ausgerichtet ist. Orientierung könnte dieser Erklärungsansatz in der Mechanik der ausländischen Regelungsvorbilder<sup>239</sup> finden, wenn auch nach diesen eine nicht angerechnete Kapitalertragsteuer als Betriebsausgabe anzusetzen wäre. Weniger überzeugend ist demgegenüber eine in der Kommentarliteratur angedeutete Überlegung, nach der eine nicht angerechnete Kapitalertragsteuer nach allgemeinen Grundsätzen nicht als Betriebseinnahme anzusetzen sein soll. Ein dort angestelltes Gedankenexperiment, mit dem nach § 36a EStG nichtanrechenbare Kapitalertragsteuern die Einkünfte zwei Mal, einmal auf der Einnahmenseite und ein weiteres Mal, mit einem Antrag nach § 36a Abs. 1 Satz 3 EStG, auf der Betriebsausgabenseite mindern, und damit eine nicht intendierte Begünstigung

---

<sup>235</sup> Allgemeiner, aber mit dem zutreffenden Befund, dass durch § 36a EStG entweder eine Unter- oder eine Überbesteuerung vorprogrammiert ist, *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 192.

<sup>236</sup> *Dürschmidt*, in H/H/R, EStG/KStG, 302. Lfg. Feb. 2021, § 10 KStG Rn. 61; *Fissenwert*, in H/H/R, EStG/KStG, 291. Lfg., April 2019, § 12 EStG Rn. 128 mit Hinweis auf BFH v. 22.1.1997 - I R 64/96, BStBl. II 1997, 548 Rn. 10.

<sup>237</sup> *Geisenberger*, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. M6.

<sup>238</sup> Zurecht kritisch deshalb *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 196 f.

<sup>239</sup> *Haisch/Hüniken*, BB 2016, 345, 350, noch zum Vorentwurf für einen § 36 Abs. 2a EStG, ohne diese Betriebsausgabenabzugsregelung.

bewirken könnten,<sup>240</sup> findet weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine überzeugende Grundlage. Dem Gesetzgeber ist gleichwohl nicht verwehrt, vor dem Hintergrund der unklaren Rechtfertigung des antragsgebundenen Betriebsausgabenabzugs, über eine Klarstellung oder auch über eine vollständige Streichung dieser Betriebsausgabenabzugsmöglichkeit nachzudenken. Vorsorglich und rückwirkend klarstellen könnte der Gesetzgeber ebenfalls, dass eine Einkünfteverringerung nicht in Betracht kommt, wenn die Dividendeneinkünfte nach § 8b Abs. 1 und 5 KStG insgesamt steuerbefreit sind. Auch hier lässt sich vor dem Hintergrund der Vorschriften der § 12 Nr. 3 EStG und § 10 Nr. 2 KStG eine überschießende Begünstigung diskutieren. Der Bedarf für solche Klarstellungen ist deshalb erhöht, weil der Zweck des Abzugs unklar bleibt und sich eine Auslegung daher weitgehend auf den Wortsinn beschränken muss. Im Ergebnis führen Teilanrechnungsversagung und Betriebsausgabenabzug beim Inländer bei einer angenommenen Thesaurierungsbelastung der Dividendenerträge mit Körperschaft- und Gewerbesteuer von 30 % bei ausländischen natürlichen Personen in Nicht-DBA-Staaten zu einer verbleibenden erhöhten Steuerbelastung von 10,5 % (15 % nicht anrechenbare Kapitalertragsteuer abzüglich Steuerentlastung durch Einkünfterminderung, typisiert 30 % von 15 % = 4,5 %). Aus einem Cum/Cum-Geschäft mit einer natürlichen Person in einem Nicht-DBA-Staat könnte damit ein Steuervorteil von 14,5 % weiter einen hinreichenden Gestaltungsanreiz bieten.

Während die Rechtsfolgenseite der Anrechnungsversagung damit für Nachschärfungen offen erscheint, geben die Anrechnungsvoraussetzungen für den vom Gesetzgeber adressierten Grundfall wenig Anlass, solche Nachschärfungen einzufordern.<sup>241</sup> Auf volatilen Märkten gilt im Schrifttum bislang unwidersprochen eine Haltedauer von 45 Tagen verbunden mit einem Mindestwertänderungsrisiko von 70 % und dem Verbot, die Kapitalerträge weiterzuleiten, als ausreichend, um alle Geschäfte zu erfassen, die für Cum/Cum-Gestaltungen genutzt werden können.<sup>242</sup> Kritik verdient die Ausgestaltung dieser Tatbestandsvoraussetzungen auch nicht deshalb, weil die Anforderungen so hoch sind, dass damit zahlreiche "unverdächtige" Geschäfte erfasst werden, die keinen Bezug zu Cum/Cum-Gestaltungen aufweisen. Diese Kritik ist vielmehr auf den eingeschlagenen Weg zu beziehen, Cum/Cum-Geschäfte durch eine Höherbelastung der potentiellen inländischen Gegenpartei unattraktiv zu machen und mit Vorschlägen für alternative Wege zu verbinden. Die Haltedauern oder das Mindestwertänderungsrisiko abzusenken, würde im eingeschlagenen Weg die Wirksamkeit der Vorschrift entkräften und ist daher nicht zu empfehlen.

Die Ausnahmetatbestände, insbesondere der Schwellenwert in § 36a Abs. 5 Nr. 1 EStG, sind nicht nur ein politischer Kompromiss, sondern auch die Lösung eines Optimierungsproblems. Die zusätzlichen Anforderungen des § 36a EStG führen in der Praxis zu erheblichem Mehraufwand bei den Bürgern, den Unternehmen und der Verwaltung. Bei Bagatellbeträgen wäre dieser Mehraufwand, auch mit verfassungsrechtlicher Relevanz, unverhältnismäßig. Zugleich ist aber zu berücksichtigen, dass ein rechtsträgerbezogener Schwellenwert zu Umgehungsge- staltungen durch Stückelung einlädt und in weiterentwickelten Finanzmärkten Cum/Cum-Ge- staltungen auch hochautomatisiert für einen Massenmarkt vorstellbar erscheinen. Forderun- gen nach einer Anhebung des Schwellenwerts sollte daher zurückhaltend begegnet werden. Die weiteren Bereichsausnahmen des § 36a Abs. 5 Nr. 2 und Abs. 6 EStG schwächen die

---

<sup>240</sup> Mit diesem Hinweis auch *Ettlich* in Brandis/Heuermann, EStG, 151. Lfg. März 2020, § 36a Rn. 54.

<sup>241</sup> Zutreffend *Florstedt*, DStR 2020, 2399, 2401.

<sup>242</sup> Exemplarisch auch *Lechner/Exner*, RdF 2021, 284, 291: "missbräuchliche Gestaltungen (...) unwahrscheinlich".

Wirksamkeit, soweit in der Mechanik der Vorschrift und im Diskurs im Schrifttum erkennbar, nicht.

In grenzüberschreitenden Sachverhalten können sich Rechtsunsicherheiten und die Vorstellung einer Anwendungslücke für § 36a EStG in den Fällen ergeben, in denen inländische Dividenden der ausländischen Betriebsstätte einer inländischen Körperschaft in einem anderen DBA-Staat zurechenbar zufließen und deshalb nach dem DBA mit diesem Staat in Deutschland freizustellen sind. Dies ist kein Fall des § 50j EStG. Liegen in diesen Fällen die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe b EStG nicht vor, zugleich aber die des § 50c EStG, dort insbesondere die des Abs. 3, könnte vertreten werden, der Anwendungsbereich des § 36a EStG sei nicht eröffnet, weil er sich allein auf § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG beziehe. Das Verhältnis des § 36a EStG zu § 50c EStG hat der Gesetzgeber in der Tat offen gelassen. Ebensowenig ist die Vorschrift des § 36a EStG offen mit einem treaty override verbunden. Der Gesetzgeber sollte deshalb für diese Fallkonstellation eine klarstellende Regelung in das Gesetz aufnehmen.

#### IV. Alternativen

Eine abschließende Bewertung der Erforderlichkeit und der Wirksamkeit der Regelungen in § 36a EStG zur Vermeidung von Cum/Cum-Gestaltungen setzt Überlegungen zu möglichen Alternativen voraus.

##### 1. Einheitliche Belastung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien

Anreize für Cum/Cum-Gestaltungen entstehen bei körperschaftsteuerpflichtigen Anteilseignern zum einen aus der oben unter I. bereits dargestellten unterschiedlichen Belastung von Streubesitzdividenden einerseits und Veräußerungsgewinnen andererseits in § 8b Abs. 1, 2 und 4 KStG. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten führt der beschränkte Katalog der inländischen Einkünfte zudem bei natürlichen Personen zu den ebenfalls unter I. bereits dargestellten Unterschieden in der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen und Dividenden ausländischer Anteilseigner.

Der konsequenteste Weg zur Vermeidung von Anreizen für Steuergestaltungen wäre, diese Unterschiede einzuebnen, Veräußerungsgewinne und Dividenden aus Streubesitzbeteiligungen einheitlich zu belasten und im gleichen Umfang, einschließlich der Dividendensurrogate in den Gestaltungen der Wertpapierleihe, einheitlich in den Katalog der beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte aufzunehmen.<sup>243</sup> Dafür hatte sich auch der Finanzausschuss des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zum InvStRefG ausgesprochen.<sup>244</sup> Unterhalb des Beteiligungsschwellenwerts von 10 % würde sich dieser Weg ohne weiteres im geltenden Unionsrecht verwirklichen lassen und zunächst im Verhältnis zu Nicht-DBA-Staaten ebenfalls wirksam Belastungsunterschiede eibnen. Im Verhältnis zu Abkommensstaaten, in denen wie in Art. 13 Abs. 5 des OECD-MA 2017 und gleichlautend in Art. 13 Abs. 5 der deutschen Verhandlungsgrundlage für DBA das Besteuerungsrecht für Veräußerungsgewinne aus Aktien allein dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen wird, versperren die Abkommen diesen einfachen Weg. Längerfristig könnte, auch mit Blick auf die Fortschritte im internationalen Informationsaustausch und die Entwicklung grenzüberschreitend digitalisierter Finanzmärkte, mit der leichteren Erfassbarkeit der durch Gebietsfremde mit Aktien inländischer Emittenten realisierten Wertgewinne über eine vorsichtige Änderung der deutschen Abkommenspolitik

---

<sup>243</sup> Ähnlich und zu Gesetzesinitiativen in diese Richtung: *Mann*, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 5.

<sup>244</sup> BR-Drucks. 320/1/16, Tz. 5.

nachgedacht werden. Überlegungen in diese Richtung anzustrengen erscheint auch deshalb lohnend, weil Cum/Cum-Gestaltungen nicht nur ein deutsches, sondern ein internationales Phänomen sind<sup>245</sup> und Veränderungen der Kapitalmärkte (Stichwort: Decentralized Finance) ohnehin eine Anpassung der Abkommenspolitik für den Bereich der Kapitaleinkommensbesteuerung erforderlich machen könnten.

## 2. Zurechnung von Wertpapieren

Im Zentrum der Mechanik von Cum/Cum-Gestaltungen steht die subjektive Zurechnung der Wertpapiere. Jede Anrechnung der Kapitalertragsteuer setzt voraus, dass die Aktien, demjenigen, der Anrechnung begehrt, im Zeitpunkt des Gewinnfeststellungsbeschlusses zurechenbar sind. Das ergibt sich aus §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG und abhängig von der verwirklichten Einkunftsart aus § 20 Abs. 5 i.V.m. § 39 AO oder aus § 5 Abs. 1 EStG i.V.m. den Zurechnungsregeln der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung. Die Zurechnung zum sog. wirtschaftlichen Eigentümer ist auch eine zentrale Voraussetzung in § 36a EStG.

### a) De lege lata

Cum/Cum-Gestaltungen stützen sich dabei ganz wesentlich auf die Annahme, dass die Aktien im Zeitpunkt des Gewinnfeststellungsbeschlusses bei Wertpapierleihgeschäften und auch bei Veräußerungsgeschäften mit Rückkaufvereinbarung dem Entleiher bzw. dem Wertpapierkäufer zuzurechnen sind. Im Steuerrecht ist diese Zurechnung lange unwidersprochen geblieben,<sup>246</sup> während sie im Handelsbilanzrecht nach Inkrafttreten des § 340b HGB durch das Bankbilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz stark hinterfragt und in der kapitalmarktorientierten Rechnungslegung von Beginn an eine von der sachenrechtlichen Eigentumszuordnung abweichende Zuordnung zum Wertpapierverleiher bzw. Wertpapierpensionsverkäufer vorgenommen worden ist.<sup>247</sup> Die Rechtsprechung hatte sich zwischenzeitlich im Kontext der strukturierten Wertpapierleihe<sup>248</sup> und auch bei Cum/Cum-Gestaltungen<sup>249</sup> im Einzelfall für eine Zurechnung zum Wertpapierverleiher oder zum Wertpapierpensionsverkäufer entschieden. Die jüngste Rechtsprechung betont die Bedeutung einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles.<sup>250</sup> Die Verwaltungspraxis beurteilt die vor Inkrafttreten des § 36a EStG verwirklichten Sachverhalte gestützt auf diese Rechtsprechung überzeugend, aber im Schrifttum nicht unwidersprochen,<sup>251</sup> mit einer Zurechnung der im Rahmen von Wertpapierleihgeschäften übertragenen Aktien zum Wertpapierverleiher.<sup>252</sup> Die Entwicklung der Rechtsprechung ist offen. Wo allerdings keine Zurechnung zum inländischen

<sup>245</sup> Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 165.

<sup>246</sup> Häuselmann/Wagner, FR 2003, 331; Haisch, in Herrmann/Heuer/Raupach, § 5 EStG Rn. 1552, 1554; Heilmeier, StuW 2014, 344.

<sup>247</sup> IDW ERS HFA 13 n.F. Tz. 20; ADS<sup>6</sup>, § 246 HGB Rn. 338; Barckow in Baetge/Wollmert/Kirsch/Oser/Bischof, Rechnungslegung nach IFRS, 37. Lfg. 2019, IFRS 9 Rn. 139, 141; Hartenberger in Beck'sches IFRS-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 3 Finanzinstrumente, Rn. 518; Scharpf/Schaber, Handbuch Bankbilanz, 8. Aufl. 2020, S. 39.

<sup>248</sup> BFH v. 18.8.2015 - I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 19 ff.; FG Sachsen-Anhalt v. 25.11.2020 - 3 K 403/10, juris, Rz. 46; FG München v. 14.12.2020 - 7 K 899/19, nrkr. Az. BFH I R 3/21, EFG 2021, 723, Rz. 41; die Entscheidung des BFH v. 29.9.2021 - I R 40/17, BFHE 274, 463 betraf weder einen Fall der strukturierten Wertpapierleihe noch eine Cum/Cum-Gestaltung.

<sup>249</sup> FG Kassel v. 28.1.2020 - 4 K 890/17, rkr., EFG 2020, 1160, juris Rz. 180 ff. und FG Kassel v. 1.7.2021 - 4 K 646/20, rkr., EFG 2022, 791, juris Rz. 98 ff.

<sup>250</sup> Besonders deutlich BFH v. 2.2.2022 - I R 22/20, DB 2022, 700, Rz. 45, 47.

<sup>251</sup> Gill/Helios, DB 2022, 1280; Hansen/Haselmann/Holle, DStR 2022, 1407; Link/Tschatsch, FR 2022, 521; Behnes/Hoene, RdF 2022, 116.

<sup>252</sup> BMF-Schreiben v. 9.7.2021 - IV C 1-S 2252/19/10035:014, BStBl. I 2021, 995, Tz. 12; BMF-Schreiben v. 9.7.2021 - IV C 6-S 2134/19/10003:007, BStBl. I 2021, 1002, Tz. 4 ff.

zivilrechtlichen Anteilseigner im Gewinnfeststellungszeitpunkt stattfinden kann, sind auch die Voraussetzungen des § 36a EStG nicht eröffnet. In diesen Fällen ist § 36a EStG in seiner Funktion der Erweiterung der Anrechnungsvoraussetzungen zu beurteilen. Er ermöglicht dann nicht etwa eine teilweise Anrechnung nach seinem Rechtsfolgenprogramm. Die Anrechnung scheitert vielmehr bereits vollständig an den allgemeinen Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m. § 20 Abs. 5 EStG bzw. 5 Abs. 1 EStG. Wo die Aktien nicht dem inländischen Anteilseigner zuzurechnen sind, läuft § 36a EStG leer. Die Vorschrift ist in diesen Fällen aber auch nicht notwendig, um Cum/Cum-Gestaltungen zu vermeiden, weil die Anrechnung in diesen Fällen bereits nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG vollständig zu versagen ist.

#### b) De lege ferenda

Dies führt zu der Überlegung, ob der Gesetzgeber alternativ zu § 36a EStG eine Regelung schaffen sollte, nach der, wie bei § 340b Abs. 4 HGB in den Fällen echter Pensionsgeschäften und aufbauend auf älteren Überlegungen in der Verwaltungspraxis zur Zurechnung bei Wertpapierpensionsgeschäften,<sup>253</sup> Aktien im Rahmen von Wertpapierleihgeschäften oder Wertpapierpensionsgeschäften, z.B. unter den typisierenden Voraussetzungen des geltenden § 36a Abs. 1 Satz 1 EStG, stets und ausschließlich dem Wertpapierverleiher bzw. dem Wertpapierpensionsgeber oder Wertpapierverkäufer zuzurechnen sind. Eine solche gesetzliche Regelung müsste zum einen sicherstellen, dass die Kapitaleinkünfte aus Dividendenerträgen nur einem einzigen Steuersubjekt zur gleichen Zeit zugerechnet werden und sie müsste weiter sorgfältig die Folgewirkungen für den Kapitalertragsteuerabzug, die Ausstellung der Steuerbescheinigung und die Zurechnung korrespondierender Betriebsausgaben abwägen.

#### c) Folgeherausforderungen

Die Folgeherausforderungen eines gesetzlichen Paradigmenwechsels bei der subjektiven Zurechnung von Aktien im Rahmen von Wertpapierleih- und Wertpapierpensionsgeschäften lassen sich zunächst durch einen Blick in die Praxis der Internationalen Rechnungslegung und der handelsbilanziellen Behandlung von echten Wertpapierpensionsgeschäften eingrenzen. Die Aktien sind dort durchgehend in der Bilanz des Wertpapierverleihers bzw. des Wertpapierpensionsgebers auszuweisen. In der GuV bilden die dem sachenrechtlichen Eigentümer der Aktien zufließenden und durch eine Kompensationszahlung weitergeleiteten Dividenden einen durchlaufenden Posten und werden insgesamt dem Verleiher bzw. Pensionsgeber zugerechnet.<sup>254</sup> Ein Betriebsausgabenabzug beim Entleiher bzw. Pensionsgeber kommt daher nicht in Betracht. Die Überlegungen zur Übertragbarkeit auf die Steuerbilanz und die Einkünfteermittlung müssen sich daher auf die Frage konzentrieren, wie eine mehrfache Zurechnung der Einkünfte bei Weiterveräußerung der Aktien durch den Wertpapierentleiher oder den Pensionsnehmer sicher ausgeschlossen werden kann.

Bereits im geltenden Recht leicht lösbar erscheinen dagegen alle Fragen, die eine Zurechnungsänderung in der Durchführung des Kapitalertragsteuerabzugs mit sich bringt.<sup>255</sup> Maßgeblich für die Vornahme des Kapitalertragsteuerabzugs ist nach zutreffender Auffassung

---

<sup>253</sup> BMF, Entwurf v. 11.3.2002 - IV A 6 S 2134 - 18/02, n.v., zustimmend wiedergegeben bei *Krumnow u.a.*, Rechnungslegung der Kreditinstitute, 2. Aufl. 2004, Teil B § 340b HGB Rn. 44.

<sup>254</sup> ADS<sup>6</sup>, § 246 HGB Rn. 340; *Bieg/Waschbusch*, Bankbilanzierung nach HGB und IFRS, 3. Aufl. 2017, S. 129; *Krumnow u.a.*, Rechnungslegung der Kreditinstitute, 2. Aufl. 2004, Teil B § 340b HGB Rn. 35; *Gaber*, Bankbilanz nach HGB, 2. Aufl. 2018, S. 116; *Scharpf/Schaber*, Handbuch Bankbilanz, 8. Aufl. 2020, S. 50, 53.

<sup>255</sup> Dazu und zum Folgenden: *Anzinger*, Zur subjektiven Zurechnung von Aktien bei echten Pensions- und wechselseitigen Wertpapierleihgeschäften im Handels- und Steuerbilanzrecht und im System des Kapitalertragsteuerabzugs, *StuW* 2022, 194.

bereits im geltenden Recht die sachenrechtliche Eigentumszuordnung. Den Kapitalertragsteuerabzug hat im gesetzlich gedachten Grundfall die Depotbank des Anteilseigners unabhängig von der wirtschaftlichen Zurechnung vorzunehmen. Sie stellt auch die Kapitalertragsteuerbescheinigung aus. Die wirtschaftliche Zurechnung kommt erst bei ihrem Inhalt zum Tragen. Wo die Depotbank positiv weiß, dass ein anderer als der Anteilseigner der wirtschaftlich Berechtigte ist, muss sie dies bereits im geltenden Recht auf der Steuerbescheinigung vermerken, ohne dazu den wirtschaftlich Berechtigten namentlich bezeichnen zu müssen.<sup>256</sup> Die Steuerbescheinigung dient nicht dem Nachweis, für wessen Rechnung die Steuer abgeführt wurde, sondern ist nur ein Beweiselement im Rahmen der Feststellung, dass überhaupt Kapitalertragsteuer einbehalten wurde. Es obliegt dann demjenigen, der die Anrechnung geltend macht, seine Position als wirtschaftlicher Eigentümer im Zeitpunkt des Gewinnfeststellungsbeschlusses nachzuweisen. Wo dieser Nachweis nicht gelingt, weil die Beteiligten an Wertpapierleihgeschäften oder Wertpapierpensionsgeschäften nicht ausreichend Vorsorge durch klare und transparente Vereinbarungen getroffen oder auf unzureichende Abwicklungssysteme vertraut haben, kann von niemandem Kapitalertragsteuer angerechnet werden. Eine Mehrfachanrechnung ist jedenfalls ausgeschlossen, weil nur eine Bescheinigung ausgestellt wird und zwar an den sachenrechtlichen Anteilseigner, der sie weitergeben kann.

### 3. Allgemeine bereichsspezifische Missbrauchsvorschrift

In einem dem Regierungsentwurf zum InvStRefG vorangegangenen Referentenentwurf war an Stelle des geltenden § 36a EStG eine Ergänzung des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG um eine allgemeine Missbrauchsklausel nach dem Vorbild einer Schweizer Regelung vorgesehen gewesen.<sup>257</sup> Diese Regelung hätte als Zurechnungsregel wirken können<sup>258</sup> und damit zielgenauer ähnliche Wirkungen entfalten können wie die oben unter IV. 2. b. vorgestellte allgemeine gesetzliche Zurechnungsregel, wäre aber im deutschen Recht mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden gewesen und hätte keine zuverlässige Gewähr für eine wirksame Verhinderung von Cum/Cum-Gestaltungen geboten.<sup>259</sup> Sie erscheint auch weiter nicht als geeignete Alternative.<sup>260</sup> Einen Zwischenweg zeichnet der Vorschlag im Schrifttum, bestimmte Geschäfte als Scheingeschäfte zu qualifizieren und unmittelbar nach § 41 AO oder durch eine entsprechende gesetzliche Regelung die steuerliche Anerkennung zu versagen.<sup>261</sup> Das Ergebnis käme einer fokussierten Zurechnungsregel nahe.

### 4. Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlung, Wertpapierleihgebühr und Veräußerungsgewinnen in die beschränkte Steuerpflicht<sup>262</sup>

Ein im Schrifttum bereits vorgeschlagener anderer Weg, zumindest Cum/Cum-Gestaltungen mit Wertpapierleihgeschäften ("Aktiendarlehen") ihre Anreizwirkungen zu nehmen, besteht darin, Dividendenkompensationszahlungen und die Wertpapierleihgebühr über den

<sup>256</sup> BMF v. 15.12.2017, BStBl. I 2018, 13 Tz. 14.

<sup>257</sup> RefE eines InvStRefG v. 16.12.2015, S. 44.

<sup>258</sup> Dazu *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 195.

<sup>259</sup> Instrukтив zur umstrittenen Anwendung des § 42 AO bei Cum/Cum-Gestaltungen einerseits FG Kassel v. 28.1.2020 - 4 K 890/17, rkr., EFG 2020, 1160, juris Rz. 202 und FG Kassel v. 1.7.2021 - 4 K 646/20, rkr., EFG 2022, 791, juris Rz. 125 ff.; andererseits *Lindermann*, DStR 2019, 1549, 1556.

<sup>260</sup> *Drüen*, Ubg 2022, 121, 126 unter der Überschrift "Keine 'Fiskalnotwehr' mittels § 42 AO beim 'schlechten Steuergesetz'".

<sup>261</sup> In diese Richtung *Florstedt*, DStR 2020, 2399, 2402.

<sup>262</sup> Die folgenden Überlegungen finden sich inhaltsgleich bereits in *Anzinger*, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 171 ff.

Anwendungsbereich der § 2 Nr. 2 KStG und § 6 Abs. 3 Nr. 2 InvStG<sup>263</sup> hinaus in die beschränkte Steuerpflicht einzubeziehen und damit in den Fällen, in denen die Einkünfte dem Wertpapierentleiher, bzw. Wertpapierpensionskäufer zuzurechnen sind, das Surrogat zu erfassen.<sup>264</sup> Eine vom Status des Beziehers dieser Surrogate unabhängige allgemeine Einbeziehung in die beschränkte Steuerpflicht hätte auch insofern eine Vereinfachungswirkung als die mit Sachverhalts- und Rechtsunsicherheiten verbundene Feststellung dieses Status<sup>265</sup> entbehrlich würde. Entsprechende Überlegungen lassen sich für Dividendensurrogate in Gestalt der Kauf- und Rückkaufpreisdifferenz bei Kassageschäften angestellt ("Aktienpensionsgeschäfte") anstellen. Für beide Gestaltungsvarianten könnte dieser Weg, wie die geltende Regelung des § 36a EStG, eine Ergänzung für die oben unter IV. 2. vorgestellten, im geltenden Recht bereits angelegten Zurechnungsregeln bilden, dürfte aber, wie § 36a EStG, nur zur Anwendung kommen, wenn die Einkünfte nicht nach den allgemeinen Regeln dem Wertpapierentleiher bzw. dem Wertpapierpensionskäufer zuzurechnen wären.

#### a) Einordnung der Dividendensurrogate de lege lata

In der ersten Variante der Wertpapierleihe zielen Cum/Cum-Gestaltungen auf die Transformation von Dividendenerträgen in Kompensationszahlungen. Wenn dies gelingt, lässt sich die vom ausländischen Wertpapierverleiher bezogene Dividendenkompensationszahlung nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG subsumieren, ist deshalb nicht zu den inländischen Einkünften i. S. d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG zu rechnen und unterliegt auch keinem Kapitalertragsteuerabzug. Die eigentliche Wertpapierleihgebühr, der Sachdarlehenszins, wird nach der Rechtsprechung und der Verwaltungspraxis vom Katalog des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nicht erfasst und lässt sich deshalb nur den sonstigen Einkünften aus sonstigen Leistungen i. S. d. § 22 Nr. 3 EStG zuordnen. Auch diese werden von der beschränkten Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerpflicht nicht erfasst, weil sie ebenfalls nicht zu den inländischen Einkünften, iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG zählen. Die Frage der abkommensrechtlichen Qualifikation stellt sich nicht.

In der zweiten Variante unterliegen die Veräußerungsgewinne zwar der sachlichen Einkommensteuerpflicht nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 EStG. Diese zählen aber nicht zu den inländischen Einkünften i. S. d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe d EStG und unterhalb der Beteiligungsschwelle von 1 % auch nicht zu jenen iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG. Sie sind in Deutschland steuerfrei, ohne dass es noch auf eine abkommensrechtliche Freistellung ankäme.

#### b) Vorschläge zur Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 5 EStG

Der Finanzausschuss des Bundesrates hatte daher im Gesetzgebungsverfahren zum InvStRefG empfohlen, die Dividendenkompensationszahlung in die inländische beschränkte Steuerpflicht einzubeziehen.<sup>266</sup> Hierfür sind zwei Wege denkbar. Zum einen könnten sonstige Einkünfte aus sonstigen Leistungen in den Katalog der inländischen Einkünfte in § 49 Abs. 1 Nr. 5 und in § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG aufgenommen und damit die bisherige Qualifikation der Dividendenkompensationszahlungen als sonstige Leistungen i. S. d. § 22 Nr. 3 EStG akzeptiert werden. Besser auf die abkommensrechtliche Behandlung abstimmen ließe sich der zweite

<sup>263</sup> Über diesen Anwendungsbereich *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216, 220.

<sup>264</sup> Dazu *Anzinger*, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 171; abwägend *Mann*, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 51.

<sup>265</sup> Kritisch zur Anwendung des § 6 Abs. 3 Nr. 2 InvStG deshalb *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216, 220 f.

<sup>266</sup> BR-Drucks. 320/1/16, Tz. 7; BT-Drucks. 18/8739, S. 89.

Weg, die Dividendenkompensationszahlung als unselbständigen Teil der Wertpapierleihgebühr zu verstehen<sup>267</sup> und beide als Dividendensurrogat bei den Einkünften aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG den sonstigen Bezügen zuzuordnen.<sup>268</sup> Der Gesetzgeber könnte in Erwägung ziehen, in die „sonstigen Bezüge“ i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG<sup>269</sup> sämtliche Dividendensurrogate aufzunehmen. Sie würden damit ohne weitere Gesetzesanpassung in die beschränkte Steuerpflicht über § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG einbezogen. Entsprechende Vorschläge sind bereits im Gesetzgebungsverfahren zum InvStRefG mit unterschiedlichen Formulierungsvorschlägen diskutiert worden. Ein erster Vorschlag zur Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG sah mit der Formulierung,

„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 im Zusammenhang mit Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäften im Sinne des § 340b Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs erzielt werden, soweit die diesen Kapitalerträgen zu Grunde liegenden Anteile oder Genussscheine zu inländischen Kapitalerträgen nach § 43 Absatz 3 Satz 1 führen;“

vor, Wertpapierleihgebühren, Kompensationszahlungen und auch Veräußerungserlöse, die *anstelle* der Dividenden gezahlt werden, insgesamt und einheitlich unter die sonstigen Bezüge zu fassen. Ein zweiter Formulierungsvorschlag für einen § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 5 EStG,

„Das Gleiche gilt für Kompensationszahlungen aus einem Wertpapierdarlehen oder einem Wertpapierpensionsgeschäft, die der Darlehensnehmer oder der Pensionsnehmer als Ausgleich für die dem Darlehensgeber oder Pensionsgeber entgangenen Einnahmen im Sinne des Satzes 1 erbringt;“

war hingegen auf Kompensationszahlungen beschränkt. Im Nachgang zu dem Gesetzgebungsverfahren waren weitere, alternative Überlegungen für eine entsprechende Ergänzung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG angestellt und verworfen worden, die zusätzlich ein in § 4 Abs. 5 Satz 1 EStG einzufügendes allgemeines Betriebsausgabenabzugsverbot für die vom Darlehens- oder Pensionsgeber geleisteten Surrogate vorgesehen hätten. Dieser Vorschlag eröffnete zusätzlich das Spannungsfeld einer Doppelbelastung auf verschiedenen Ebenen. In den adressierten Fällen, in denen Dividenden, entgegen den unter IV. 2. angestellten Überlegungen, dem Aktienentleiher oder Aktienpensionsnehmer zuzurechnen wären, wären diesem allerdings bereits die Dividenden oder in den Fällen der Kettengeschäfte die Surrogate zuzurechnen. Ein Betriebsausgabenabzugsverbot für weitergeleitete Dividenden oder Surrogate erscheint aber allenfalls dann erforderlich und folgerichtig, wenn die weitergeleiteten Dividenden oder Surrogate im Inland steuerfrei blieben. Dies sollte bereits durch die Ergänzungen im Einnahmetatbestand, die Einbeziehung in die beschränkte Steuerpflicht, die abkommensvorrangige Wahrnehmung des inländischen Besteuerungsrechts und die Versagung sachlicher Steuerbefreiungen ausgeschlossen werden.

Sämtliche Vorschläge sind insbesondere wegen offener Fragen über die abkommensrechtliche Einordnung einer im nationalen Recht geänderten Dividendendefinition und zur EU-

<sup>267</sup> Ähnlich S. Wagner, Die Besteuerung der Wertpapierleihe, StBp 1992, 173, 175.

<sup>268</sup> Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 173.

<sup>269</sup> Diese Vorschrift ist durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878) eingefügt worden, um inländischen Cum/Ex-Gestaltungen zu begegnen. Dazu Buge, in: H/H/R, EStG/KStG, 294. Lfg. Okt. 2019, § 20 EStG Rn. 110; S. Wagner, Die Neufassung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG - Absicht und Wirkung -, Der Konzern 2007, 127.

Rechtskonformität einer notwendigen Rückausnahme in § 36a EStG nicht umgesetzt worden. Fraglich ist auch die Vollziehbarkeit geblieben. Auf alle drei Punkte ist daher im Folgenden zur Bewertung dieser Alternative einzugehen.

c) Einordnung und Wirkungen im Abkommensrecht

aa) Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren

In der bestehenden Verwaltungspraxis unterfallen Wertpapierleihgebühren und Dividendenkompensationszahlungen den sonstigen Einkünften i. S. d. Art. 21 Abs. 1 OECD-MA und Art. 21 Abs. 5 DBA-VG, wenn sie keiner Betriebsstätte zuzuordnen sind<sup>270</sup> und werden dort regelmäßig dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen. Und selbst, wenn, wie nach dem DBA Kanada in Art. 21 Abs. 3, dem Quellenstaat ein Besteuerungsrecht an sonstigen Einkünften zugewiesen wird,<sup>271</sup> läuft diese Zuweisung in Deutschland ins Leere, weil nach § 49 Abs. 1 Nr. 9 EStG keine beschränkte Steuerpflicht entsteht.

Würde man Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren als sonstige Bezüge im nationalen Recht den Dividenden gleichstellen, rückt die abkommensrechtliche Dividendendefinition in den Blick. Sie ist im OECD-MA, in der deutschen Verhandlungsgrundlage und in den einzelnen Abkommen unterschiedlich offen für nationale Dividendenbegriffe ausgestaltet.

Ältere Abkommen, die der Formulierung des Art. 10 Abs. 3 OECD-MA 2017,

„3. The term ‘dividends’ as used in this Article means income from shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights (Hervorhebung durch Verf.) which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.“

folgen, können so ausgelegt werden, dass die nationale Dividendenqualifikation nur in den Grenzen von unmittelbar aus Gesellschaftsrechten abgeleitetem Einkommen maßgeblich sein kann.<sup>272</sup> Zwingend erscheint dies nicht, weil allein maßgeblich der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Anteil und Ertrag ist. Deshalb könnten auch Dividendensurrogate, in denen sich dieser wirtschaftliche Zusammenhang spiegelt, unter den Wortsinn der Vorschrift fallen. Der Ansässigkeitsstaat wäre dann an die Qualifikation des Quellenstaates gebunden.<sup>273</sup> Modernere Abkommen, deren Formulierung des Art. 10 Abs. 3 der deutschen Verhandlungsgrundlage entspricht,

„(3) Der in diesem Artikel verwendete Ausdruck „Dividenden“ bedeutet Einkünfte aus Gesellschaftsanteilen, Genussrechten oder Genussscheinen, Gründeranteilen oder sonstige Einkünfte, die nach dem Recht des Staates, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist, den Einkünften aus Gesellschaftsanteilen steuerlich gleichgestellt sind, sowie Ausschüttungen auf Anteilscheine an einem Investmentvermögen.“

<sup>270</sup> Siehe oben unter 2.4.

<sup>271</sup> Dazu W. Wassermeyer, in: Wassermeyer, Doppelbesteuerung, EL 128 August 2014, Art. 21 Kanada Rn. 43.

<sup>272</sup> J. F. Avery Jones, The Definitions of Dividends and Interests in the OECD Model: Something Lost in Translation?, WTJ 2009, 5, 19 ff.; H. Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 19.332.

<sup>273</sup> Zutreffend Kaeser/Wassermeyer, in Wassermeyer, DBA, EL 122 Rn. 110, Art. 10 OECD MA Rn. 110.

sind bereits im Wortsinn offener für Erweiterungen des Dividendenbegriffs im nationalen Recht<sup>274</sup>. Eine Erweiterung des Tatbestands des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zur Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlungen und Wertpapierleihgebühren würde hier deutlicher auf die Abkommensauslegung durchschlagen.

Eine entsprechende Vorschrift im deutschen Recht bliebe schließlich auch dann wirksam, wenn man der hier vorgeschlagenen Auslegung der bestehenden Abkommen nicht folgen würde. Sie würde dann eine gegenüber dem Abkommensrecht vorrangige einseitige nationale Regelung bilden. Ein solcher Treaty Override ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>275</sup> selbst dann verfassungsrechtlich möglich, wenn er zu den geschlossenen Abkommen im Widerspruch stünde.

Soweit eine Anknüpfung an den inländischen Dividendenbegriff im Abkommen nachvollzogen wird, führt dies zumindest bei den neueren Abkommen mit dem Grundsatz der Qualifikationsverkettung<sup>276</sup> dazu, dass der Ansässigkeitsstaat an die Qualifikation im Quellenstaat gebunden ist. Das gilt nicht im Fall eines außerhalb des jeweiligen Abkommens angelegten einseitigen Treaty Override. Hier müsste Deutschland im Ergebnis wiederum auf sein Besteuerungsrecht verzichten. Nachteilig bleiben ein wesentlich erhöhter administrativer Aufwand aus entstehenden Qualifikationskonflikten, der neben den erhöhten Vollzugsaufwand treten würde. Allein im Verhältnis zu Nicht-DBA-Staaten würde die Regelung daher mit größerer Rechtssicherheit und geringerem administrativem Aufwand Wirkungen entfalten.

#### bb) Veräußerungsgewinne aus Pensionsgeschäften

Viel weitergehend ist die Frage, ob auch eine Gleichstellung von Veräußerungsgewinnen und Dividenden abkommensrechtlich nachzuvollziehen wäre. Eine solche Gleichstellung lässt sich zuerst in der breiten Dimension der vollständigen Gleichbehandlung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Aktien denken, dies mit der Überlegung, dass realisierte Veräußerungsgewinne wirtschaftlich einer Vollausschüttung entsprechen, weil sich in ihnen die bislang nicht ausgeschütteten Gewinne der Gesellschaft spiegeln,<sup>277</sup> diese mit der inländischen Ertragsquelle des Unternehmens nicht weniger verbunden sind als die ausgeschütteten Dividenden und sich damit ein Besteuerungsrecht des Quellenstaates rechtfertigen lässt. Systembrüche entstehen dann erst mit Blick auf die in Veräußerungsgewinnen aus Anteilen enthaltenen Spekulationsgewinne, die allein mit Marktdifferenzen und dem Geschick der beteiligten Händler und damit deren Ansässigkeitsstaat verbunden sind.<sup>278</sup> Eine so weitreichende Gleichstellung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen findet keinen Anknüpfungspunkt in den bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen. Sie würde sich auch nicht ohne weiteres in solche Abkommen einfügen, in die bereits ausdrücklich das Ziel der Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen Aufnahme gefunden hat und wäre im Verhältnis zu DBA-Staaten daher nur durch einen echten und deutlichen Treaty Override umsetzbar, bei dem im Verhältnis zu diesen Staaten eine Doppelbesteuerung oder ein Besteuerungsverzicht mit einem Rückfall zur Regelung des § 36a EStG in Kauf genommen werden müsste.

<sup>274</sup> W. Tischbirek/G. Specker, in: Vogel/Lehner, DBA, 7. Aufl. 2021, Art. 10 Rn. 228; J. F. Avery Jones, WTJ 2009, 5, 30 ff.

<sup>275</sup> BVerfG v. 15.12.2015 - 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 Rn. 51 ff.

<sup>276</sup> Zum Grundsatz der Qualifikationsverkettung BFH v. 23.10.2019 - I R 51/16, BStBl. II 2020, 470 Rn. 16; BFH v. 11.7.2018 - I R 44/16, BFHE 2562, 354 Rn. 15 ff.; Schwibinger/Pleil, StuW 2016, 15 ff.

<sup>277</sup> H.-J. Kanzler, Grundfragen der Besteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne, FR 2003, 1, 7; H.-J. Watermeyer, in H/H/R, 303. Lfg. April 2021, § 8b KStG Rn. 62.

<sup>278</sup> Dazu Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159, 176.

Weniger weitreichend und leichter zu rechtfertigen wäre es, Gewinne und Verluste aus Veräußerungsgeschäften um den Dividendenstichtag bis zur Höhe der ausgeschütteten Dividende wie Dividendenkompensationszahlungen in den nationalen Dividendenbegriff und damit mittelbar auch in den Dividentatbestand moderner Doppelbesteuerungsabkommen aufzunehmen.<sup>279</sup> Zur Bestimmung des zeitlichen Bezugs zum Dividendenstichtag könnte die 45/91-Tage-Regel des geltenden § 36a EStG idF InvStRefG als Vorbild dienen.<sup>280</sup> Diese zeitliche Nähe zwischen Dividendenausschüttung und einem auch betragsmäßig an ihre Stelle tretenden Veräußerungsgewinn kann auch abkommensrechtlich eine typisierende Zuordnung der Veräußerungsgewinne zu den Dividenden rechtfertigen. Eine Doppelbesteuerung ließe sich vermeiden, indem beim Dividendenbezugsberechtigten, beim Veräußerer und beim Rückerber der Veräußerungsverlust mit der zugeflossenen Dividende verrechnet würde. Im Ergebnis würde dies zu einer veränderten Zurechnung der Dividende zum Veräußerer und Rückerber der Anteile führen. Im Verhältnis zu Abkommensstaaten sind mit Blick auf einen möglichen Treaty Override die Nachteile möglicher Doppelbesteuerung und des erhöhten administrativen Aufwands in die Bewertung dieser Option einzubeziehen.

#### d) Abstimmung mit §§ 36a und 50j EStG

Im Schrifttum ist bereits für das Verhältnis von § 6 Abs. 3 Nr. 2 InvStG und den §§ 36a, 50j EStG eine Doppelbelastung kritisiert und eine Abstimmung angeregt worden.<sup>281</sup> Bis zur Aufklärung aller abkommensrechtlichen Unsicherheiten über eine vollständige inländische Besteuerung der Dividendenkompensationszahlungen und der Wertpapierleihgebühren wären §§ 36a, 50j EStG nicht entbehrlich und müssten um Anrechnungs- oder Ausnahme- und Rückausnahmeregelungen erweitert werden. Das würde ihre Komplexität nochmals erhöhen. Entsprechende Überlegungen zur abgestimmten Ergänzung des § 36a Abs. 5 EStG, die Machbarkeit, aber auch Komplexität zeigen, waren im Nachgang zum Gesetzgebungsverfahren über das InvStRefG bereits angestellt worden.

Eine Alternative bestünde darin, an die Stelle der §§ 36a, 50j EStG die oben unter IV. 2. b. beschriebene gesetzliche Zurechnung mit der Einbeziehung der Dividendenkompensationszahlung und der Wertpapierleihgebühr in die beschränkte Steuerpflicht für die Fälle zu kombinieren, in denen die Dividendenerträge ausnahmsweise auch nach diesen neu gefassten Regeln dem Wertpapierentleiher bzw. Wertpapierpensionskäufer zuzurechnen sind.

#### e) EU-Rechtskonformität einer Rückausnahme in § 36a Abs. 5 EStG

Um das Risiko einer nur unvollständigen Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und Gewinnen aus Pensionsgeschäften zu kompensieren, könnte die Vorschrift des § 36a EStG auch bei einer Erstreckung der beschränkten Steuerpflicht auf Dividendensurrogate beibehalten und mit einer Ausnahme für die Fälle versehen werden, in denen diese Dividendensurrogate nach den vorgeschlagenen Neuregelungen der inländischen Steuerpflicht unterfallen. Erforderlich wäre dann aber weiter eine Rückausnahme für die Fälle, in denen diese Einbeziehung nicht durchsetzbar ist.

Daraus ergibt sich die Frage der Vereinbarkeit einer solchen, für grenzüberschreitende Sachverhalte nachteiligen, Rückausnahme mit den unionsrechtlichen Beschränkungs- und Diskriminierungsverboten. Solange die Rückausnahme jedoch darauf beschränkt bleibt, nur

---

<sup>279</sup> Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III*, 2018, S. 159, 174 f.

<sup>280</sup> Anzinger, in Schön/Sternberg (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III*, 2018, S. 159, 176.

<sup>281</sup> Gosch, in Kirchhof/Seer, *EStG*, 21. Aufl. 2022, § 36a Rn. 3a; Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 6 InvStG Rn. 20; Lechner/Schober, *BB* 2018, 1691, 1693.

dort und insoweit einzugreifen, als Deutschland kraft DBA nicht besteuern kann, ist sie vom Rechtfertigungsgrund der Wahrung einer angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse<sup>282</sup> zweifach erfasst. Sie dient dann einer am Territorialitätsprinzip ausgerichteten Wahrnehmung und Sicherung nationaler Besteuerungsbefugnisse und sie dient der Bekämpfung missbräuchlicher Steuergestaltungen.

#### f) Vollziehbarkeit und administrativer Aufwand

Für eine Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht auf Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und Dividendensurrogate in Veräußerungsgewinnen aus Pensionsgeschäften stellt sich in besonderem Maße die Frage ihrer Vollziehbarkeit. In Betracht kommt dazu eine Durchsetzung durch Indienstnahme inländischer Vertragsparteien durch Verpflichtungen zum Steuerabzug oder eine Durchsetzung unmittelbar beim ausländischen beschränkt Steuerpflichtigen.

#### aa) Indienstnahme inländischer Schuldner im Wege des Steuerabzugs

Bei Wertpapierleihgeschäften lässt sich eine an die inländische Ansässigkeit des Vertragspartners anknüpfende beschränkte Steuerpflicht für Kompensationszahlungen und für Wertpapierleihgebühren theoretisch vergleichsweise einfach im Wege des Steuerabzugs gewährleisten. Durch die Einbeziehung dieser Surrogate in die Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG ergäbe sich bei unverändertem Kapitalertragsteuerrecht automatisch die Anwendung der für Dividenden geltenden Regelungen über den Steuerabzug nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Zum Steuerabzug verpflichtet wäre nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG der inländische Schuldner der Kompensationszahlungen und der Wertpapierleihgebühren. Der Kreis der Verpflichteten kann damit über Finanz- und Kreditinstitute hinausreichen.

Im Grundsatz kann der Steuerabzug auch bei Wertpapierpensionsgeschäften greifen, wenn der Mehrbetrag zwischen Rückkaufpreis und Kaufpreis ggf. zzgl. Pensionsentgelt in die Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG einbezogen wird. Auch dann gilt § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Gesetzlich zu regeln wäre für diesen Fall noch der Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge i. S. d. § 44 Abs. 1 Satz 5 EStG. Enthalten ist das Dividendensurrogat bei Pensionsgeschäften um den Dividendentichtag bereits in der Kaufpreiszahlung des Pensionsnehmers an den Pensionsgeber, vor dem Dividendentichtag. Da der Rückkaufpreis in der Regel bereits zu Beginn des Geschäfts vereinbart wird, steht die Höhe der Kapitalerträge bereits in diesen Zeitpunkt fest. Der Steuerabzug könnte dann von der Kaufpreiszahlung vorgenommen werden. Würde an diesen frühen Zeitpunkt angeknüpft, wäre die Möglichkeit einer späteren Korrektur vorzusehen, wenn die tatsächlichen Kapitalerträge nach Abwicklung des Geschäfts von dem ursprünglich vereinbarten abweichen. Für Kettenpensionsgeschäfte wären zur Entwicklung der gesetzlichen Regelungen verschiedene Konstellationen zu simulieren und auch Ausweichgestaltungen vorauszudenken, um die Machbarkeit des theoretisch einfach erscheinenden Vollzugs im Wege des Steuerabzugs genauer abzuschätzen.

Im Rahmen solcher Machbarkeitsüberlegungen wäre auch das Zusammenspiel mit dem Steuerabzug auf den vor- und nachgelagerten Stufen der Dividendeneingangsseite und bei Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds sowie die Abstimmung mit den Zurechnungsregeln und den Vorschriften der §§ 36a und 50j EStG zu prüfen.

---

<sup>282</sup> Dazu *Englisch* in Schauburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 7.224 ff.

## **bb) Durchsetzung einer beschränkten Steuerpflicht bei ausländischen Steuerschuldern**

Während sich der Vollzug einer Einbeziehung von Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und Dividendensurrogaten bei Wertpapierpensionsgeschäften in die beschränkte Steuerpflicht im Wege des Steuerabzugs bei den inländischen Schuldern dieser Surrogate zumindest theoretisch im Grundfall sicherstellen lässt, sind die Vollzugsherausforderungen für eine unmittelbare Veranlagung des ausländischen Steuerschuldners ungleich größer. Hier stellt sich zum einen das Problem der Sachverhaltsermittlung und zum anderen das der anschließenden Durchsetzung.

Eine Sachverhaltsermittlung im Inland könnte zunächst wiederum bei den inländischen Vertragspartnern der Geschäfte ansetzen. Dort wären die zur Feststellung der Besteuerungsgrundlagen notwendigen Informationen verfügbar. Theoretisch denkbar wären zusätzliche Dokumentationspflichten für die einbezogenen Geschäfte und auch eine automatisierte Mitteilungspflicht an das Bundeszentralamt für Steuern. Die Kosten und die Verhältnismäßigkeit einer solchen Ausweitung der Bürokratielasten der Wirtschaft wären aber sorgfältig abzuschätzen. Ungeeignet erscheint eine Informationserhebung unmittelbar bei den inländischen Emittenten der Aktien. Insbesondere die Informationserhebung über die Aktionäre entsprechend § 45b Abs. 9 EStG i.V.m. § 67d AktG wäre unzweckmäßig, weil sie zum einen keinen Rückschluss auf den wirtschaftlich Berechtigten im Zeitpunkt der Gewinnverwendung erlaubt und zum anderen diese Information für die Erfassung der Dividendensurrogate keine unmittelbare Bedeutung hat. Wesentlich zielführender und für die Wirtschaft bürokratieärmer wäre ein unmittelbarer Informationsaustausch mit der Finanzmarktaufsicht über Derivatepositionen. Schließlich bleiben die Wege der Informationsgewinnung über die bestehenden Instrumente der Amtshilfe und des Informationsaustausches in der Europäischen Union und im Netzwerk der Doppelbesteuerungsabkommen und der Abkommen auf dem Gebiet der Rechts- und Amtshilfe und des Informationsaustauschs. In ihrer derzeitigen Ausgestaltung dürften sie aber nicht ausreichen, um einen effektiven Vollzug zu gewährleisten. Die Durchsetzung der Besteuerungsansprüche gegenüber ausländischen Steuerpflichtigen jenseits des Weges über einen Steuerabzug im Inland durch Veranlagung erscheinen ebenfalls nur in der Europäischen Union mit vertretbarem Aufwand möglich.

## **5. Abgeltende Kapitalertragsteuer**

Im Schrifttum ist schließlich eine radikale Vereinfachung des Kapitalertragsteuerabzugs durch weitgehende Streichung der Anrechnungs- und Erstattungsmöglichkeiten und einem umfassenden Übergang zu einer abgeltenden Kapitalertragsteuer auch im Verhältnis zu juristischen Personen, betrieblichen und begünstigten Anlegern beschränkt auf Streubesitzdividenden vorgeschlagen worden.<sup>283</sup> Damit würden in der Tat Anreize für Cum/Cum-Gestaltungen zuverlässig beseitigt, weil Dividenden bei inländischen Aktionären nicht mehr günstiger als bei ausländischen Aktionären belastet würden. Um Brüche mit der Abkommenspraxis und zugleich eine Ungleichbehandlung in- und ausländischer Aktionäre zu vermeiden, müsste mit diesem Vorschlag der Kapitalertragsteuerabzug entsprechend § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG, § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 InvStG und Art. 10 Abs. 2 Buchstabe b OECD-MA allgemein auf 15 % reduziert werden. Anrechnungs- und Erstattungsansprüche noch weitreichender als begünstigungswürdig angesehener Anleger, etwa nach § 8 Abs. 4 InvStG oder nach DBA, die auch für Streubesitzdividenden einen niedrigeren Quellensteuersatz vorsehen, könnten dann

---

<sup>283</sup> *Altwater*, DStR 2021, 261, 262 und 266.

entsprechend der Bereichsausnahme in § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG an eine Haltedauer von einem Jahr geknüpft werden. Mit dem Vorschlag wären die Vorschriften der §§ 36a, 50j EStG entbehrlich. Problematisch bleibt die notwendige Absenkung des Kapitalertragsteuersatzes auf 15 %. Würde sie einheitlich für juristische und natürliche Personen vorgenommen werden, wäre damit eine Absenkung der Gesamtbelastung von Gewinnen aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften verbunden, die entweder durch eine Anhebung des Körperschaftsteuersatzes oder durch eine Absenkung des Einkommensteuerhöchstsatzes bei Einkünften in den Rechtsformen der Einzelunternehmung und der Beteiligung an Personengesellschaften auszugleichen wäre. Dieses Problem gewinnt an Schärfe dadurch, dass zum einen der Abgeltungssteuersatz von 25 % und zum anderen, durch die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts und die nunmehr auch formal erfolgte Abkehr von der Idee des Gesamthandsvermögens, Belastungsunterschiede im Dualismus der Unternehmensbesteuerung verfassungsrechtlich wieder stärker gerechtfertigt werden müssen.<sup>284</sup> Beschränkt man hingegen das vorgeschlagene Konzept einer abgeltenden Besteuerung mit 15 % auf Dividendenerträge zugunsten juristischer Personen, geht ein erheblicher Teil der Vereinfachungs- und Gestaltungsvermeidungswirkung dieses Vorschlags verloren.

## V. Zusammenfassung

Die Vorschrift des § 36a EStG wirkt Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung (sog. Cum/Cum-Gestaltungen) weitgehend wirksam entgegen. Sie ähnelt ebenso wirksam angesehenen Regelungsvorbildern im Ausland.<sup>285</sup> Die zusätzlichen Anrechnungsvoraussetzungen mit der Mindestheldauer, dem Mindestwertänderungsrisiko und dem Weiterleitungsverbot sind hinreichend zielgenau gefasst, um Anreize für Umgehungsgestaltungen wirksam zu beseitigen. Um Rechtsunsicherheiten bei einzelnen grenzüberschreitenden Sachverhalten vorzubeugen, sollte der Gesetzgeber eine Klarstellung des Verhältnisses von § 36a EStG und § 50c EStG anstreben.

Auf der Rechtsfolgenseite kann hingegen die nur teilweise Anrechnungsversagung in Kombination mit einem antragsgebundenen Betriebsausgabenabzug die Anreize für Cum/Cum-Gestaltungen für in Nicht-Abkommensstaaten ansässige natürliche Personen nur teilweise dämpfen. Deshalb könnte darüber nachgedacht werden, die Möglichkeit des Betriebsausgabenabzugs zu streichen. Zugleich fokussiert die Vorschrift in ihrer Wirkungsweise, potentielle Gegenparteien höher zu belasten, ohne auf eine tatsächliche Beteiligung an einer Umgehungsgestaltungen abzustellen, ihr Regelungsziel ungenau und führt im Nachweis an das Mindestwertänderungsrisiko zu hohem bürokratischem Aufwand. In der Mechanik des § 36a EStG sind hier Erleichterungen allerdings weitgehend ausgeschlossen, ohne das Ziel der Vorschrift zu gefährden.

Der Gesetzgeber könnte daher weiter über Alternativen nachdenken. An deren erster Stelle steht eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung von Streubesitzdividenden und Veräußerungsgewinnen aus Streubesitzbeteiligungen sowohl bei inländischen wie auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Weniger einschneidend wäre eine gesetzliche Zurechnungsklarstellung, die in den Geschäften, die Cum/Cum-Gestaltungen tragen, eine Zurechnung der Dividendenerträge grundsätzlich zum Wertpapierverleiher bzw. Wertpapierver- und -rückkäufer

---

<sup>284</sup> Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft, ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 5 ff..

<sup>285</sup> Dargestellt in BT-Drucks. 18/8045, S. 134; *Geisenberger*, in K/S/M, EStG, 306. Akt. Jun. 2020, § 36a Rn. E 3; *Lamprecht*, Ubg 2018, 189, 195; *Mann*, in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, EStG, 2020, § 36a Rn. 9; *Zielke*, RIW 2015, 51, 53.

vorsehen würde. Dieser Weg könnte sich an der Behandlung dieser Geschäfte nach den internationalen Rechnungslegungsstandards und an der Behandlung von echten Wertpapierpensionsgeschäften im Handelsbilanzrecht orientieren.

Eine weitere Alternative besteht darin, Dividendenkompensationszahlungen, Wertpapierleihgebühren und die Dividendensurrogate in Aktienpensionsgeschäften im Gesetz so in die sachliche und die beschränkte Steuerpflicht einzubeziehen, dass auch nach Abkommensrecht ein deutsches Besteuerungsrecht verbleibt. In dieser Alternative müsste § 36a EStG aber subsidiär bestehen bleiben und wäre in seinem Anwendungsbereich durch abgestimmte Ausnahmen und absichernde Rückausnahmen zurückzuschneiden. Der Vollzug dieser Alternative könnte nur auf den bestehenden Wegen des Steuerabzugs gewährleistet werden.

Erwägenswert ist schließlich der grundsätzlichere Vorschlag einer allgemein abgeltenden Kapitalertragsteuer mit stark beschränkter Anrechnungs- und Erstattungsmöglichkeit. Dieser Vorschlag wäre aber mit weitreichenden Folgefragen im System der Abgeltungsteuer und der Unternehmensbesteuerung verbunden, die sich allerdings aus anderen Anlässen parallel ohnedies stellen werden. Dem Gesetzgeber ist deshalb zu raten, das System der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung in einer Reform der Abgeltungssteuer zu überdenken und dabei Alternativlösungen zu § 36a EStG zu prüfen.

**Teil 3**  
**Vereinfachung des Investmentsteuerrechts**

## Vereinfachung des Investmentsteuerrechts

### Inhaltsverzeichnis

|      |   |     |
|------|---|-----|
| I.   | Gegenstand und Regelungsziele des Investmentsteuerrechts.....                           | 106 |
| 1.   | Anwendungsbereich .....   | 106 |
| 2.   | Kontrollfrage zur Rechtslage ohne investmentsteuerrechtliche Regelungen .....           | 107 |
| 3.   | Regelungsziele .....  | 108 |
| a)   | Entscheidungsneutralität zwischen Direktanlage und Investmentvermögensanlage.....       | 108 |
| b)   | Gewährleistung der Administrierbarkeit und der Rechtsanwendungsgleichheit .....         | 108 |
| c)   | Rechtsformneutralität.....  | 109 |
| d)   | Lenkungsziele .....   | 109 |
| II.  | Reformanlässe für das InvStG 2018 im vorherigen System der Investmentbesteuerung.....   | 109 |
| 1.   | Entwicklung des deutschen Investmentsteuerrechts .....                                  | 110 |
| 2.   | Trennungs- und Transparenzprinzip ("Semi-Transparenz").....                             | 110 |
| 3.   | Verknüpfung von Fondseingangs- und Fondsausgangsebene .....                             | 111 |
| 4.   | Einbettung in das System der Kapitalertragsteuer .....                                  | 111 |
| 5.   | Pauschalbesteuerung.....  | 111 |
| III. | Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018 ..... | 112 |
| 1.   | Bewertungsmaßstab.....  | 112 |
| 2.   | Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten im InvStG 2018 .....                 | 113 |
| 3.   | Rechtssicherheit und Komplexität.....   | 114 |
| 4.   | Elastizität, Dynamik und Beständigkeit.....   | 115 |
| 5.   | Übergangsregeln.....  | 115 |
| IV.  | Überlegungen zur weiteren Vereinfachung der Investmentbesteuerung.....                  | 116 |
| 1.   | Grundentscheidungen .....   | 116 |
| a)   | Qualifikation von Investmentfonds und Statusbescheinigung.....                          | 116 |
| b)   | Parallelität Investmentfonds- / Spezial-Investmentfonds-Besteuerung .....               | 117 |
| 2.   | Investmentfonds.....  | 118 |
| a)   | Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger .....                               | 118 |
| b)   | Abzugsbeschränkungen des § 21 InvStG.....   | 118 |
| c)   | Vorabpauschale.....   | 118 |
| d)   | Teilfreistellungsverfahren .....  | 119 |
| 3.   | Spezial-Investmentfonds.....  | 121 |
| a)   | Anlagebestimmungen des § 26 InvStG.....   | 121 |
| b)   | Besitzanteilige Zurechnung (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 und § 35 Abs. 7 InvStG).....            | 122 |
| c)   | Kapitalertragsteuer bei Dividendentransparenzoption.....                                | 122 |
| d)   | Spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften .....                                      | 123 |
| e)   | Ein-Anleger-Fonds .....   | 123 |
| f)   | Ermittlung Besteuerungsgrundlagen und Feststellungserklärung nach § 51 InvStG .....     | 123 |
| 4.   | Übergangsregelungen.....  | 124 |
| 5.   | Digitalisierung .....   | 124 |
| a)   | Medienwandel .....  | 125 |
| b)   | Dezentrale und zentrale Datenbanken und Register .....                                  | 125 |
| c)   | Digitale Gesetze und automatisierter Vollzug.....                                       | 127 |
| V.   | Zusammenfassung.....  | 127 |

## Vereinfachung des Investmentsteuerrechts

Im dritten Teil der Evaluierung der Auswirkung der Investmentsteuerreform sollen die folgenden Fragen betreffend die Steuervereinfachung untersucht werden:

- Wurde bei Investmentfonds eine rechtliche und administrative Vereinfachung und damit eine Reduzierung des Erfüllungsaufwands erreicht?
- Welche Möglichkeiten bestehen, um die für Investmentfonds und deren Anleger geltenden Regelungen zu vereinfachen und / oder den administrativen Aufwand für die Wirtschaft, die Bürger und / oder die Finanzverwaltung zu reduzieren?
- Wie könnte insbesondere das Teilfreistellungsverfahren vereinfacht werden (z. B. durch eine geringere Zahl von unterschiedlichen Teilfreistellungsätzen)?
- Welche Möglichkeiten bestehen, um die für Spezial-Investmentfonds und deren Anleger geltenden Regelungen zu vereinfachen und / oder den administrativen Aufwand für die Wirtschaft, die Bürger und / oder die Finanzverwaltung zu reduzieren?
- In welchem Umfang haben Spezial-Investmentfonds i. S. d. § 15 InvStG 2004 das Besteuerungsregime gewechselt und sind nunmehr Investmentfonds i. S. d. Kapitel 2 des InvStG 2018? Welche Gründe gab es für den Wechsel des Besteuerungsregimes?
- Besteht Bedarf für die Beibehaltung des Besteuerungsregimes für Spezial-Investmentfonds i. S. d. Kapitels 3 des InvStG 2018?

Dazu werden im Folgenden zunächst in Vorüberlegungen der Gegenstand und die Regelungsziele des Investmentsteuerrechts strukturiert (unter I.), sodann die Reformziele der Investmentsteuerreform skizziert (unter II.) und vor diesem Hintergrund eine Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018 vorgenommen (unter III.), mit der die erste Frage nach der Erreichung der Vereinfachungsziele behandelt werden soll. Daran schließen sich die Überlegungen zur weiteren Vereinfachung bei Investmentfonds an, mit denen die folgenden fünf Fragen zur Fortentwicklung des Investmentsteuerrechts betreffend Steuervereinfachung untersucht werden (unter IV.). Der dritte Teil schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (unter V.).

### I. Gegenstand und Regelungsziele des Investmentsteuerrechts

Eine Einordnung der rechtlichen Ausgestaltung des Investmentsteuerrechts in den Kategorien „einfach“ und „komplex“ und eine Untersuchung des Vereinfachungspotentials setzt drei Vorüberlegungen voraus. Einzugrenzen ist zunächst der Gegenstand, also der potentielle und der geregelte Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts. Anzureißen ist weiter die Kontrollfrage, was die Folgen eines völligen Verzichts auf jedwede besondere Regel für die in den Anwendungsbereich einbezogenen Sachverhalte wären. Schließlich sind die Regelungsziele des Investmentsteuerrechts zu beleuchten, in deren Rahmen Einfachheit und Komplexitätsreduktion eine Optimierungsaufgabe bilden.

#### 1. Anwendungsbereich

Wesensbestimmend handelt das Investmentsteuerrecht von der Besteuerung der Organisationsformen gemeinsamer Anlagen zur Erzielung von Einnahmen. Darin unterscheidet es vom Unternehmenssteuerrecht, dass in diesen Organisationsformen mit dem Ziel der gemeinsamen Erzielung von Einnahmen kein über die Vermögensverwaltung hinausgehender unternehmerischer Zweck verfolgt wird, sondern allein die gemeinsame Vermögensanlage prägend ist.<sup>286</sup>

---

<sup>286</sup> Anzinger, FR 2016, 101, 102; Klein, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, Einführung zum InvStG Rn. 1; HHR.

Dies spiegelt sich in der aufsichtsrechtlichen Grunddefinition der Investmentvermögen in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB. Danach sind Investmentvermögen Organismen für gemeinsame Anlagen, die kein operatives Unternehmen außerhalb des Finanzsektors sind und von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammeln, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren. Diese Definition ist rechtsformunabhängig und erfasst sowohl Investmentvermögen in Vertragsform, das sind gem. § 1 Abs. 10 KAGB etwa die Sondervermögen, die von einer Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) nach dem Treuhandmodell für Rechnung der Anleger oder nach dem Miteigentumsmodell für diese als Miteigentümer verwaltet werden, als auch diejenigen in Verbandsform, also etwa in Form von Investmentgesellschaften, die grundsätzlich in jeder Rechtsform denkbar sind, der die Rechtsordnung eine eigene Rechtsfähigkeit zuerkennt, die im Aufsichtsrecht aber in Deutschland in § 1 Abs. 11 KAGB insbesondere durch die Investmentaktiengesellschaften und die Investmentkommanditgesellschaften angesprochen sind. In der weiten Definition des „Investmentvermögens“ i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB sind die Anlagestrategie, die Rechtsform, das Rückgaberecht, als Unterscheidungsmerkmal für die Abgrenzung offener und geschlossener Fonds, der Vertriebsweg und die Form der Verwaltung unerheblich.<sup>287</sup> Erst die aufsichtsrechtlichen Regeln des KAGB schränken zulässige Organisations- und Handlungsformen ein.

Unterkategorien der Investmentvermögen bilden die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW) nach § 1 Abs. 2 KAGB, die Alternativen Investmentfonds (AIF) nach § 1 Abs. 3 KAGB, die offenen und geschlossenen Investmentvermögen nach § 1 Abs. 4 und 5 KAGB und die Spezial-AIF nach § 1 Abs. 6 KAGB. Die den europäischen Urtyp des diversifizierten, offenen Publikumsfonds prägenden Definitionsmerkmale der Risikomischung und des jederzeitigen Rückgaberechts ergeben sich erst aus der Definition des OGAW.<sup>288</sup> Im Aufsichtsrecht verknüpfen sich mit diesen unterschiedlichen Kategorien unterschiedliche Organisations- und Handlungsschranken, die bei den an ein breites Publikum adressierbaren OGAW folgerichtig strenger ausfallen als bei den allein an professionelle oder semiprofessionelle Anleger adressierten (§ 1 Abs. 6 KAGB) Spezial-AIF. Erst aus diesen Anforderungen folgt auch der in den §§ 91, 124, 139, 140 KAGB geregelte Rechtsformtypenzwang.

## 2. Kontrollfrage zur Rechtslage ohne investmentsteuerrechtliche Regelungen

Nimmt man die weite aufsichtsrechtliche Definition des § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB zum Ausgangspunkt, eröffnet sich die Kontrollfrage, wie die dort rechtsformunabhängig beschriebene Betätigung der gemeinsamen Anlage in den allgemeinen Kategorien des deutschen Ertragsteuerrechts behandelt würde. Sie führt in den Dualismus der deutschen Unternehmensbesteuerung, die mit ihm verbundene rechtsformabhängige Unterscheidung zwischen Trennungs- und Transparenzprinzip und auch in den Dualismus der Einkunftsarten mit der Unterscheidung zwischen Überschuss- und Gewinneinkunftsarten.<sup>289</sup>

Für die OGAW als Urtypus des offenen Publikumsfonds, die nach § 91 Abs. 1 KAGB nur als Sondervermögen aufgelegt werden dürfen, dessen Vermögensgegenstände entweder von der Kapitalverwaltungsgesellschaft für Rechnung der Anleger gehalten werden oder unmittelbar in deren Miteigentum stehen, ergäbe sich, wie für die Investmentkommanditgesellschaft aus der Anwendung des § 39 Abs. 2 AO eine transparente Regelbesteuerung, während für die In-

---

<sup>287</sup> Zetzsche in: Assmann/Wallach/Zetzsche, Kapitalanlagegesetzbuch, 1. Aufl. 2019, § 1 KAGB Rn. 5.

<sup>288</sup> Zetzsche in: Assmann/Wallach/Zetzsche, Kapitalanlagegesetzbuch, 1. Aufl. 2019, § 1 KAGB Rn. 99 ff.

<sup>289</sup> Über die Grundsysteme im Kontext der Investmentbesteuerung Hoch, StuW 2020, 234, 235 ff.; Anzinger FR 2016, 101, 104 ff.

vestment-AG mit fixem oder veränderlichem Kapital und auch für nach dem Unternehmensbeteiligungsgesellschaftengesetz (UBGG) ausnahmsweise weiteren zulässigen Rechtsformen der KGaA und der GmbH eine intransparente Regelbesteuerung die Folge wäre.<sup>290</sup>

### 3. Regelungsziele

Die Regelungsziele des Investmentsteuerrechts sind vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage zu strukturieren und dabei daran zu erinnern, dass das Investmentsteuerrecht in Deutschland wesentlich jünger als das deutsche Ertragsteuerrecht und auch jünger als die Idee des Investmentsparens selbst ist.<sup>291</sup>

#### a) Entscheidungsneutralität zwischen Direktanlage und Investmentvermögensanlage

Ein wesensprägendes Ziel des Investmentsteuerrechts ist die Vermeidung steuerlicher Nachteile für die Investmentanlage gegenüber der Direktanlage. Im System der Regelbesteuerung wären insbesondere Anleger in intransparenten Fonds durch eine Doppelbelastung auf Fondseingangs- und Fondsausgangsebene schlechter gestellt als Direktanleger. Dieses Phänomen wirkt umso stärker, je weniger die Regelbesteuerung eine solche Doppelbelastung auf Fondsebene und Anlegerebene vermeiden würde. Es tritt nicht auf, wo bereits nach den allgemeinen Regeln der Besteuerung von Körperschaften und ihrer Anleger ein vollständiger Ausgleich der Doppelbelastung durch Ausschüttungsbegünstigung, Freistellung oder Anrechnung gelingt.<sup>292</sup>

Das Ziel der Entscheidungsneutralität verlangt bezogen auf die Investition durch Beteiligung an einem Investmentfonds einerseits, dass Anleger in ein Investmentvermögen nicht schlechter gestellt werden, als sie stehen würden, wenn sie direkt in die Vermögensgegenstände investiert hätten, in die sie mittelbar durch das Investmentvermögen investieren. Es verlangt andererseits aber auch, dass sie durch das indirekte Investment nicht besser stehen als durch eine Direktanlage.<sup>293</sup>

Im Grundsatz wäre diese Neutralität in den Investmentvermögen, die als Sondervermögen oder als Investmentkommanditgesellschaft ausgestaltet sind, bereits nach der Regelbesteuerung gewährleistet, unterstellt, dass die einzelnen Vermögensgegenstände des Investmentvermögens und die daraus erzielten Einkünfte den Anlegern sowohl beim Treuhand- als auch beim Miteigentumsmodell ohnedies nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 AO anteilig und phasengleich zuzurechnen wären. Benachteiligt wäre nur die weniger verbreitete mittelbare Anlage durch eine Investmentaktiengesellschaft.<sup>294</sup>

#### b) Gewährleistung der Administrierbarkeit und der Rechtsanwendungsgleichheit

Auf die Anforderungen, die sich aus der Kombination der Vielzahl unterschiedlicher Anlageobjekte, Anlageklassen und Anlageformen auf der einen Seite und der großen Anlegerzahl in Publikumsfonds auf der anderen Seite ergeben, ist weder das materielle Recht noch das Verfahrensrecht im allgemeinen System der transparenten Besteuerung von Bruchteils-, Gesamthands- und Mitunternehmenschaften gerüstet. Es ist zugeschnitten auf das Leitbild von Erben- und Miteigentümergeinschaften sowie kleiner und mittelständischer

---

<sup>290</sup> *Anzinger*, FR 2016, 101, 104.

<sup>291</sup> Zur historischen Entwicklung des Investmentsteuerrechts und den Frühformen des Investmentsparens *Anzinger*, FR 2016, 101, 104; *Kohl*, Ubg 2017, 643 ff.

<sup>292</sup> Im Kontext der Investmentbesteuerung *Anzinger*, FR 2016, 101, 104; *Hoch*, StuW 2020, 234, 236.

<sup>293</sup> *Höring*, DStZ 2012, 367, 368; *Klein*, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, Einführung zum InvStG Rn. 3

<sup>294</sup> *Anzinger*, FR 2016, 101, 103; *Hoch*, StuW 2020, 234, 240.

Unternehmen mit einstelliger Gesellschafterzahl. Ein wesentliches Regelungsziel des Investmentsteuerrechts ist daher, durch Anpassungen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts, die Administrierbarkeit der Besteuerung für die Finanzbehörden, die Kapitalverwaltungsgesellschaften, die kapitalertragsteuerabzugsverpflichteten Stellen und die Anleger zu gewährleisten und dadurch auch sicherzustellen, dass dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit Rechnung getragen werden kann.<sup>295</sup>

#### c) Rechtsformneutralität

Ein weiteres Ziel des Investmentsteuerrechts lässt sich mit einem bislang nicht erreichten Ideal der Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung verknüpfen. Mit Blick auf eine optimale Ressourcenallokation im Ausgangspunkt unbestritten volkswirtschaftlich zweckmäßig ist die Neutralität des Steuerrechts gegenüber unterschiedlichen Anlageformen und damit auch die Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Rechtsformen, in denen Investmentvermögen strukturiert werden können. Um diese Neutralität herzustellen, muss sich der Gesetzgeber entscheiden, ob er alle Durchführungswege einheitlich transparent, intransparent oder nach einem einheitlichen Zwischenmodell besteuern möchte und damit durch eine einheitliche Entscheidung die Rechtsformabhängigkeit des Ertragsteuerrechts mildern.<sup>296</sup>

#### d) Lenkungsziele

Wie überall im Steuerrecht kann der Gesetzgeber auch im Investmentsteuerrecht gesellschafts- und wirtschaftspolitische und perspektivisch selbst klima- und umweltpolitische Lenkungsziele verfolgen und mit ihnen einzelne Durchbrechungen vorheriger Grundentscheidungen rechtfertigen. Er muss dazu nur ein legitimes Lenkungsziel ausweisen können, zu dessen Durchsetzung die gewählte Form der steuerlichen Begünstigung geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist.<sup>297</sup> Lenkungsziele können etwa allgemein die Förderung des Aktiensparens in risikogestreuten Anlageformen, die Förderung der betrieblichen Altersvorsorge, aber auch Investitionen privater Mittel in besonders förderungswürdige Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftsregionen sein. Der Gesetzgeber kann schließlich in den Grenzen des Unionsrechts auch den Wirtschaftsstandort im internationalen Standortwettbewerb durch Privilegien im Investmentsteuerrecht fördern. Er muss dabei freilich Unterschiede zwischen verschiedenen Anlageformen und Durchführungswegen intersubjektiv nachvollziehbar rechtfertigen können.

## II. Reformanlässe für das InvStG 2018 im vorherigen System der Investmentbesteuerung

Bis zur Reform in dem InvStG 2018 beruhte das deutsche Investmentsteuerrecht auf einem historisch gewachsenen semitransparenten System, das insbesondere den Anforderungen der Administrierbarkeit immer weniger gerecht werden konnte. Es galt allgemein als überkomplex und wurde gleichwohl gegen radikale Reformen verteidigt, weil naturgemäß auch jede Umstellung mit neuen Rechtsunsicherheiten und hohem Verwaltungsaufwand verbunden ist. Zur Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018 ist diese Ausgangslage zu skizzieren.

---

<sup>295</sup> Anzinger, FR 2016, 101, 104.

<sup>296</sup> Anzinger, FR 2016, 101, 104.

<sup>297</sup> Zur Rechtfertigung wirtschaftslenkender Normen Hey, in Tipke/Lang, 21. Aufl. 2010, Kap 19.70 ff.

## 1. Entwicklung des deutschen Investmentsteuerrechts

Den historischen Ausgangspunkt des modernen deutschen Investmentsteuerrechts bildete das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) v. 16.4.1957.<sup>298</sup> Es begründete die bis zum InvStG 2018 geltende investmentsteuerliche Semi-Transparenz. Zuvor waren Investmentvermögen im Regelungssystem des allgemeinen Ertragsteuerrechts einzuordnen gewesen und entweder in transparent besteuerten Rechtsformen oder unter Inkaufnahme einer aus dem System der Regelbesteuerung folgenden Doppelbelastung auf Fonds- und Anlegerebene strukturiert worden.<sup>299</sup> Die steuerlichen Vorschriften in den §§ 21, 22 KAGG 1957 hatten dabei die Zwecksetzung, die Administrierbarkeit der Transparenz bei einer Vielzahl von Anlegern herzustellen und dazu das Verfahren der einheitlichen und gesonderten Festsetzung abzulösen.<sup>300</sup> Die Grundsätze des Investmentsteuerrechts blieben auch nach Einbeziehung der ausländischen Fonds durch das Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (AuslInvestmentG) v. 28.7.1969<sup>301</sup> und nach verschiedenen Umgliederungen des Investimentaufsichtsrechts und des Investmentsteuerrechts bis zur Zusammenführung des Aufsichtsrechts im Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz) v. 4.7.2013<sup>302</sup> und die Anpassung des InvStG durch das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz v. 18.12.2013<sup>303</sup> unverändert.<sup>304</sup>

## 2. Trennungs- und Transparenzprinzip ("Semi-Transparenz")

Die Komplexität des früheren Investmentsteuerrechts folgte aus der Mechanik der angestrebten Semi-Transparenz. Für die Fälle, in denen sich das Investmentvermögen nicht bereits kraft Rechtsform als Steuersubjekt für die Körperschaft- und Gewerbesteuer qualifizierte, regelte § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 auf einer ersten Stufe die Steuersubjekteigenschaft und damit zugleich die Grundlage für eine steuerliche Trennung zwischen Fonds- und Anlegerebene. Damit war insbesondere der Anwendung des § 39 Abs. 2 AO bei Sondervermögen die Grundlage entzogen und die Basis für die eigenständige Regelung einer Semi-Transparenz gelegt. Auf einer zweiten Stufe folgten Körperschaft- und Gewerbesteuerbefreiungen in § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 für inländische Sondervermögen und Investment-AG, die Gewerbesteuerbefreiung für inländische offene Investment-KG und die Modellierung der Semi-Transparenz.<sup>305</sup> Abweichungen zur vollständigen Transparenz ergaben sich dabei insbesondere für thesaurierte Erträge durch Umqualifikation und Periodenverschiebung.<sup>306</sup> Die Komplexität erhöhte sich noch, wenn die Semi-Transparenz über mehrere Ebenen von Investmentfonds (sog. Dachfonds-Zielfonds-Konstruktionen) hindurch vollzogen werden sollte.<sup>307</sup>

---

<sup>298</sup> BGBl. I 1957, 378.

<sup>299</sup> Anzinger, FR 2016, 101, 104.

<sup>300</sup> Anzinger, FR 2016, 101, 105.

<sup>301</sup> BGBl. I 1969, 986.

<sup>302</sup> BGBl. I 2013, 1981.

<sup>303</sup> BGBl. I 2013, 4318.

<sup>304</sup> Kohl, Ubg 2017, 643 unter 2.2.

<sup>305</sup> Anzinger, FR 2016, 101, 105 f.; Hoch, StuW 2020, 234, 240 ff.; Kohl, Ubg 2017, 643.

<sup>306</sup> Zu den Hauptproblemen der alten Investmentbesteuerung Höring, DStZ 2012, 367, 368 f.

<sup>307</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 52.

### 3. Verknüpfung von Fondseingangs- und Fondsausgangsebene

Die besonders hohe Komplexität des alten Investmentsteuerrechts ergab sich aus der notwendigen Verknüpfung zwischen der Fondseingangs- und der Fondsausgangsseite. Um zu gewährleisten, dass eine weitgehende Gleichbehandlung mit der Direktanlage erhalten blieb, suchte der Gesetzgeber in diesem System nach Wiederherstellung der Transparenz. Durch die im deutschen Ertragsteuerrecht angelegte Vielfalt der Einkunftsarten mit ihren jeweils unterschiedlichen Regeln ihrer Bemessung, Periodisierung und Belastung sowohl auf der Fondseingangsseite als auch auf der Fondsausgangsseite potenzierte sich die Komplexität der Kapitaleinkommensbesteuerung in der Investmentbesteuerung. Diese Komplexität fand augenscheinlichen Ausdruck in einem umfassenden Katalog der nach § 5 InvStG 2004 berichtspflichtigen Besteuerungsgrundlagen, die die Grundlage für die Anlegerbesteuerung bilden mussten. So waren auf der Fondseingangsseite acht Eingangskategorien (deutsche Dividenden, ausländische Dividenden, Zinserträge, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus inländischen Immobilien, Gewinne aus Grundstücksgeschäften, Veräußerungsgewinne aus Wertpapieren, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus Veräußerungsgewinne aus ausländischen Immobilien und Veräußerung von Alt-Wertpapieren) zu unterscheiden und auf der Fondsausgangsseite beim Anleger abhängig von seiner Qualifikation als Privatanleger oder betrieblicher Anleger, als natürliche oder juristische Person, als inländischer oder ausländischer Anleger je unterschiedlich zu behandeln.

### 4. Einbettung in das System der Kapitalertragsteuer

Nicht wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten im Unionsrecht, sondern wegen des bereits für sich überkomplexen Kapitalertragsteuersystems war die Einbettung der Investmentbesteuerung in das System der Kapitalertragsteuer für alle beteiligten Stellen durch Bescheinigungs-, Nachweis-, Erklärungs- und Abführungspflichten mit einem hohen administrativen Aufwand verbunden. Zu klassifizieren waren zunächst auf der Fondseingangsseite die unterschiedlichen Ertragskategorien, sodann war zwischen inländischen und ausländischen, Publikums- und Spezialfonds zu unterscheiden und die unterschiedliche Behandlung ausgeschütteter und thesaurierter Einkünfte im Kapitalertragsteuerrecht nachzuvollziehen. Im vierten Schritt waren der Steuerabzug durch Depotbank, Wertpapiersammelbank oder Investmentgesellschaft auf der Fondsausgangsseite zu vollziehen und dabei unterschiedliche Wege der Abstandnahme von diesem Steuerabzug nachzuvollziehen. In einem letzten Schritt konnte der Kapitalertragsteuerabzug im Erstattungsverfahren zu prüfen und zu korrigieren sein. Auf jeder Stufe führten die Ausstellung von Bescheinigungen, die Anforderung und Vorlage von Nachweisen und deren Prüfung zu hohem administrativem Aufwand.

### 5. Pauschalbesteuerung

Damit die Semi-Transparenz auf Anteilseignerebene unter Berücksichtigung der auf Fondsebene verwirklichten unterschiedlichen Einkunftsarten vollzogen werden konnte, mussten die Informationen hierüber nach § 5 InvStG 2004 in einem Bericht zusammengefasst und bekannt gemacht werden. Dabei waren bis zu 33 unterschiedliche Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln und zu veröffentlichen und Verluste in bis zu zwölf verschiedene Verlustverrechnungskategorien zu unterteilen.<sup>308</sup> Insbesondere für ausländische Fonds war diese Pflicht unverhältnismäßig aufwendig zu erfüllen, weil zum einen eine Berücksichtigung des deutschen Rechts notwendig und zum anderen oft nur wenige deutsche Anleger beteiligt waren. Eine teilweise

---

<sup>308</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 52.

Verletzung der Berichtspflichten führte zur Intransparenz bezogen auf ausländische Fondserträge und private Grundstücksveräußerungsgeschäfte. Eine vollständige Verletzung begründete die Voraussetzung für eine Pauschalbesteuerung die eine Mindestrendite von 6 % des letzten Rücknahmepreises unterstellte.

### III. Bewertung der rechtlichen und administrativen Vereinfachung durch das InvStG 2018

Erkenntnisse über die Vereinfachungswirkungen der Investmentsteuerreform durch das InvStG für die Bürger, die Wirtschaft und die Verwaltung ergeben sich zum einen aus einem Vergleich der Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten. Sie bilden auch die Grundlage für die Messung des Erfüllungsaufwands für Bürgerinnen und Bürger, für die Wirtschaft und für die Verwaltung im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung und sind für die Zwecke dieser Messung durch das Statistische Bundesamt tabellarisch aufbereitet worden. Auf diese tabellarische Auswertung kann hier verwiesen werden.

Ausgewertete Erkenntnisse, auf die das Gutachten weiter Bezug nehmen kann, ergeben sich zum anderen aus den Rückmeldungen auf eine Umfrage, die das BMF im Kreis der Betroffenen durchgeführt hat und schließlich aus dem Gesetz selbst. Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf eine qualitative Bewertung. Die quantitative Bewertung des Erfüllungsaufwands erfolgte durch das Statistische Bundesamt.

#### 1. Bewertungsmaßstab

Die Einfachheit von Steuerrechtsnormen lässt sich aus der Perspektive der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörden in drei Dimensionen beschreiben. Die erste Dimension betrifft den unmittelbaren Befolgungsaufwand, der mit Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten verbunden ist. Dabei ergibt sich der Aufwand der Erklärungs- und Bescheinigungspflichten für den Steuerpflichtigen aus der Sachverhaltsermittlung, bei der auch die Erhebung von sachverhaltsrelevanten Informationen bei Dritten zu berücksichtigen ist, aus der rechtlichen Würdigung, in der Rechtsunsicherheiten auf den Erklärungsaufwand ausstrahlen, aus dem Übermittlungsformat und dem Übermittlungsweg und aus den Anforderungen der Verifizierbarkeit der Erklärung durch die Finanzbehörden. Bescheinigungspflichten gegenüber Dritten erfordern ebenfalls Sachverhaltsermittlung, rechtliche Würdigung und Übermittlung und können darüber hinaus mit dem Aufwand einer Haftungsanspruchnahme des Bescheinigungspflichtigen verbunden sein. Im Aufwand von Nachweispflichten sind die Mitwirkungserfordernisse Dritter und daneben nicht nur die Kosten der Nachweiserbringung, sondern auch die Kosten eines möglicherweise günstigeren Nachweisverzichts zu berücksichtigen.

Die zweite Dimension, in der Vereinfachung zu messen ist, bezieht sich auf Rechtssicherheit und Komplexität. Auf die Rechtssicherheit wirken sich bei neuen Gesetzen, für die sich noch keine Rechtsprechung und kein gefestigtes Meinungsbild im Schrifttum entwickeln konnte, drei Faktoren besonders aus: Erstens, der Konkretisierungsgrad, also die Sachverhaltsnähe von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen. Sie lässt sich gefühlt für die Rechtsanwendungspraxis durch Konkretisierungen in BMF-Schreiben erhöhen, solange keine Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Gesetz aufkommen. Konkretisierungen in BMF-Schreiben können daher den Erfüllungsaufwand verringern, wirken streitvermeidend und erhöhen die Akzeptanz gesetzlicher Regelungen. Zweitens wirkt sich die Verwendung von Differenzierungen und Qualifikationsanforderungen sowie unbestimmter Tatbestandsmerkmale und Billigkeitsregelungen aus. Deren Vermeidung kann die Rechtssicherheit aber auch die Komplexität erhöhen, wenn an ihre Stelle detailreiche Einzelregelungen treten, die die Gefahr

von Inkonsistenzen mit sich bringen können. Drittens sind schließlich die Folgerichtigkeit und die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht wesentliche Faktoren für Rechtssicherheit. Einflussfaktoren der Komplexität sind Verflechtungen mit gegenseitigen Interdependenzen von Normen sowie die Länge von Entscheidungsbäumen. Komplexitätserhöhend wirken Wahlrechte, Verrechnungsschranken und Rückausnahmen, demgegenüber komplexitätsreduzierend Typisierungen und Pauschalierungen.

Die dritte Dimension, in der sich die Einfachheit von Regeln bewerten lässt, betrifft schließlich ihre Elastizität, also die Aufnahmefähigkeit für neue Entwicklungen der Lebenswirklichkeit, ihre Beständigkeit oder Dynamik, also die Stetigkeit und die Frequenz der Anpassung der gesetzlichen Grundlagen und die Qualität von Übergangsregeln. Ein höherer Abstraktionsgrad, unbestimmte Rechtsbegriffe und dynamische Verweisungen erfordern seltener eine Anpassung des Gesetzes und vermeiden damit die Komplexität von Übergangsregeln und den Anpassungsaufwand an veränderte Rechtsregeln, können aber ihrerseits die Rechtssicherheit verringern. Die Konstruktion einfacher Gesetze ist eine Optimierungsaufgabe zwischen den verschiedenen Dimensionen der Einfachheit.

## 2. Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten im InvStG 2018

Der Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts und damit die Reichweite der aus ihm folgenden Pflichten ist durch die Reform des InvStG 2018 im Wesentlichen unverändert geblieben. Deshalb sind u.E. potentiell weder mehr noch weniger Unternehmen verpflichtet, Steuerinformationen zu ermitteln und weiterzugeben. Wo Investmentvermögen erstmals eine Körperschaftsteuererklärung nach § 6 InvStG abzugeben haben, ist dies per Saldo keine neue zusätzliche Belastung. Sie tritt dann nur an die Stelle der früheren Bekanntmachungspflicht nach § 5 InvStG 2004.

Durch den Wegfall der komplexen Berichtspflichten nach § 5 InvStG 2004 ist es für Investmentfonds zu einer starken Reduktion der Steuerinformationspflichten gekommen, die die Komplexität der Investmentbesteuerung in diesem Bereich reduziert und die Rechtssicherheit erhöht und für die Anleger, die diese Informationen in ihren Erklärungen weiterverarbeiten mussten, ebenfalls eine erhebliche Vereinfachung bedeuten konnte. Bei den Kapitalverwaltungsgesellschaften wird sowohl für inländische wie für ausländische Investmentfonds wahrgenommen, dass sich der Aufwand für die Ermittlung der relevanten Steuerinformationen deutlich reduziert hat. Für die Finanzbehörden verringert die Reduktion der verifikationspflichtigen Steuerinformationen den administrativen Aufwand sowohl bei der Prüfung der Erklärungen der Kapitalverwaltungsgesellschaften (KVG) und in noch größerem Maß bei den steuerpflichtigen Anlegern.

Für Investmentfonds führt die Reform bei den KVG gegenläufig an vier Stellen zu einer gegenzurechnenden Erweiterung des administrativen Aufwands. Erstens tritt an die Stelle der Berichtspflichten nach § 5 InvStG 2004 die Notwendigkeit, für jedes Investmentvermögen die Voraussetzungen der unterschiedlichen Teilfreistellungssätze zu prüfen und dem Anleger einen Nachweis darüber zu vermitteln, den dieser zur Geltendmachung der Teilfreistellung nach § 20 Abs. 4 InvStG verwenden kann. Das wird in der Wirtschaft als Mehraufwand angesehen, der mit einem korrespondierenden Mehraufwand in der Verifikation durch die Finanzbehörden verbunden sein wird. Ein den Erleichterungen aus dem Wegfall der ausschüttungsgleichen Erträge gegenzurechnender Mehraufwand gegenüber dem alten Recht ergibt sich zweitens aus der Ermittlung und aus dem Vollzug der Vorabpauschale. In der Niedrigzinsphase ist dieser Aufwand in vielen Fällen bislang noch nicht richtig zum Tragen gekommen, weil die Vorabpauschale wegen eines niedrigen oder sogar negativen Basiszins

ausgesetzt war. Eine potentiell aufwandserhöhende Änderung stellt drittens der Wegfall der Kapitalertragsteuerfreistellung für Investmentfonds auf der Fondseingangsseite dar. Für ausländische Fonds, die inländische Einkünfte erzielen, die dem Steuerabzug unterliegen ist damit einerseits eine erhebliche Vereinfachung verbunden.<sup>309</sup> Um die Quellensteuerreduktion nach § 7 Abs. 1 InvStG auf der Fondseingangsseite in Anspruch nehmen zu können, muss für das Investmentvermögen nach § 7 Abs. 3 InvStG aber andererseits eine Statusbescheinigung vorgelegt werden, die von der abzugsverpflichteten Stelle geprüft und verarbeitet werden muss. Diese Statusbescheinigung muss für das Investmentvermögen spätestens alle drei Jahre beantragt und ausgestellt werden (§ 7 Abs. 4 Satz 3 InvStG). Diese Pflichten sind aber ebenfalls nicht neu und dürften damit per Saldo im Vergleich zur alten Rechtslage keinen Mehraufwand darstellen, weil die Statusbescheinigung im alten Recht ihre Entsprechung in der NV-Bescheinigung hatte. Tatsächlichen Mehraufwand bringt aber viertens die Ausgestaltung der Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger nach §§ 8, 10 InvStG mit sich, die mit entsprechenden Nachweiserfordernissen in § 9 InvStG und den Antrags- und Erstattungspflichten in den §§ 11 und 12 InvStG verbunden ist und im alten Recht keine Entsprechung hatte.

Für Spezial-Investmentfonds haben sich durch die Reform kleinere, aber keine wesentlichen Änderungen in den Erklärungs-, Bescheinigungs- und Nachweispflichten ergeben. Bei diesen ist die Zahl der betroffenen Anleger auch erheblich geringer.

Die unabhängig von der Investmentsteuerreform anzusedelnde, aber in demselben Gesetzgebungsvorhaben verbundene Einführung zusätzlicher Kapitalertragsteueranrechnungsvoraussetzungen in § 36a EStG und in § 31 Abs. 3 InvStG ist mit Steuerinformationsermittlungspflichten verbunden, die ebenfalls aufwandserhöhend wirken.

### 3. Rechtssicherheit und Komplexität

Betrachtet man isoliert das neugestaltete System der Besteuerung der Investmentfonds, hat sich die Komplexität des Investmentsteuerrechts mit der Reform reduziert, weil das Trennungsprinzip zu einer stärkeren Entkopplung von Fondseingangs- und Fondsausgangsseite führt. Die starke Verzahnung der Fondsebene und der Anlegerebene, die sich aus der Semi-Transparenz ergab, war ganz wesentlich für die Komplexität des alten Rechts verantwortlich.<sup>310</sup> Vollständig weggefallen ist diese Verschränkung mit dem System der Teilfreistellungssätze aber nicht. Der Anleger muss weiter über Informationen über die Zusammensetzung der Fondserträge verfügen. Nur der Umfang dieser Informationen und deren Auswirkungen haben sich deutlich verringert. Komplexitätserhöhend ist auch die Implementierung der Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger. Sie bewirkt eine Verschränkung von Fonds- und Anlegerebene in die entgegengesetzte Richtung. Weniger komplex als das durch sie abgelöste System der ausschüttungsgleichen Erträge ist hingegen die Vorabpauerschale ausgestaltet.

Bezogen auf das neue Investmentsteuerrecht insgesamt komplexitätserhöhend ist das neu geschaffene Nebeneinander der intransparenten Besteuerung von Investmentfonds in Kapitel 2 auf der einen Seite und den weiter, wie im bisherigen System nach Ausübung der Transparenzoption, semitransparent zu steuernden Spezial-Investmentfonds in Kapitel 3 auf der anderen Seite. Die Komplexität der semi-transparenten Besteuerung hat durch die noch stärkere Verschränkung von Fondseingangs- und Fondsausgangsseite sowie die

---

<sup>309</sup> *Watzlaw*, in *Moritz/Jesch/Mann* (Hrsg.) *Frankfurter Kommentar*, Bd. 2, 2020, § 7 InvStG Rn. 6.

<sup>310</sup> *Anzinger*, FR 2016, 101, 106.

Kombinationsmöglichkeiten für Transparenz-, Immobilien-Transparenz- und Erhebungsoption sogar noch zugenommen. Dies lässt sich insofern aber eher in Kauf nehmen, als mit diesem Besteuerungsmodell bereits die größeren Erfahrungen und Anwendungsmuster bestehen, die Komplexität in der Rechtsanwendungspraxis wieder verringern können.

Auf die Rechtssicherheit wirkt sich jeder Systemwechsel grundsätzlich belastend aus, weil sich viele Rechtsfragen erst in der praktischen Anwendung stellen und neue Rechtsfragen ein größeres Risiko der Rechtsunsicherheit mit sich bringen. In der Wahrnehmung, durch die in einer Umfrage angehörten Verbände der betroffenen Unternehmen und nach den allerjüngsten Stellungnahmen im Schrifttum konnte die mittlerweile vollständig veröffentlichte Verwaltungspraxis diesem negativen Effekt jeder Reform aber offenbar wirksam begegnen. Die Reform wird knapp vier Jahre nach ihrem Inkrafttreten nicht mehr mit einer breiten Rechtsunsicherheit verbunden.

#### 4. Elastizität, Dynamik und Beständigkeit

Das neue Besteuerungsregime für Investmentfonds zeichnet sich, soweit es an das Aufsichtsrecht anknüpft, durch eine hohe Elastizität aus. Die Schwellenwerte für die Teilfreistellungsätze sind neutral gegenüber Marktentwicklungen. Die Vorabpauschale ist dynamisiert an die Entwicklung des Basiszinses gekoppelt. Statisch ist demgegenüber bei Spezial-Investmentfonds der Katalog des § 26 InvStG, der laufende Anpassungen durch den Gesetzgeber an Veränderungen in den Anlageklassen erfordert.

Seit Verkündung des InvStRefG v. 19.7.2016 sind bis Ende 2021 acht Änderungsgesetze ergangen, die aber mit keinen wesentlichen Anpassungen verbunden waren.<sup>311</sup> Die sich herausbildende Verwaltungspraxis hat in der Wirtschaft und bei den Bürgern Vertrauen in eine Beständigkeit der Reform begründet.

#### 5. Übergangsregeln

Um den höheren Aufwand eines nebeneinander des semi-transparenten Systems für Altanteile und der Anwendung der Teilfreistellungsätze allein für Neuanteile zu vermeiden, regelt die Vorschrift des § 56 InvStG für Investmentfonds einen stichtagsbezogenen Übergang in das neue System. Die Vorschrift fingiert dazu in Abs. 2 beim Anleger mit Ablauf des 31.12.2017 die Veräußerung seiner Anteile, regelt aber zugleich in Abs. 3 einen Besteuerungsaufschub. Der Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung ist nach Abs. 3 Satz 1 erst zu berücksichtigen, wenn die Anteile tatsächlich verkauft werden. Die Kombination einer Veräußerungsfiktion mit einem Besteuerungsaufschub führt in der Übergangsphase zu einem hohen administrativen Aufwand, weil die dazu notwendigen Informationen festgestellt und fortgeführt werden müssen. Die Vorschriften sind durch die Fiktion, den Aufschub und Rückausnahmen komplex und wegen ihrer Neuheit mit Rechtsunsicherheiten verbunden. Diese Komplexität ist aber dem Umstand geschuldet, die Steuerbelastungswirkungen des Übergangs abzumildern und zugleich eine gleichmäßige Belastung im alten und im neuen Recht auch im Übergang herzustellen. Einfachere Lösungen, etwa eine pauschalisierende Wertfeststellung oder ein kurzfristigeres Abschmelzmodell wären entweder mit Steuerausfällen für den Fiskus oder mit Steuermehrbelastungen für die Anleger verbunden

---

<sup>311</sup> KöMoG v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2050; ATADUmsG v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2035; FoStoG v. 3.6.2021, BGBl. I 2021, 1498; AbzStEntlModG v. 2.6.2021, BGBl. I 2021, 1259; JStG 2020 v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3096; WElektroMobFördG ("JStG 2019") v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2541; JStG 2018 v. 11.12.2018, BGBl. I 2018, 2338; StUmsBG v. 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1682.

gewesen. Den Bedürfnissen der Praxis nach höherer Rechtsunsicherheit könnte durch Konkretisierung der Verwaltungspraxis in weiteren Fallbeispielen Rechnung getragen werden.

#### IV. Überlegungen zur weiteren Vereinfachung der Investmentbesteuerung

In einer Analyse des inneren und äußeren Systems des InvStG 2018, einer Auswertung des Schrifttums, einer Umfrage des BMF bei beteiligten Gruppen und einem Workshop beim BMF sind Vereinfachungsaspekte hervorgetreten, unter denen die folgenden näher betrachtet werden sollen.

##### 1. Grundentscheidungen

Erste Überlegungen zur weiteren Vereinfachung des Investmentsteuerrechts lassen sich auf die Grundfragen des Anwendungsbereichs der Investmentbesteuerung und das neu entstandene Nebeneinander parallel bestehender Besteuerungsregime für Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds beziehen.

##### a) Qualifikation von Investmentfonds und Statusbescheinigung

Die Vorschrift des § 1 InvStG regelt den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes durch eine dreistufige Definition des Investmentfonds. Deren Ausgangspunkt bildet die Anknüpfung an die aufsichtsrechtliche Definition des Investmentvermögens in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB. Diese Definition erfährt sodann Erweiterungen in § 1 Abs. 2 Satz 3 InvStG, etwa für Ein-Anleger-Fonds, die vom aufsichtsrechtlichen Investmentvermögensbegriff nicht umfasst sind, und schließt in § 1 Abs. 3 InvStG in einem Katalog eine Teilmenge der Investmentvermögen vom Anwendungsbereich des Investmentsteuerrecht aus.

Wegen der notwendigen zweifachen Statusprüfung und der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten in wenigen Einzelfällen aufwands- und komplexitätserhöhend kann dabei die durch den, mit dem JStG 2020 v. 21.12.2020<sup>312</sup> eingefügten, Abs. 2 Satz 2 nochmals unterstrichene bloß materielle Maßgeblichkeit des Investmentrechts wirken. Nach der Regelung des Abs. 2 Satz 2 soll die aufsichtsrechtliche Entscheidung über die Qualifikation als Investmentvermögen keine Bindungswirkung für die investmentsteuerrechtliche Entscheidung entfalten, obwohl das Steuerrecht materiell an die aufsichtsrechtlichen Vorschriften und damit auch an die aufsichtsrechtlichen Wertungen anknüpft und damit keinen Raum für eine Berücksichtigung unterschiedlicher Ziele des Aufsichts- und des Steuerrechts lässt. Damit ist im Statusfeststellungsverfahren eine eigenständige Entscheidung der Finanzbehörde zu treffen, die bei gleicher materieller Rechtsgrundlage auch anders als die aufsichtsrechtliche Entscheidung ausfallen kann. Für jedes potentielle Investmentvermögen muss ein Statusfeststellungsverfahren damit zwei Mal durchlaufen werden. Diese zweifache Prüfung kann dort rechtfertigungsfähig sein, wo die steuerrechtliche Attraktivität der Investmentbesteuerung die aufsichtsrechtlichen Pflichten erheblich überwiegt und die aufsichtsrechtliche Statusprüfung mit Blick auf die weniger gravierenden Rechtsfolgen von der Aufsichtsbehörde dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur bezogen hierauf Rechnung tragend vorgenommen wird. Das kann etwa bei Spezial-AIF der Fall sein, die die Größenkriterien des § 2 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KAGB nicht überschreiten und deshalb nach § 2 Abs. 4 Satz 1 KAGB im Wesentlichen nur einer Registrierungspflicht unterliegen. Der Gesetzgeber könnte gleichwohl noch einmal prüfen, ob Voraussetzungen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht geschaffen werden können, die eine einheitliche aufsichts- und steuerrechtliche Qualifikation von Investmentvermögen ermöglichen oder unterschiedliche Ziele des Aufsichts- und des

---

<sup>312</sup> BGBl. I 2020, 3096.

Steuerrechts deutlicher machen. Dabei könnte auch erwogen werden, das Statusfeststellungsverfahren zu digitalisieren und die Statusfeststellung zu entfristen.

Zur Komplexitätsreduktion könnte der Gesetzgeber weiter erwägen, ob eine Unterscheidung zwischen dem Merkmal der „nicht in wesentlichem Umfang aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“ in § 15 Abs. 2 Nr. 2 InvStG einerseits und den Voraussetzungen der „nicht operativen Tätigkeit“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 1 InvStG andererseits geboten ist oder ein einheitliches Verständnis die Streichung des gesamten zweiten Halbsatzes mit den Nr. 1 und Nr. 2 sowie Satz 2 des § 15 Abs. 2 InvStG ermöglichen würde.

#### **b) Parallelität Investmentfonds- / Spezial-Investmentfonds-Besteuerung**

Das Nebeneinander von zwei Systemen mit den damit verbundenen Gestaltungs- und Wahlrechten ist im geltenden Investmentsteuerrecht deutlich aufwands- und komplexitäts-erhöhend. Die Frage drängt sich auf, ob nach einer Bewährung des neuen intransparenten Besteuerungsmodells für Investmentfonds das System der transparenten Besteuerung für Spezial-Investmentfonds aufgegeben werden könnte.

In der Praxis besteht indessen weiter eine große Attraktivität des gegenüber Investmentfonds wesentlich aufwendigeren und komplexeren Systems der Spezial-Investmentfondsbesteuerung. Damit verbunden ist die Erwartung einer Beibehaltung dieses Systems. Umgekehrt werden Investmentfonds nicht nur als Publikumsfonds genutzt. Vielmehr zeigt sich in einer 2021 erhobenen Statistik des BVI, dass die Mehrheit der (aufsichtsrechtlichen) Spezial-Fonds (Spezial-AIF), die investmentsteuerrechtlich als Investmentfonds nach Kapitel 2 des InvStG 2018 qualifizieren, nur einen Anleger hat. Gründe, die weiter für die Strukturierung eines Investmentvermögens im Besteuerungssystem des Spezial-Investmentfonds sprechen, sind die unterschiedlichen Thesaurierungsbegünstigungen, die unterschiedlichen Transparenzoptionen, der erschwerte spätere Wechsel in dieses System und auch der Aufwand und die Komplexität der Steuerbefreiung bei steuerbegünstigten Anlegern.

Der Gesetzgeber könnte die Attraktivität des Dualismus der Investmentbesteuerung in zwei Dimensionen zurückbauen. Zum einen könnten Anreize für eine Entscheidung zugunsten des Spezial-Investmentfonds abgebaut werden. Dazu könnte der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Wechsels vom Investmentfonds in einen Spezial-Investmentfonds vorsehen und damit den Anreiz verringern, häufiger initial das vermeintlich flexiblere Spezial-Investmentfondsmodell zu wählen, um sich nichts zu „verbauen“. Damit würde er aber zugleich in ihren Steuerwirkungen schwer abzuschätzende Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Nicht zu unterschätzen wäre zudem die Komplexität der notwendigen Überleitungsregelungen und der Administration der Überleitung sowohl auf Seiten der Wirtschaft wie auf Seiten der Verwaltung.

Mit demselben Ziel einer Erhöhung der Attraktivität der Investmentfonds gegenüber Spezial-Investmentfonds könnte er die Komplexität und die Nachweisanforderung für eine Steuerbefreiung des Investmentfonds aufgrund steuerbegünstigter Anleger reduzieren. Erwogen werden könnte weiter eine Reduktion der Optionen im Regulationssystem der Spezial-Investmentfonds und der Abbau von Thesaurierungsvergünstigungen.

Umgekehrt könnte der Gesetzgeber auch eine Beibehaltung des Dualismus und eine klarere Fokussierung von Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds anstreben und dazu etwa eine Mindestanlegerzahl für Investmentfonds vorschreiben. Vor dem Hintergrund der einfacheren Administrierbarkeit von Investmentfonds wäre dies aber kein Schritt zur Vereinfachung des Investmentsteuerrechts.

## 2. Investmentfonds

Im neuen System der Besteuerung von Investmentfonds stechen vier Themenkreise hervor, die Überlegungen zur weiteren Vereinfachung der Investmentbesteuerung besonders rechtfertigen können: die Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger, die Abzugsbeschränkungen des § 21 InvStG, die Vorabpauschale und das Teilfreistellungsverfahren.

### a) Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger

Die Berücksichtigung steuerbegünstigter Anleger bei der Besteuerung des Investmentfonds ist in zweifacher Hinsicht aufwendig und komplex. Zum einen verbinden sich damit auf Anlegerseite Nachweiserfordernisse und Mitteilungspflichten. Der Anleger benötigt eine Befreiungsbescheinigung durch die zuständige Finanzbehörde und einen Investmentanteil-Bestandsnachweis der depotführenden Stelle. Zum anderen muss der Investmentfonds nicht nur die Nachweise prüfen und verarbeiten, sondern als nicht vollständig steuerbefreiter Fonds zusätzlich die Anrechnungsvoraussetzungen des § 8 Abs. 4 InvStG prüfen und aufwendig die Anträge auf Erstattung einbehaltener Kapitalertragsteuer nach § 11 InvStG stellen und die erstattete Kapitalertragsteuer an die steuerbegünstigten Anleger nach § 12 InvStG weiterleiten. Fraglich ist zunächst, ob sämtliche Investmentfonds für steuerbegünstigte Anleger auch steuerbegünstigt eröffnet bleiben müssen oder ob es nach einer Übergangszeit zumutbar sein könnte, steuerbegünstigte Anleger entweder auf solche Investmentfonds zu konzentrieren, die, wie § 10 Abs. 1 InvStG vorsieht, nach den Anlagebedingungen nur steuerbegünstigten Anlegern offenstehen, oder auf Spezial-Investmentfonds zu verweisen. Bezogen auf das aufwendige Kapitalertragsteuererstattungsverfahren nach den §§ 10 und 11 InvStG könnte erwogen werden, steuerbegünstigte Anleger allein auf das Veranlagungsverfahren zu verweisen. Zu prüfen wäre dabei aber zunächst, ob dieser Weg den administrativen Aufwand verringern würde.

### b) Abzugsbeschränkungen des § 21 InvStG

Nach § 21 Satz 1 InvStG dürfen Betriebsvermögensminderungen und Aufwendungen, die mit den Erträgen aus Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, bei der Ermittlung der Einkünfte in dem prozentualen Umfang nicht abgezogen werden, in dem auf die Erträge eine Teilfreistellung anzuwenden ist. Diese Regelung ist aufwendig zu administrieren, fehleranfällig und begründet bislang Rechtsunsicherheiten. Auf drei Wegen könnten der Gesetzgeber oder die Verwaltungspraxis die Regelung verbessern. Zum einen könnten, wie bei § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG, die nichtabziehbaren Betriebsausgaben typisierend festgelegt werden. Das setzt voraus, dass ein geeigneter Satz für jeden Teilfreistellungssatz quantifizierbar ist. Zum anderen könnte die Vorschrift des § 21 InvStG vollständig gestrichen werden und der Betriebsausgabenabzug in die Teilfreistellungssätze integriert werden. Schließlich könnte die Verwaltungspraxis bei unveränderter Gesetzeslage zumindest die gefühlte Rechtssicherheit durch Fallbeispiele im einschlägigen BMF-Schreiben erhöhen.

### c) Vorabpauschale

Die überzeugende Idee der Vorabpauschale besteht darin, eine Gleichbehandlung zur Direktanlage durch Vorabbesteuerung thesaurierter Erträge zu gewährleisten, ohne zum Modell der ausschüttungsgleichen Erträge des alten Investmentsteuerrechts zurückkehren zu müssen. Sie soll zudem Anreize nehmen, Investmentfonds als Steuerstundungsmodell zu etablieren.

Indessen ist die Vorabpauschale in den Jahren nach Inkrafttreten der Investmentsteuerreform wegen des anhaltend niedrigen Zinsniveaus mit einem zur Höhe unverhältnismäßigen administrativen Aufwand verbunden gewesen,<sup>313</sup> solange nicht auf ihre Erhebung, wie in den Jahren 2021 - 2022 ganz verzichtet werden konnte.<sup>314</sup>

Der einfachste und verschiedentlich vorgetragene Vereinfachungsvorschlag, die Vorabpauschale vollständig aufzugeben, verliert mit dem absehbar wieder steigenden Zinsniveau an Überzeugungskraft. Er könnte allerdings in einem veränderten Kapitalmarktumfeld unter Lenkungsgesichtspunkten zu rechtfertigen sein und Wettbewerbsneutralität gegenüber Anlagen in Kryptowerten herstellen, wenn sich der Gesetzgeber dort nach dem Vorbild Österreichs<sup>315</sup> entschließen sollte, Umschichtungen zwischen verschiedenen Kryptowerten ebenfalls nicht zu erfassen und damit Erträge aus „Kryptofonds“ erst bei Ausschüttung zu besteuern.

Die Vorabpauschale könnte aber auch verwaltungsärmer ausgestaltet werden und dazu zum einen mit einem Freibetrag verknüpft und zum anderen für die Einziehung und die Berücksichtigung außerhalb des Steuerabzugs mit einer De-Minimis-Regel verbunden werden.

Der Gesetzgeber könnte schließlich auch in Erwägung ziehen, die Bemessungsgrundlage marktnäher auszugestalten. Marktnäher und daher überzeugender wäre eine anlagenklassenbezogene Durchschnittsrendite. Bei Aktienfonds wäre ein Maßstab angemessen, der den Basiszins zzgl. einer typisierten oder dynamisierten Marktrisikoprämie abbildet. Alternativ wäre eine Anknüpfung an die tatsächliche Wertsteigerung des Fonds verbunden mit einem Volatilitätsabschlag von z.B. 30 % denkbar.

#### d) Teilfreistellungsverfahren

Das Verfahren der Teilfreistellung ist zwar verwaltungsärmer als die Verfahren zur Ermittlung der im vorangegangenen System erforderlichen Besteuerungsinformationen, die nach § 5 InvStG 2004 zu veröffentlichen waren. Es wird in der Praxis aber gleichwohl als sehr aufwendig wahrgenommen. Administrativer Aufwand entsteht im System der Teilfreistellung in vier Dimensionen: Die anteilsklassenabhängig unterschiedlichen Teilfreistellungssätze führen zu Aufwand in der Überwachung und der Verifikation der Einhaltung der Teilfreistellungsquoten auf Fondsebene, der sich insbesondere bei ausländischen Fonds und Dachfonds erhöht. Die Komplexität des Systems wird aufwandserhöhend durch die zusätzliche anlegerabhängige Modifikation der Teilfreistellungssätze gesteigert. Aufwand entsteht auch aus dem Nachweiserfordernis der Haltdauer in § 20 Abs. 4 InvStG und durch die nur hälftige Berücksichtigung im Rahmen der Gewerbesteuer nach § 20 Abs. 5 InvStG.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufgeworfen worden, ob sich die Teilfreistellungssätze durch weitergehende Typisierung noch weiter zusammenlegen lassen. Den äußeren Rahmen einer solchen Typisierung würde die aus dem Folgerichtigkeitsgebot abgeleitete verfassungsrechtliche Anforderung an gesetzliche Typisierungen bilden, die verlangt, dass der Durchschnittsfall noch folgerichtig belastet werden muss.<sup>316</sup> Hinzu tritt die Anforderung, dass die Ungleichbehandlung im Einzelfall verhältnismäßig zum Zweck der Vereinfachung ist.

---

<sup>313</sup> Für 2019 betrug der Basiszins 0,07 %, BMF v. 29.1.2020, BStBl. I 2020, 218 und für 2018 noch 0,87 %, BMF v. 4.1.2018, BStBl. I 2018, 249.

<sup>314</sup> BMF v. 7.1.2022, BStBl. I 2022, 122; BMF v. 6.1.2021, BStBl. I 2021, 56.

<sup>315</sup> Zum Modell der Besteuerung der Einkünfte aus Kryptowährungen nach der Ökosozialen Steuerreform in Österreich: *Mayr*, BB 2022, 727, 728.

<sup>316</sup> BVerfG v. 29.3.2017 - 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, 1082, 1096; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 21. Aufl. 2020, Kap 3.148.

Diese Anforderungen ließen sich einfacher erfüllen, wenn die Unterschiede in der Vorbelastung auf der Ebene des Investmentfonds angeglichen werden könnten. So könnte der Aktienteilfreistellungssatz nach § 20 Abs. 1 Satz 1 InvStG angehoben werden, wenn Veräußerungsgewinne aus Aktien auf Ebene des Fonds besteuert würden. Das kann vollständig aber nur bei inländischen Investmentfonds gelingen. Spätestens für Veräußerungsgewinne aus ausländischen Aktien bei ausländischen Investmentfonds könnte eine einheitliche Vorbelastung der Veräußerungsgewinne aus Aktien nicht mehr hergestellt werden. Das gilt auch für die weitere Überlegung, dass sich der Aktienteilfreistellungssatz nach § 20 Abs. 1 Satz 3 InvStG absenken ließe, wenn Veräußerungsgewinne aus Aktien wie Dividenden bei Streubesitzbeteiligungen körperschaftsteuerpflichtig gestellt würden. Ein gemeinsamer Teilfreistellungssatz könnte sich auf diesem Weg, ohne die verfassungsrechtlichen Grenzen des Typisierungsspielraums des Gesetzgebers zu tangieren,<sup>317</sup> für private und betriebliche Anleger über alle Anteilsklassen hinweg deshalb zwar finden lassen, allerdings aus den gezeigten Gründen nur für Beteiligungen an inländischen Fonds. Das führt zu der Frage einer möglichen Differenzierung der Teilfreistellungssätze für in- und ausländische Fonds, um eine Wettbewerbsverzerrung zu vermeiden. Möglich und mit den oben in Teil A VI 2 e) angestellten Überlegungen auch unionsrechtskonform wäre eine Differenzierung der Teilfreistellungssätze, die nicht an die Ansässigkeit, sondern an die Vorbelastung der Veräußerungsgewinne aus Aktien auf Ebene des Investmentfonds anknüpft. Wettbewerbsverzerrungen könnten so unionsrechtskonform vermieden werden. Ein wesentlicher Vereinfachungseffekt dürfte sich mit einer solchen Differenzierung aber nicht erreichen lassen.

Wollte man einen einheitlichen Teilfreistellungssatz nur für Privatanleger über alle Anlageklassen hinweg einführen und für betriebliche Anleger die bisherigen Teilfreistellungssätze beibehalten, müsste, verglichen zur geltenden Rechtslage, die größte Teilfreistellungssatzspreizung zwischen 30 % für Aktienfonds und 80 % für ausländische Immobilienfonds überwunden werden. Verfassungsrechtlich ist auch eine solche Typisierung der Vorbelastung nicht kategorisch ausgeschlossen. Zu deren Rechtfertigung wäre aber nicht nur eine empirische Begründung der gewichteten Durchschnittsvorbelastung notwendig, die eine Gewichtung der Anlageklassen bei den Investmentfonds und der Investmentfondsklassen bei den Anlegern berücksichtigt. Der Verlust an Einzelfallgerechtigkeit müsste sich bei einer Typisierung mit Vereinfachungszweck zusätzlich auch mit dem bewirkten Maß der Vereinfachung rechtfertigen lassen. Bei Investmentfonds, die sowohl privaten wie betrieblichen Anlegern offenstehen, müsste die Einhaltung der Teilfreistellungsquoten auch dann weiter deklariert und verifiziert werden, wenn für die eine Anlegergruppe ein einheitlicher Teilfreistellungssatz gelten würde, für die andere aber weiter anlageklassenabhängige Teilfreistellungssätze. Vereinfachungswirkungen würden sich dann nur bei der Einkünfteerklärung und -verifikation der Privatanleger ergeben. Eine weitergehende Vereinfachung würde voraussetzen, dass ein Investmentfonds entweder ausschließlich privaten oder ausschließlich betrieblichen Anlegern offensteht. Eine solche Anlegerklassenreinheit, die im System eines einheitlichen Teilfreistellungssatzes nur für Privatanleger eine Anlageklassenqualifikation bei reinen Privatanlegerfonds erübrigen würde, müssten dann sowohl die Kapitalverwaltungsgesellschaften als auch die Finanzbehörden

---

<sup>317</sup> BVerfG v. 29.3.2017 - 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, 1082, 1096; Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2020, Kap 3.148.

verifizieren können. Dadurch könnten aber die Vereinfachungswirkung einer Teilfreistellungssatzvereinheitlichung zumindest teilweise verloren gehen und in gleichem Maße auch Zweifel an der Rechtfertigung einer solchen gespaltenen Typisierung aufgeworfen werden.

Erwogen werden könnte zur Vereinfachung der Teilfreistellung unabhängig von jeder Form der Teilfreistellungssatzvereinheitlichung, das Nachweiserfordernis des § 20 Abs. 4 InvStG durch ein zentrales Register zu ersetzen, das eine Berücksichtigung der Teilfreistellung beim Anleger in dessen Veranlagung von Amts wegen ermöglichen könnte.<sup>318</sup>

Die nach § 20 Abs. 5 InvStG zumindest teilweise erhaltene Teilfreistellung bei der Bemessung der Gewerbesteuer lässt sich mit Blick auf die fehlende Vorbelastung hinterfragen. Der Investmentfonds ist unter den regelmäßig vorliegenden Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 InvStG grundsätzlich von der Gewerbesteuer befreit. Es fehlt daher an der Vorbelastung, die eine Teilfreistellung rechtfertigen könnte. Die Rechtfertigung einer hälftigen Freistellung für die Gewerbesteuer soll sich nach der Regierungsbegründung aus einem Vergleich mit der Direktanlage ergeben.<sup>319</sup> Dort seien Veräußerungsgewinne aus Aktien im Unterschied zu Streubesitzdividenden steuerfrei. Dies rechtfertige eine hälftige Belastung. Der Gesetzgeber unterstellt, dass die Hälfte der Erträge aus Veräußerungsgewinnen stammt. Die Gewerbesteuerliche Teilfreistellung könnte daher gänzlich entfallen, wenn entweder Investorerträge nicht in die Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer einbezogen würden oder bei der Direktanlage auch Veräußerungsgewinne aus Streubesitzbeteiligungen miterfasst würden.

### 3. Spezial-Investmentfonds

Im Besteuerungsregime der Spezial-Investmentfonds ermöglicht es das Gesetz, das frühere System der Semi-Transparenz fortzuleben. Dabei wird allerdings die Zahl der Anleger auf höchstens 100 begrenzt und, um unionsrechtlichen Unsicherheiten zu begegnen, mit der Ausübung insbesondere der Dividendentransparenzoption nach § 30 InvStG eine besonders enge Verbindung zwischen der Fondseingangs- und der Fondsausgangsebene hergestellt.

#### a) Anlagebestimmungen des § 26 InvStG

Eine in ihrer grundsätzlichen Bedeutung hinterfragte,<sup>320</sup> verwaltungsaufwendige und komplexe Eintrittshürde in das Besteuerungsregime der Spezial-Investmentfonds bildet der Katalog der Anlagebestimmungen in § 26 InvStG. Während die Anforderungen in § 26 Nr. 1 - 3 InvStG, Investmentaufsicht, Rückgaberecht und Risikomischung, dazu dienen den Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts vor der Reform zu perpetuieren,<sup>321</sup> lässt sich der fortgeschriebene Katalog der zulässigen Anlagegegenstände grundsätzlich ebenfalls mit dieser historischen Entwicklung erklären, aber mit jeder Anpassung des Katalogs immer weniger rechtfertigen. Die besonderen Qualifikationsanforderungen für Spezial-Investmentfonds gegenüber Investmentfonds führen zu aufwendigen Qualifikationsanforderungen, Rechtsunsicherheiten, Gestaltungsmöglichkeiten mit einem faktischen Wahlrecht und zu aufwendigen Nachweis- und Qualifikationsanforderungen.

Wenn die Vorschrift des § 26 InvStG sich nur historisch rechtfertigen lässt, würde deren vollständige Streichung keine Funktionsbeeinträchtigung des InvStG bedeuten und eine wesentliche Vereinfachung und Komplexitätsreduktion bedeuten. Deshalb ist zu prüfen, wie sich die

---

<sup>318</sup> Zu weiteren Möglichkeiten im Rahmen eines dezentralen Registers untern IV. 5. b).

<sup>319</sup> BT-Drucks. 18/8045, S. 92.

<sup>320</sup> Bendl/Schober, BB 2020, 599 f.

<sup>321</sup> Buge, in H/H/R, 305. Lfg. August 2021, Anhang zu § 20 EStG, § 26 InvStG Rn. 1.

besonderen Qualifikationsanforderungen des § 26 InvStG rechtfertigen lassen. Einleuchtend erscheint dabei zunächst die 100-Anleger-Grenze des § 26 Nr. 8 InvStG und die Folgevorschrift des § 26 Nr. 9 InvStG. Mit größeren Anlegerzahlen wäre die Semi-Transparenz schwer zu verwalten. Stärker rechtfertigungsbedürftig sind aber bereits die Anforderungen der Aufsicht, der Risikomischung und des Rückgaberechts in § 26 Nr. 1 - 3 InvStG, weil sie nicht zugleich ein Wesenserfordernis für das System der Investmentfondsbesteuerung nach Kapitel 2 sind. Der Anwendungsbereich des § 1 InvStG setzt diese Eigenschaften nicht voraus. Allerdings kann es die höhere Attraktivität der semitransparenten Besteuerung rechtfertigen, nur typischen Investmentfonds den Zugang zu ermöglichen. Vollends entbehrlich, weil rechtfertigungslos sind hingegen die Anlageanforderungen in § 26 InvStG. Die Vorschrift könnte deshalb formell und materiell mit positiver Wirkung für den Erfüllungsaufwand erheblich vereinfacht werden, wenn man die Vorschriften des § 26 Nr. 4 Buchst. a) - n) und Nr. 5 - 7 InvStG durch einen Verweis auf die für Spezial-AIF geltenden aufsichtsrechtlichen Anlagebestimmungen und den Katalog des § 284 KAGB ersetzen würde. Für die KVG von Spezial-AIF wäre damit eine deutliche Vereinfachung verbunden. Um der Sorge vor einer übermäßigen Attraktivität dieses Besteuerungssystems entgegenzuwirken, könnte im Gegenzug die Kategorie der steuerfrei thesaurierten Erträge in § 36 Abs. 2 und 5 InvStG gestrichen werden.

#### **b) Besitzanteilige Zurechnung (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 und § 35 Abs. 7 InvStG)**

In den Stellungnahmen zur Komplexität der Investmentsteuerreform fand sich häufiger der Hinweis auf die Komplexität des neuen Verfahrens der besitzanteiligen Zurechnung, das in den §§ 36 Abs. 4 Satz 1 und 35 Abs. 7 InvStG an die Stelle des früheren Ertragsausgleichsverfahrens getreten ist. Kritisch hervorgehoben wurde der Umstellungsaufwand vom Ertragsausgleich auf die besitzanteilige Zurechnung und das Auseinanderfallen von investmentrechtlichem und steuerrechtlichem Ergebnis. Der Gesetzgeber könnte eine Rückkehr zum Ertragsausgleichsverfahren in Erwägung ziehen. Dafür würde im Wesentlichen aber nur die Wiederherstellung der Einheitlichkeit der investmentrechtlichen und der steuerrechtlichen Erfolgsermittlung sprechen. Gegen eine solche erneute Umstellung sprechen aber drei andere administrative Gründe. Zum einen sollte ein übermäßiges Hin und Her im Interesse der Stetigkeit des Investmentsteuerrechts vermieden werden. Die Fondspraxis hat sich auf die Umstellung eingestellt und kommt im Großen und Ganzen damit zurecht. Das Prinzip der besitzanteiligen Zurechnung ist in sich widerspruchsfrei und im Transparenzmodell auch folgerichtig. Schließlich erscheint der Aufwand des Verfahrens und auch ein Abweichen von der investmentrechtlichen Erfolgsermittlung beherrschbar.

#### **c) Kapitalertragsteuer bei Dividendentransparenzoption**

Nicht überraschend führte die Verstärkung der Transparenz in der Dividendentransparenzoption, mit der unionsrechtliche Unsicherheiten ausgeräumt werden, über die Komplexität der früheren Investmentbesteuerung hinaus zu anderen aufwandserhöhenden Rechtsunsicherheiten insbesondere im Rahmen des Kapitalertragsteuervollzugs. Aus der Praxis der Kapitalverwaltungsgesellschaften sind Rechtsunsicherheiten bezogen auf die Bemessungsgrundlage der Kapitalertragsteuer vorgetragen worden, die sich auf ein Auseinanderfallen ausschüttungsgleicher und ausgeschütteter Erträge einerseits und ausgezahlter Erträge andererseits bezog. Als belastend sind jenseits des eigentlichen Systems der Investmentbesteuerung auch die Prüfpflichten bezogen auf § 31 Abs. 3 InvStG empfunden worden. Kritisch hervorgehoben worden ist auch der Aufwand und die Fehleranfälligkeit der Informationsverteilung im Dreieck Spezial-Investmentfonds, Anleger und Entrichtungspflichtiger.

Zur Vereinfachung und Komplexitätsreduktion sind am weitreichendsten ein gänzlicher Verzicht auf die Kapitalertragsteuererhebung und eine reine Veranlagungslösung vorgeschlagen worden, dies mit dem Argument, die Anleger von Spezial-Investmentfonds seien regelmäßig im Inland ansässig. Im System der Besteuerung von Spezial-Investmentfonds ist dieser reine Inlandsbezug nicht angelegt und eine Befreiung nur der inländischen Anleger wäre unionsrechtlich problematisch. Dieser Weg erscheint daher nicht zweckmäßig. Stattdessen sollten andere Möglichkeiten zur Erhöhung der Rechtssicherheit aktiviert werden, etwa durch Konkretisierungen und Fallbeispiele in BMF-Schreiben. Stärker in den Blick genommen werden sollten auch die Möglichkeiten, die der digitale Fortschritt für den Austausch von Informationen in zentralen und dezentralen Registern bietet.

#### d) Spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften

Naturgemäß komplexitätserhöhend und oft auch mit einem administrativen Mehraufwand verbunden sind spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften. Dazu zählt etwa bei den steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen die Rückausnahme des § 36 Abs. 2 Nr. 2 InvStG für Erträge aus Swap-Verträgen, weil hier die Sachverhaltsermittlung bei bestimmten Swapgeschäften aufwendig ist. Dazu zählt auch die Berücksichtigung von Verlusten aus Finanzderivaten als Direktkosten nach § 39 Abs. InvStG, weil hier zum Aufwand der Sachverhaltsermittlung noch Rechtsunsicherheiten hinzutreten.

Eine stark vereinfachende Lösung würde darin bestehen, die Vorschrift des § 36 Abs 2 InvStG vollständig zu streichen und damit die traditionellen Fondsprivilegien aufzugeben. Wenn das Thesaurierungsprivileg erhalten bleiben soll sind erhöhte Transaktionskosten für Swap-Geschäfte mit seltener gehandelten Underlyings in Kauf zu nehmen. Doch zumindest die Rechtsunsicherheiten bei § 39 Abs. 3 InvStG könnten durch Konkretisierungen und Fallbeispiele im BMF-Schreiben zur Anwendung des InvStG abgemildert werden.

#### e) Ein-Anleger-Fonds

Wenn, wie sich aus der Statistik des BVI für 2021 ergibt, knapp 70 % aller Spezial-Investmentfonds nur einen Anleger haben, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber für diese Ein-Anleger-Fonds ein besonderes Besteuerungsregime zur Verfügung stellen sollte. Einzelne Vorschriften enthalten Einkünfteermittlungs- und Zurechnungsregeln, die auf Fonds mit mehreren Anlegern zugeschnitten sind und für Ein-Anleger-Fonds unverhältnismäßige Berichtspflichten auslösen. U.E. spricht nichts dagegen, für Ein-Anleger-Fonds Erleichterungen bei solchen Berichtspflichten und Nachweiserfordernissen vorzusehen, die ihre Bedeutung bisher erst aus einem größeren Anlegerkreis erlangen.

#### f) Ermittlung Besteuerungsgrundlagen und Feststellungserklärung nach § 51 InvStG

Wenig überraschend bleibt, wie im früheren Recht, die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen und die Feststellungserklärung nach § 51 InvStG aufwendig und komplex. Besonders die Sachverhaltsermittlung in mehrstufigen Strukturen hat sich als zweitaufwendig und fehleranfällig erwiesen. Das gleiche gilt für die Korrekturprozesse. Nicht mehr zeitgemäß war die Form der Feststellungserklärung. Sie musste trotz ihres erheblichen Umfangs bis vor kurzem papiergebunden und bei Korrekturen häufig vollständig neu eingereicht werden.

Eine wesentliche Komplexitätsreduktion an der Wurzel der Erklärungspflichten könnte durch eine vorherige Reduktion von erklärungsrelevanten materiellen Ausnahmen und Rückausnahmen erreicht werden, die, wie die Thesaurierungsprivilegien, aber häufig zugunsten des Anlegers wirken. Naheliegend und mit Nachdruck sollte sich der Gesetzgeber dagegen um die Digitalisierung des Verfahrens bemühen. Ein wesentlicher Schritt ist die freiwillig bereits für

nach dem 31.12.2021 endende Geschäftsjahre in allen fondsrelevanten Bundesländern ab dem 1.1.2023 mögliche elektronische Abgabe der Feststellungserklärung.<sup>322</sup> Gemeinsam mit den Kapitalverwaltungsgesellschaften, Depotbanken und institutionellen Anlegern könnte über den weiteren Schritt der Einrichtung von zentralen Registern oder dezentralen Datenbankstrukturen nachgedacht werden, in denen etwa zu erteilende Steuerbescheinigungen und Statusnachweise zur Abstimmung in den dem Investmentsteuerrecht immanenten mehrstufigen Strukturen hinterlegt und die häufig mehrfach notwendigen Korrekturen erleichtert würden (dazu unten IV. 5.).

#### 4. Übergangsregelungen

Wenig überraschend werden in der Praxis insbesondere von den Kapitalverwaltungsgesellschaften die Vorschriften für den Übergang von dem alten in das neue Besteuerungssystem für Investmentfonds als besonders verwaltungsaufwendig und komplex wahrgenommen. Eine Herausforderung bildeten dabei insbesondere Substanzausschüttungen und die Berücksichtigung von vor dem 1.1.2018 auch in weit zurückliegenden Zeiträumen versteuerter ausschüttungsgleichen Erträge. Die Übergangsvorschrift des § 56 InvStG sah in ihrer Ausgangsfassung nach dem InvStRefG v. 19.7.2016 nur eine Veräußerungsfiktion und einen Besteuerungsaufschub vor. Sie ist durch das StUmgBG v. 23.6.2017 noch vor ihrem Inkrafttreten um eine Ausschüttungsfiktion des § 56 Abs. 7 Satz 1 InvStG für thesaurierte Erträge ergänzt worden. Diese Ausschüttungsfiktion führt bei den Anlegern ausländischer Fonds im geltenden Recht zu schwer zu erfüllenden Erklärungspflichten.<sup>323</sup>

Da die Übergangsphase wegen der langen Lebensdauer von Publikumsfonds über einen unabsehbaren Zeitraum andauern wird, könnte der Gesetzgeber noch über eine Vereinfachung der Übergangsvorschriften in § 56 InvStG nachdenken. Erwogen werden könnte zunächst eine Begrenzung des Berücksichtigungszeitraums in der Vergangenheit versteuerter ausschüttungsgleicher Erträge. Um den Übergang zu beschleunigen, könnte ein Wahlrecht eingeführt werden, mit dem der Besteuerungsaufschub der zum 1.1.2018 in der Veräußerungsfiktion festgestellten Veräußerungsgewinne oder -verluste vorzeitig, auch für Teilbeträge, beendet werden kann. Verfassungsrechtlich zulässig wäre dazu auch ein Lenkungsanreiz in Gestalt einer moderat ermäßigten Besteuerung im Falle fiktiver Veräußerungsgewinne. Eine solche Optionslösung könnte mit einem Enddatum verbunden werden, bis zu dem die Veräußerungsgewinne spätestens realisiert sein müssen. Weiter mit dieser Lösung verbunden werden könnte der Vorschlag im Schrifttum, auf Antrag des Steuerpflichtigen die in der Vergangenheit bereits in die Veranlagung einbezogenen ausschüttungsgleichen Erträge bei thesaurierenden ausländischen Investmentfonds festzustellen.<sup>324</sup> Damit verbinden ließe sich eine Vereinfachung in Gestalt einer Durchschnittsbetrachtung und einer pauschalen Verrechnung.<sup>325</sup>

#### 5. Digitalisierung

Das Investmentsteuerrecht wird auch nach der Reform durch mehrstufige Strukturen und arbeitsteilige Prozesse geprägt. Diese Prozesse erfordern in besonders hohem Maße gesicherte Wege der Sachverhaltsermittlung, einen Informationsaustausch zwischen Anlegern, Kapital-

---

<sup>322</sup> Entwurf eines Schreibens über den Anwendungszeitpunkt der neuen Vordrucke zur Erklärung der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 51 InvStG v. 12.10.2022 - IV C 1 - S 1980-1/19/10071:011.

<sup>323</sup> Mandler, FR 2020, 977, 980 f.

<sup>324</sup> Mandler, FR 2020, 977, 981 f.

<sup>325</sup> Mandler, FR 2020, 977, 978.

verwaltungsgesellschaften und den Verwahrstellen, den im Kapitalertragsteuerabzug verpflichteten Stellen und den verschiedenen Finanzbehörden. Bei Publikumsfonds erscheint zudem der Einsatz automatisierter Entscheidungsunterstützungssysteme, Methoden der Risikobewertung und des automatisierten Vollzugs besonders lohnend. In der Praxis deutet sich deshalb besonders im Investmentsteuerrecht ein erhebliches Digitalisierungspotential an. Dabei könnte auch durch Anpassungen des Gesetzes dieses Potential gehoben und der Digitalisierungsprozess vorangetrieben werden.

#### a) Medienwandel

In einem ersten Schritt sollte der Gesetzgeber für sämtliche Erklärungen, Bescheinigungen und Nachweise im Gesetz die elektronische Form und Datenübermittlung vorschreiben, wo dies noch nicht geschehen ist, etwa für die Feststellungserklärung zu § 51 InvStG bei Spezial-Investmentfonds. Es ist nicht mehr zeitgemäß papiergebundene Erklärungen einzufordern, die aufgrund ihres Umfangs in Einzelfällen nicht mehr mit der Briefpost versendet werden können. Elektronische Erklärungen, Bescheinigungen und Nachweise lassen sich nicht nur leichter erstellen und übermitteln, sondern auch bei den Empfängern leichter weiterverarbeiten. Ein einfacher Medienwechsel wäre bereits ein Fortschritt, besser wäre noch die Entwicklung eines maschinenauswertbaren Formats mit entsprechender Taxonomie. Der Gesetzgeber sollte nicht mit Rücksicht auf fehlende Entwicklungskapazitäten in den Finanzbehörden zuwarten, sondern einen gestuften Weg von einfachen schnell umsetzbaren Wegen (elektronische Datei und gesichertes Postfach) zu moderneren Lösungen (maschinenauswertbare digitale Formate, XML) vorzeichnen. Die ersten Schritte dazu wurden bereits eingeleitet. In einzelnen Bundesländern soll die Feststellungserklärung nach § 51 InvStG bereits ab dem 1.12.2022, in den anderen fondsrelevanten Bundesländern ab dem 1.1.2023 elektronisch abgegeben werden können.<sup>326</sup>

#### b) Dezentrale und zentrale Datenbanken und Register

Durch die Besonderheiten des Investmentrechts, erinnert sei an das Investmentdreieck, ist der Vollzug des Investmentsteuerrechts in besonderem Maße auf einen intensiven Austausch der darin einbezogenen Stellen angewiesen. Im Gesetz findet diese informatorische Verwobenheit in Bescheinigungspflichten und Nachweiserfordernissen vielfach Ausdruck. Exemplarisch zu nennen sind § 9 InvStG bei steuerbegünstigten Anlegern oder § 20 Abs. 4 InvStG, wonach der Anleger das Vorliegen der Voraussetzungen der jeweiligen Teilfreistellungssätze nachweisen muss. Dazu benötigt der Anleger Informationen, die ihm nur die Kapitalverwaltungsgesellschaft vermitteln kann und von dieser dazu Nachweise in einem Format, das wiederum zur Vorlage an die Finanzbörden geeignet ist. Will der Anleger Kapitalertragsteuer anrechnen, benötigt er eine Steuerbescheinigung, zu deren Ausstellung beispielhaft die Depotbank, im Einzelfall aber auch andere verpflichtete Stellen berufen sein können. Diese wiederum benötigen die nach § 45b EStG auf der Steuerbescheinigung über einbehaltene Kapitalertragsteuer auszuweisenden Angaben. Die Liste der zwischen den Beteiligten zur Erfüllung der ihnen durch das Investment-, das Einkommen-, das Körperschaft- und das Gewerbesteuerrecht jeweils zugewiesenen Steuerinformations(austausch-)pflichten ist lang. Sie erfasst auch die neuen aufwendig zu ermittelnden Nachweiserfordernisse für die Kapitalertragsteueranrechnung nach § 36a EStG und § 31 Abs 3 InvStG. Einen Überblick vermittelt die durch das Statistische Bundesamt für den Zweck der Erfüllungsaufwandsschätzung

---

<sup>326</sup> Entwurf eines Schreibens über den Anwendungszeitpunkt der neuen Vordrucke zur Erklärung der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 51 InvStG v. 12.10.2022 - IV C 1 - S 1980-1/19/10071:011.

erstellte Tabelle der mit der Investmentbesteuerung verbundenen Steuerinformationspflichten.

Der Gesetzgeber könnte den bereits begonnenen Prozess der Einrichtung zentraler Register und Datenbanken stärker vorzeichnen und über eine gemeinsame Datenbank für die Zwecke des Kapitalertragsteuerabzugs und der Investmentbesteuerung nachdenken, aus der alle beteiligten Stellen die jeweils zu ihrem Beitrag am arbeitsteiligen Prozess des Vollzugs der Investmentbesteuerung benötigten Informationen abrufen und umgekehrt einstellen können. Exemplarisch zu nennen sind die nach §§ 7 Abs. 3 Satz 1 und 29 Abs. 2 InvStG an die entrichtungspflichtigen Stellen zu übermittelnden und von diesen auf Echtheit zu prüfenden Statusbescheinigungen, die Anträge auf Erstattung nach § 7 Abs. 5 Satz 1 InvStG, weiter die Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 InvStG sowie der Investmentanteil-Bestandsnachweis durch die depotführende Stelle nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 InvStG, die Mitteilung des Anbieters eines Altersvorsorge- und Basisrentenvertrags über Anteilszerwerb- und -veräußerungen an den Investmentfonds nach § 7 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG, die Nachweise nach § 10 Abs. 1 - 3 InvStG, der Nachweis des steuerbegünstigten Status durch den Anleger nach § 10 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 InvStG, die Erklärung des Anbieters eines Altersvorsorge- und Basisrentenvertrags gegenüber dem Investmentfonds nach § 10 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 InvStG, die Mitteilung des Anlegers an den Investmentfond bei Wegfall der Steuerbefreiung oder Übertragung der Anteile auf anderen Anleger nach § 13 Abs. 1 InvStG, die Erklärung des Spezial-Investmentfonds gegenüber der Verwahrstelle über das Ausstellen von Steuerbescheinigungen an den Anleger (Inanspruchnahme der Transparenzoption) nach § 30 Abs. 1 InvStG, das Ausstellen von Steuerbescheinigungen für die Anleger eines Spezial-Investmentfonds nach §§ 31 Abs. 1 und 33 Abs. 1 InvStG oder die Bekanntmachung der Fondsgewinne gegenüber den Anlegern nach § 48 Abs. 1 InvStG. Ein Einsatz von Blockchaintechnologie ist dazu nicht erforderlich.

Die Investmentanteile selbst sollten in eine solche, zweckmäßig beim Bundeszentralamt für Steuern anzusiedelnde zentrale Datenbank nicht einbezogen werden. Erst im Zusammenspiel dezentraler Register und einer Steuerinformationsdatenbank könnten sich daher weitergehende Möglichkeiten zur Vereinfachung des Investmentsteuerrechts ergeben. Hierzu könnte die Blockchaintechnologie einen Beitrag leisten und ein System ermöglichen, in das die Kapitalverwaltungsgesellschaften, die Verwahrstellen, die Anleger und die Finanzbehörden eingebunden werden könnten. In einem solchen System könnten nicht nur Investmentanteile zu jedem Zeitpunkt einem Anleger zugeordnet werden,<sup>327</sup> es würde auch eine quasi-dingliche Verknüpfung von Anrechnungsguthaben, aber auch latenter Lasten aus späteren nachträglichen Änderungen der Steuererhebung erlauben.

Der im Schrifttum bereits unterbreitete Vorschlag, eine solche Datenbank als dezentrale Datenbank unter Einsatz der Blockchaintechnologie einzurichten,<sup>328</sup> könnte die ebenfalls dort bereits beschriebenen Vorzüge der größeren Verlässlichkeit haben. Vor allem aber kann eine Ausgestaltung als dezentrales Register unter Einsatz von Blockchain- und anderen Distributed Ledger-Technologien auch die Grundlage für einen automatisierten dezentralen Vollzug bilden,<sup>329</sup> für den das Investmentsteuerrecht prädestiniert wäre. Denkbar wäre insbesondere, den Kapitalertragsteuerabzug durch Smart Contract-Technologien zu strukturieren.<sup>330</sup>

---

<sup>327</sup> Hoch, *StuW* 2020, 234, 247.

<sup>328</sup> Hoch, *StuW* 2020, 234, 247.

<sup>329</sup> Dazu Anzinger, *DStJG* 42 (2019), 15, 50; ähnlich Hoch, *StuW* 2020, 234, 247.

<sup>330</sup> Hoch, *StuW* 2020, 234, Risse/Gries, *beck.digitax* 2020, 388; Anzinger, *DStJG* 42 (2019), 15, 50 f.

Der Gesetzgeber sollte aber nicht zuwarten, bis entsprechende Technologien und die zu ihrer Implementierung notwendigen Entwicklungskapazitäten verfügbar sind, sondern Entwicklungsschritte vorzeichnen, die auch mit einfachen Lösungen einen schnellen Einstieg in effizientere Formen des Steuerinformationsaustausches ermöglichen. Einen geeigneten Anknüpfungspunkt könnten bewährte Formate zentraler Register beim Bundeszentralamt für Steuern bilden.

#### c) Digitale Gesetze und automatisierter Vollzug

Das Investmentsteuerrecht bietet sich wie das Kapitalertragsteuerrecht besonders an, um den bereits im Lohnsteuerrecht begonnen Weg hin zu vollautomatisch anwendbaren Gesetzen fortzuentwickeln.<sup>331</sup> Dazu könnten in einem ersten Schritt gemeinsam durch die Finanzbehörden, die Kapitalverwaltungsgesellschaften und die Kreditinstitute Programmablaufpläne nach dem Vorbild des Programmablaufplans für die maschinelle Berechnung der Lohnsteuer aufgestellt werden. Der Gesetzgeber könnte vorbereitend eine der Vorschrift des § 39b Abs. 6 EStG entsprechende Vorschrift bei den §§ 44 oder 45a EStG und bei § 31 InvStG vorsehen.

Auf dieser Grundlage könnten eine arbeitsteilig-automatisierte Deklaration und Verifikation im Zusammenwirken der Kapitalverwaltungsgesellschaften, der Verwahrstellen, der weiteren kapitalertragsteuerabzugsverpflichteten Stellen, der Anleger und der Finanzbehörden entwickelt werden, der mit der Herausbildung neuer Investmentmodelle auf zunehmend dezentralisierten Finanzmärkten, der Entwicklung neuer Kapitalverwaltungsmodelle durch FinTech-Unternehmen und dem wachsenden Feld der Kryptowertanlagen Schritt halten kann.

#### V. Zusammenfassung

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

Die Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung der Besteuerung der Investmentfonds und ihrer Anleger und zur weiteren Reduktion des administrativen Aufwands hängen wesentlich von Faktoren außerhalb des Investmentsteuerrechts ab, solange das Ziel der Gleichbehandlung mit der Direktanlage nicht aufgegeben werden soll. Deshalb ließen sich die Teilfreistellungssätze nur dann spannungsfrei in den Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Typisierung vollständig vereinheitlichen, wenn auch bei der Direktanlage eine einheitliche Behandlung der unterschiedlichen Formen der Kapitalerträge hergestellt würde. An unterschiedliche Vorbelastungen in- und ausländischer Fonds anknüpfende Differenzierungen oder solche zwischen betrieblichen und privaten Anlegern sind dabei zwar grundsätzlich zulässig, in ihren Vereinfachungswirkungen dem geltenden Recht aber nicht evident überlegen. Für steuerbegünstigte Anleger könnte allenfalls erwogen werden, diese in einer Fondskategorie zu konzentrieren, die sich, wie die in § 10 InvStG vorgesehene Form, ausschließlich an steuerbegünstigte Anleger richtet. Das System der Vorabpauschale sollte beibehalten und weiterentwickelt werden.

---

<sup>331</sup> Anzinger, DStJG 42 (2019), 15, 32; Reimer, DStJG 42 (2019), 97.

Bei Spezial-Investmentfonds zeigen sich hingegen verschiedene Möglichkeiten zur weiteren Vereinfachung der geltenden Regeln, um den administrativen Aufwand für die Wirtschaft, die Bürger und die Finanzverwaltung zu reduzieren. Der Gesetzgeber könnte insbesondere in Erwägung ziehen, die Vorschriften über die Anlagebedingungen in § 26 Nr. 4 - 6 zu streichen und damit einen Gleichlauf zwischen dem Aufsichtsrecht und dem Investmentsteuerrecht herstellen. Er könnte weiter vereinfachte Berichtspflichten für Ein-Anleger-Spezial-Investmentfonds vorsehen und damit für eine große Gruppe dieser Fonds eine administrative Vereinfachung bewirken. Am Übergang vom Ertragsausgleichsverfahren zur besitzanteiligen Zurechnung sollte der Gesetzgeber schon im Interesse der Stetigkeit festhalten. Spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschriften ließen sich nur um den Preis der parallelen Streichung besonderer Vergünstigungsvorschriften, etwa des Thesaurierungsprivilegs bei Spezial-Investmentfonds streichen.

Übergreifendes Vereinfachungspotential besteht in den Übergangsregeln, die der Gesetzgeber noch weiterentwickeln könnte. Erhebliches Potential besteht schließlich in den Möglichkeiten der Digitalisierung. Hier sollte der Gesetzgeber dringend zumindest den ersten Schritt eines Medienwandels anstoßen, damit der Grundstein für weitere Schritte gelegt ist, um besonders im Investmentsteuerrecht sich aufdrängende Möglichkeiten für den Einsatz zentraler und dezentraler Register und des automatisierten Vollzugs anstoßen zu können.

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