

Bundeskabinett beschließt überarbeiteten Entwurf des AIFM-Steueranpassungsgesetzes

Am 30. Januar 2013 hat das Kabinett den Entwurf für ein Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-StAnpG-RegE) beschlossen. Dieser Newsletter beschreibt die Änderungen und weist auf wichtige Unterschiede des Regierungsentwurfs gegenüber dem Referentenentwurf vom 4. Dezember 2012 hin.

Positiv zu bewerten ist der umfassende Bestandsschutz für Fonds, die nach aktuellem Recht unter das Investmentsteuergesetz fallen und vor dem 22. Juli 2013 aufgelegt wurden und werden. Hieran hält auch der Regierungsentwurf fest.

Für andere Fonds, d.h. Fonds, die nicht unter das aktuelle InvStG fallen, und für alle nach dem 21. Juli 2013 aufgelegten Fonds ordnet der AIFM-StAnpG-RegE die Systematik neu: Diese Fonds sind in eines von drei Besteuerungsregimen einzuordnen. Neben dem eingeschränkten Transparenzprinzip und der Besteuerung als sog. Personen-Investitionsgesellschaft wird in drittes Regime für sog. Kapital-Investitionsgesellschaften neu geschaffen. Der Vorschlag des Referentenentwurfs, wonach deren Anleger einer empfindlichen Pauschalbesteuerung unterliegen sollten, wird laut Regierungsentwurf rechtlich geprüft, ist aber nicht mehr im AIFM-StAnpG-RegE enthalten. Vielmehr sollen Anleger von Kapital-Investitionsgesellschaften grundsätzlich wie Anleger gewöhnlicher Kapitalgesellschaften besteuert werden; Ausnahmen sind jedoch für betriebliche Anleger bestimmter steuerbefreiter bzw. niedrig besteueter Fonds vorgesehen.

Überblick

- Umfassende steuerliche Regelung aller Fonds (OGAW und AIF) durch neues Investmentsteuergesetz
- Übergangsschutz für Fonds, die aktuell unter das Investmentsteuergesetz fallen
- Regierungsentwurf enthält nicht länger die im früheren Referentenentwurf vorgesehene Pauschalbesteuerung, aber immer noch Sonderregeln für betriebliche Anleger bestimmter Kapital-Investitionsgesellschaften
- Regierungsentwurf verbessert Rahmenbedingungen für Immobilienfonds
- Steuerliche Regeln für die neue offene Investment-KG

1. Überblick:

Neue Systematik des InvStG

Vorbehaltlich der Bestandsschutzregeln (dazu Ziffer 2 unten) führt der AIFM-StAnpG-RegE zwei grundlegende Kategorien von Fonds ein: **Investmentfonds** und **Investitionsgesellschaften**.

- Unter die neue Kategorie der sog. **Investmentfonds** fallen alle Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (**OGAW**) und solche alternativen Investmentfonds (**AIF**), die **bestimmte** im Investmentsteuergesetz (InvStG) formulierte **Kriterien** an ihre Ausgestaltung erfüllen.
- Unter die neue Kategorie der sog. **Investitionsgesellschaften** fallen solche AIF, die die steuerlichen Kriterien in einem oder mehreren Punkten **nicht** erfüllen.

Bestimmte Anlagevehikel sind von dem Anwendungsbereich des Kapitalanlagegesetzbuchs ausgenommen, z.B. bestimmte Holdinggesellschaften, Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, die EZB, nationale Zentralbanken, staatliche Verwalter von Sozialversicherungs- und Pensionssystemen, Arbeitnehmerbeteiligungssysteme oder -sparpläne sowie Finanzdienstleistungs- und Kreditinstitute, die über die nötige Erlaubnis verfügen. Diese Ausnahmen gelten nach dem AIFM-StAnpG-RegE auch für steuerliche Zwecke.

Dagegen soll die Ausnahme, die nach § 2 Abs: 3 KAGB-E für AIF-Kapitalververwaltungsgesellschaften gilt, die AIF verwalten, in die nur diese Kapitalverwaltungsgesellschaft und ihre Tochter-, Mutter- oder Schwestergesellschaft investieren, für steuerliche Zwecke nicht gelten, damit konzernverwaltete AIF wie bisher weiter unter das InvStG fallen.

Was die Rechtsfolgen bzw. das anwendbare **Besteu-
rungsregime** anbetrifft, gilt:

- Die **Investmentfonds** – also OGAW und "qualifizierende" AIF – treten systematisch an die Stelle der in- und ausländischen Investmentvermögen nach dem geltenden Recht. Denn für diese Fonds bzw. ihre Anleger gilt das **eingeschränkte Transparenzprinzip**, wonach – vereinfacht gesagt – die Erträge auf Fondsebene (im Rahmen eines sog. steuerlichen Fonds-Reportings) ermittelt und unter Beibehaltung ihrer

Attribute bei Ausschüttung oder am Jahresende den Anlegern zugerechnet werden. Während das InvStG derzeit noch an den investmentgesetzlichen Begriff des Investmentvermögens anknüpft, sieht der AIFM-StAnpG-RegE einen vom KAGB-E losgelösten ("autonomen") steuerlichen Kriterienkatalog vor, der in einigen Punkten enger ist. Näheres hierzu ist in Abschnitt 3.1 dargestellt.

- Auf die neuen **Investitionsgesellschaften** – also "nicht-qualifizierende" AIF – und deren Anleger findet dagegen abhängig von der Rechtsform ein anderes Besteuerungsregime Anwendung:
 - Sog. **Kapital-Investitionsgesellschaften** (näher zum Begriff unten) unterliegen mit ihrem Einkommen der Körperschaft- und Gewerbesteuer; insofern gelten die "allgemeinen" Regeln. Die Anleger einer solchen sog. Kapital-Investitionsgesellschaft sollten nach dem – inzwischen überholten – Referentenentwurf einer Pauschalbesteuerung unterliegen, deren Höhe sich an der sog. Strafbesteuerung für sog. intransparente Fonds (nach § 6 InvStG) orientieren sollte, jedoch mit dem Unterschied, dass im vorliegenden Kontext diese Konsequenz nicht durch die Erfüllung von Berichtspflichten oder in anderer Weise hätte abgewendet werden können. An dieser Pauschalbesteuerung wurde vielfach Kritik geübt. Das **AIFM-StAnpG-RegE** sieht jetzt die **Pauschalbesteuerung nicht mehr vor**. Stattdessen würden Anleger von Kapital-Investitionsgesellschaften wie Anleger gewöhnlicher Kapitalgesellschaften besteuert werden. Eine Ausnahme gilt bei betrieblichen Anlegern für Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne aus Anteilen an Kapital-Investitionsgesellschaften, die in ihrem Sitzstaat steuerbefreit sind oder niedrig besteuert werden. Näheres zum Begriff und den Konsequenzen ist in Abschnitt 3.2.1 dargestellt.
 - Auf sog. **Personen-Investitionsgesellschaften** und deren Anleger finden die für "gewöhnliche" Personengesellschaften geltenden Regelungen Anwendung (einschließlich der einheitlichen und gesonderten Feststellung). Näheres zum Begriff und den Konsequenzen ist in Abschnitt 3.2.2 dargestellt.
- Beim Statuswechsel vom Investmentfonds zur Investitionsgesellschaft gilt der Investmentanteil als zum Rücknahmepreis veräußert und ein Anteil an einer Investitionsgesellschaft als angeschafft. Die festgesetzte

Steuer gilt bei Publikumsfonds bis zur tatsächlichen Veräußerung des Anteils als zinslos gestundet.

2. Bestandsschutz für Investmentvermögen im Sinne des aktuellen InvStG

Fonds, die nach dem aktuellen Recht als in- oder ausländische **Investmentvermögen** gelten, d.h. unter das InvStG fallen, genießen **Bestandsschutz**, wenn sie **vor dem 22. Juli 2013 aufgelegt** wurden oder werden.

Die Bestandsschutzregelung knüpft allein an **die Qualifikation des Fonds bzw. der Fondsanteile als Investmentvermögen bzw. Investmentanteile** nach dem InvStG in der am 21. Juli 2013 geltenden Fassung an. Daher genießen auch solche Anleger, die **später**, d.h. nach dem 21. Juli 2013, **Anteile** an einem solchen Fonds **erwerben**, Bestandsschutz. Auf den Investitionszeitpunkt kommt es nach dem AIFM-StAnpG-RegE nicht an. Die Bestandsschutzregelung sieht **keine zeitliche Beschränkung** vor. Im Fall eines Umbrella-Fonds ist auf den jeweiligen Teilfonds abzustellen. Welche (Mindest-) Anforderung an die "Auflegung" eines Fonds gestellt werden, wird die weitere Diskussion zeigen.

Wenn für einen Fonds Bestandsschutz gilt, ändert sich für ihn und seine Anleger das Besteuerungsregime nicht, auch nicht, wenn der Fonds zukünftig nicht als Investmentfonds nach dem InvStG in der ab dem 22. Juli 2013 geltenden Fassung qualifiziert. Der Fonds und seine Anleger werden auch weiterhin nach dem eingeschränkten Transparenzprinzip besteuert. Das eingeschränkte Transparenzprinzip soll zwar in bestimmten Aspekten modifiziert werden (vgl. unten); diese Modifikationen gelten jedoch auch für (nach dem 21. Juli 2013 aufgelegte) Investmentfonds und deren Anleger.

Der Bestandsschutz wird aufgehoben, sobald das Investmentvermögen die Voraussetzungen der Qualifikation als Investmentvermögen im Sinne des InvStG in der am 21. Juli 2013 geltenden Fassung nicht mehr erfüllt.

Fonds, die nicht unter das aktuelle InvStG fallen, genießen keinen Bestandsschutz. Ihren Anlegern droht daher künftig gegebenenfalls eine nachteilige Besteuerung der Ausschüttungen und der Veräußerungsgewinne (vgl. Abschnitt 3.2 unten).

3. Neue Systematik

3.1 Investmentfonds

Unter die neue Kategorie der sog. **Investmentfonds** fallen

- alle OGAW und
- solche AIF, die alle folgenden **Kriterien** erfüllen:
 - Investmentaufsicht;
 - Rückgaberecht/ mindestens einmal jährlich oder der Handel an einer Börse im Sinne des Börsengesetzes;
 - Geschäftszweck: Anlage/ Verwaltung für Anleger, keine aktive Bewirtschaftung/ Einflussnahme (ausgenommen Immobiliengesellschaften, bei denen eine Bewirtschaftung unschädlich ist);
 - Risikomischung: Mindestens vier Anlagegegenstände mit unterschiedlichen Risiken, wobei bei Zielfonds gegebenenfalls eine Durchschau erfolgt;
 - maximal 20 % des Wertes des AIF in nicht-börsennotierte Beteiligungen, weniger als 10 % der ausgegebenen Anteile an einer Kapitalgesellschaft; diese Beschränkungen gelten **nicht** für Beteiligungen an **Immobilien-Gesellschaften**;
 - Kreditaufnahme: Nur kurzfristig und maximal 30 % des Wertes des AIF; **Sonderregeln für Immobilienfonds**: Ebenfalls maximal 30 % kurzfristig, i.Ü. maximal 50 % des Immobilien-Verkehrswertes;
 - mindestens 90 % des Wertes des AIF müssen in zulässige Vermögensgegenstände investiert sein; hierzu zählen nur Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Derivate, Bankguthaben, Grundstücke, Grundstücksgleiche Rechte und vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten (sowie Betriebsvorrichtungen und Gegenstände zur Bewirtschaftung von Immobilien), Immobilien-Gesellschaften im Sinne des § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB-E, Anteile oder Aktien an inländischen Investmentfonds, an EU-Investmentfonds sowie an ausländischen Investmentfonds, ÖPP-Projektgesellschaften, Edelmetalle, unverbriefte Darlehensforderungen und Unternehmensbeteiligungen, wenn der Verkehrswert dieser Beteiligungen ermittelt werden kann;
 - Anlagebedingungen/ Satzung enthält o.g. Beschränkungen.

Mit diesem "autonom" im InvStG formulierten Kriterienkatalog löst sich das Steuerrecht vom Aufsichtsrecht. Zugleich

ist der Katalog teilweise **restriktiver**, insbesondere im **Vergleich** zu dem aktuellen **formell-materiellen Begriff** des ausländischen Investmentvermögens.

Die wichtigsten Unterschiede sind:

- Künftig sollen **Investmentaufsicht und Rückgaberecht** (alternativ: Börsenhandel) erforderlich sein. Nach dem formell-materiellen Fondsbegriff genügte es, dass ein ausländischer Fonds entweder beaufsichtigt wurde oder ein Rückgaberecht vorsah.
- Der eigenständige steuerliche Katalog verlangt erstmals, dass die **Beteiligung an einzelnen Beteiligungsgesellschaften** beschränkt ist (weniger als 10 % der ausgegebenen Anteile). Das aktuelle Recht sieht für Spezialfonds keine entsprechenden Einschränkungen vor.
- Der eigenständige steuerliche Katalog verlangt – anders als der geltende formell-materielle Fondsbegriff – (vorbehaltlich der Sonderregelungen für Immobilienfonds) eine Beschränkung der **kurzfristigen Darlehensaufnahme** auf 30 % des Fondsvermögens.
- Die im Referentenentwurf noch vorgesehenen einschneidenden Änderungen für **Immobilienfonds** sind im Regierungsentwurf jedenfalls teilweise gelockert worden: Die zunächst vorgesehene **Beschränkung indirekter Immobilienanlagen**, d.h. über Objekt- und Holdinggesellschaften, auf **49 %** des Fondsvermögens ist ersatzlos gestrichen worden. Die im Referentenentwurf enthaltenen Beschränkungen für die **Aufnahme von Fremdmitteln** zu Investitionszwecken auf **30 %** der Immobilienwerte und die kurzfristige Fremdmittelaufnahme auf 10 % des Fondsvermögens sind dem Grunde nach beibehalten worden, jedoch jetzt auf 50 % (Leverage) bzw. 30 % (kurzfristige Kredite) angehoben worden. Der formell-materielle Fondsbegriff machte bislang insofern keine Vorgaben (Beschränkungen ergeben sich aber u.U. aus dem Versicherungsaufsichtsrecht). Während eine Durchschau für Zwecke der Risikomischung bei einer Anlage über Zielfonds nunmehr zugelassen wird, fehlt eine entsprechende Regelung jedoch nach wie vor für eine Anlage über Immobiliengesellschaften. Zweifelhaft ist somit die Risikomischung, wenn beispielsweise über weniger als vier Immobilien(holding)gesellschaften investiert wird.

Insbesondere die folgenden Fonds (bzw. deren Anleger) werden nicht länger nach dem eingeschränkten Transparenzprinzip besteuert, wenn sie keinen Bestandschutz erlangen können:

- **Geschlossene** und „halb offene“ Fonds (ohne Börsenhandel);
- Fonds, die ihre Anlagen **über Investitionsvehikel** (die selbst keine Investmentfonds sind) tätigen;
- **Hedgefonds**, die Fremdmittel (nicht nur kurzfristig) aufnehmen;
- **Immobilienfonds**, die Fremdmittel von mehr als 50 % ihres Fondsvermögens aufnehmen oder ihre Anlagen über weniger als vier Immobilien(holding)gesellschaften bündeln.

Die Vorschläge des AIFM-StAnpG-RegE, die den Anwendungsbereich der eingeschränkten Transparenzbesteuerung im Ergebnis einschränken, können **nicht überzeugen**. Zum formell-materiellen Fondsbegriff hat sich über die letzten Jahre eine Verwaltungspraxis gebildet; die dadurch erreichte **Rechtssicherheit** würde jetzt ohne Not aufgegeben. Zu begrüßen ist die Lockerung einiger im ursprünglichen Referentenentwurf vorgesehener Beschränkungen, insbesondere bei Immobilienfonds. Allerdings besteht weiterer Änderungsbedarf (unter anderem bezüglich der Durchschau bei Immobiliengesellschaften).

Zu den folgenden Regelungen, die wiederholt als Verstoß gegen die EU-Grundfreiheiten gerügt wurden, sieht der AIFM-StAnpG-RegE **keine Änderungen** vor: Unverändert sollen **nur inländische Fonds von der deutschen Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit** sein; ausländische Fonds werden insofern unverändert diskriminiert. Und: Deutsche Investoren, die deutsche Dividenden über **EU-Investmentfonds** beziehen, werden in vielen Fällen unverändert stärker belastet, als wenn sie über einen inländischen Investmentfonds investierten.

Die Besteuerung von Investmentfonds bzw. von deren Anlegern wird in folgenden Punkten modifiziert:

- Wie schon im Referentenentwurf soll die pauschale **Nichtabzugsfähigkeit von 10% der** (nicht direkt zuordenbaren) **Gemeinkosten** gestrichen und dafür eine gesetzliche Regelung für die **Zuteilung** von allgemeinen Werbungskosten nicht nur zu den laufenden Erträgen, sondern auch **zu realisierten Veräußerungsergebnissen** aufgenommen werden. Dies wird – insbesondere bei thesaurierenden Fonds – in vielen Fällen die ausschüttungsgleichen Erträge erhöhen, weil die dem Bereich der Veräußerungen zugeordneten Werbungskosten wie ein (temporäres) Abzugsverbot wirken.
- Mit einer **gesetzlichen Verwendungsreihenfolge** wird die bisherige Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. Rz. 16 InvStG-Anwendungsschreiben vom 18. August

2009) gesetzlich normiert und weiter konkretisiert. Im Wesentlichen sind zunächst erzielte Erträge und Gewinne zur Ausschüttung zu verwenden, bevor auf ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre und in letzter Instanz auf Substanzausschüttungen zurückgegriffen werden kann. Eine Ausnahme ist bei Immobilienfonds für Substanzausschüttungen vorgesehen, die aus regulären Gebäudeabschreibungen (AfA) resultieren. Gegenüber dem Referentenentwurf wurde im AIFM-StAnpG-RegE eine Vereinfachung für Zwischenausschüttungen aufgenommen. Demnach können, abweichend von der gesetzlichen Verwendungsreihenfolge, durch Beschluss des Investmentvermögens, ausschüttungsgleiche Erträge vorangegangener Geschäftsjahre vorrangig für die Zwischenausschüttung als verwendet gelten.

- In der Praxis lassen sich Gestaltungen beobachten, durch die Veräußerung von Zinsscheinen (sog. **Bond-Stripping**) Erträge eines Fonds zeitlich vorzuziehen und den Anlegern zuzuweisen, um damit Verluste auf Anlegerebene ausgleichen zu können, die gegebenenfalls einer Verlustverrechnungs-Schranke unterlegen hätten. Der AIFM-StAnpG-RegE begegnet diesen Gestaltungen, indem die Trennung von Anleihemantel und Zinsscheine als Veräußerungs- und Anschaffungsvorgang behandelt wird, so dass den Zinsscheinen ein Teil der Anschaffungskosten zuzuordnen ist.

3.2 Investitionsgesellschaften

Unter die neue Kategorie der sog. **Investitionsgesellschaften** fallen "nicht-qualifizierende" AIF, also solche AIF, die die unter 3.1 skizzierten **Kriterien** für Investmentfonds in einem oder mehreren Punkten **nicht** erfüllen. Hierunter fallen üblicherweise insbesondere **Private Equity-, Infrastruktur-Fonds, Fonds, die in Solaranlagen, Windparks und andere erneuerbare Energien** investieren, sowie solche **Immobilienfonds**, die nicht als Investmentfonds qualifizieren, z.B. weil sie kein Rückgaberecht gewähren. Diese Investitionsgesellschaften gelten – vorbehaltlich der Bestandsschutzregeln (vgl. Abschnitt 2. oben) – entweder als Kapital-Investmentgesellschaft oder als Personen-Investmentgesellschaft (hierzu Abschnitt 3.2.1 bzw. 3.2.2).

3.2.1 Kapital-Investmentgesellschaften

AIF, die den eigenständigen steuerlichen Katalog nicht erfüllen und weder die Rechtsform einer Investmentkommanditgesellschaft nach KAGB-E noch eine vergleichbare ausländische Rechtsform haben, gelten als Kapital-Investmentgesellschaften. Hierunter fallen insbesondere

solche "nicht qualifizierenden" AIF, die als Sondervermögen oder Investmentaktiengesellschaft nach dem KAGB-E oder als Luxemburger SICAV S.A. oder Luxemburger FCP organisiert sind. Mit umfasst sind aber auch Rechtsformen, die für AIF im Sinne des KAGB-E nicht in Betracht kommen, wie GmbH, KGaA oder "normale" AG und vergleichbare ausländische Rechtsformen. Ein besonderer Bestandschutz ist für Anleger von Kapital-Investmentgesellschaften nicht vorgesehen; geschützt sind lediglich Anleger solcher Fonds, die bis zum 21 Juli 2013 nach dem bis dahin geltenden InvStG aufgelegt wurden oder werden.

Kapital-Investmentgesellschaften unterliegen einer Besteuerung auf **Fonds-Ebene**:

- **Inländische** Sondervermögen gelten als Körperschaften bzw. juristische Personen (entsprechend der derzeitigen Zweckvermögensfiktion). Die Einkünfte von inländischen Sondervermögen und inländischen Investmentaktiengesellschaften, die als Kapital-Investmentgesellschaft qualifizieren, sind jedoch **nicht von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit**.
- **Ausländische** AIF, deren Rechtsform mit einem Sondervermögen "vergleichbar" ist (z.B. Luxemburger FCP), werden nach dem AIFM-StAnpG-RegE erstmals gesetzlich als "intransparente" Körperschaften bzw. als juristische Personen (und nicht als transparent oder Treuhand-ähnlich) eingeordnet. Bislang war diese Frage umstritten. Folge ist, dass z.B. ein Luxemburger FCP (und nicht seine Anleger) mit inländischen Einkünften der Körperschaftsteuer bzw. bei einer inländischen Betriebsstätte der Gewerbesteuer in Deutschland unterliegt – ebenso wie eine Luxemburger SICAV S.A. Auch insofern greift keine Steuerbefreiung.

Für **inländische Anleger** von Kapital-Investmentgesellschaften gilt:

- Der – inzwischen überholte – Referentenentwurf sah noch vor, dass inländische Anleger künftig einer **Pauschalbesteuerung** unterliegen sollten, deren Höhe sich an der Strafbesteuerung für intransparente Fonds orientiert hätte – jedoch ohne dass durch Erfüllung von Berichtsobliegenheiten o.ä. eine Regelbesteuerung hätte herbeigeführt werden können. Inländische Anleger hätten danach alle **Ausschüttungen** sowie **70 % des Mehrbetrags** zwischen dem ersten und letzten Rücknahmepreis (oder Börsen- oder Marktpreis), **mindestens aber 6 % des letzten Rücknahmepreises** zu versteuern. Diese Pauschalbesteuerung, die in Jahren ohne hinreichenden Gewinn wie eine

Substanzsteuer gewirkt und bestimmte Produkte vom Markt verdrängt hätte, ist aus verfassungsrechtlichen und ordnungspolitischen Gründen kritisiert worden. Der AIFM-StAnpG-RegE sieht diese Pauschalbesteuerung nicht mehr vor. Jedoch wird sie derzeit europarechtlich geprüft. Nicht auszuschließen ist, dass die Pauschalbesteuerung im Rahmen der mittelfristig geplanten umfassenden Reform der Investmentbesteuerung erneut aktuell wird.

- Bei der Besteuerung von Anleger von Kapital-Investmentgesellschaften differenziert der jetzt vorliegende AIFM-StAnpG-RegE zwischen Privat- und betrieblichen Anlegern.
 - Bei **Privatanlegern** unterliegen Ausschüttungen von Kapital-Investmentgesellschaften und entsprechende Veräußerungsgewinne wie gewöhnliche Dividenden bzw. Aktienveräußerungsgewinne der Abgeltungsteuer. Insofern ergeben sich keine Änderungen zur aktuellen Rechtslage.
 - Bei **betrieblichen Anlegern** wird die effektiv 95 %ige bzw. die 40 %ige Freistellung von der Körperschaft- bzw. Gewerbesteuer für Ausschüttungen und entsprechende Veräußerungsgewinne – abweichend von der aktuellen Rechtslage – nicht gewährt, wenn die Kapital-Investmentgesellschaft – bei Ansässigkeit in der EU oder im EWR – in ihrem Ansässigkeitsstaat keiner Ertragsteuer unterliegt oder von ihr befreit ist oder wenn sie – bei Ansässigkeit außerhalb von EU und EWR – einer Ertragsbesteuerung von weniger als 15 % unterliegt.
 - Die **Hinzurechnungsbesteuerung** – wonach bestimmte "passive" niedrig besteuerte Erträge dem Anleger u.U. hinzugerechnet werden – bleibt für alle Anlegergruppen anwendbar.

Im Vergleich zu der Pauschalbesteuerung stellt sich der jetzige Vorschlag als weit weniger einschneidend dar. Auch er überzeugt jedoch nicht.

- Denn Private Equity-Fonds, Infrastrukturfonds, Fonds, die in Windkraft, Solaranlagen und andere erneuerbare Energien investieren, sowie Immobilienfonds, die nicht als Investmentfonds gelten, werden regelmäßig indirekt über **Portfolio-, Projekt- oder Objektgesellschaften** investieren, die im Investitionsland einer Besteuerung unterliegen. Zahlreiche der genannten Investitionen unterliegen daher in den Investitionsländern einer (Einmal-) Besteuerung, so dass es jedenfalls in-

soweit (vergleichbar mit der Regelung nach § 19a REIT-G) gerechtfertigt wäre, die 95 %ige bzw. 40 %ige Steuerbefreiung zu gewähren.

- Es ist nicht verständlich, warum betriebliche Anleger unterschiedlich besteuert werden, je nachdem, ob sie sich an einem AIF oder einer "gewöhnlichen" Kapitalgesellschaft beteiligen. Dies ist auch verfassungsrechtlich kritisch.

3.2.2 Personen-Investmentgesellschaften

AIF, die den eigenständigen steuerlichen Katalog nicht erfüllen und als **Investmentkommanditgesellschaft** oder in einer "**vergleichbaren**" **ausländischen Rechtsform** organisiert sind, gelten als Personen-Investmentgesellschaften.

Personen-Investmentgesellschaften unterliegen auf Fondsebene nach den allgemeinen Voraussetzungen der **Gewerbesteuer**. Eine Befreiung ist für Personen-Investmentgesellschaften – anders als für Investmentfonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft – nicht vorgesehen.

Auf die Anleger von Personen-Investmentgesellschaften finden die für "gewöhnliche" Personengesellschaften geltenden Regelungen Anwendung (einschließlich der einheitlichen und gesonderten Einkünftefeststellung).

3.3 Offene Investmentkommanditgesellschaft

Das KAGB-E sieht vor, eine in Deutschland neue Organisationsform für offene Investmentvermögen einzuführen: die offene Investmentkommanditgesellschaft. Mit der offenen Investmentkommanditgesellschaft soll für das sog. **Pension Asset Pooling**, also die Bündelung von Vermögen zur betrieblichen Altersvorsorge internationaler Unternehmen, in Deutschland ein steuerlich transparentes und damit attraktives Anlagevehikel zur Verfügung gestellt werden.

Die offene Investmentkommanditgesellschaft muss risikogemischt anlegen. Ihr Anlagehorizont entspricht dem offener Spezial-AIF (§ 125 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 273 bis 284 KAGB-E), so dass insofern eine gewisse Flexibilität besteht. Sie steht professionellen und semi-professionellen Anlegern offen (§ 127 Abs. 1 Satz 1 KAGB-E).

Die steuerliche Behandlung der offenen Investmentkommanditgesellschaft hängt davon ab, ob sie als **Investmentfonds** qualifiziert, wofür der Kriterienkatalog nach Abschnitt 3.1 maßgeblich ist.

Einige dieser Voraussetzungen für die Qualifizierung als Investmentfonds erfüllt die offene Investmentkommanditgesellschaft aufgrund der Vorgaben des KAGB-E, insbesondere Aufsicht, jährliches Rückgaberecht, risikogemischte Anlage und regelmäßig wohl auch die "passive" Investitionstätigkeit. Um als Investmentvermögen zu gelten, müssen jedoch **zusätzliche Voraussetzungen** erfüllt sein, insbesondere müssen die Anlagen in nicht-börsennotierte Beteiligungen, das Leverage und die zulässigen Vermögensgegenstände beschränkt sein. Darüber hinaus muss die Anzahl der Anleger nach dem Gesellschaftsvertrag auf 100 begrenzt sein.

Für offene Investmentkommanditgesellschaften, die **als Investmentfonds qualifizieren**, gelten die folgenden Regeln:

- Solche offenen Investmentkommanditgesellschaften sind von der **Gewerbsteuer befreit**. Somit fallen auf Ebene der offenen Investmentkommanditgesellschaft keine Ertragsteuern an. Körperschaft- bzw. Einkommensteuer fällt schon aufgrund der Rechtsform auf dieser Ebene nicht an. Allerdings regelt der Regierungsentwurf nunmehr, dass aufgrund der Gewerbesteuerbefreiung der Gesellschaft selbst die **Gewinnanteile** aus einer offenen Investmentkommanditgesellschaft auf Anlegerebene **nicht von der Gewerbesteuer ausgenommen** sind.
 - Die Anleger werden nach dem **eingeschränkten Transparenzprinzip** besteuert, so dass die Ausführungen in Abschnitt 3.1 entsprechend gelten.
 - Für Zwecke des **Doppelbesteuerungsabkommen** soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine offene Investmentkommanditgesellschaft nach den *für Personengesellschaften* geltenden Regeln als steuerlich transparent angesehen werden. Dies soll es den beteiligten Anlegern erlauben, sich gegenüber dem ausländischen Fiskus auf ihren Abkommenschutz zu berufen. Ob dem die Besteuerung der Anleger nach dem eingeschränkten Transparenzprinzip (vgl. vorhergehender Gliederungspunkt) entgegensteht, ist nach ausländischem Steuerrecht zu beurteilen und sollte in Zweifelsfällen vorab geklärt werden.
- Mit Blick auf **ausländische Konzernunternehmen**, die sich im Rahmen des Pension Asset Pooling an einer offenen Investmentkommanditgesellschaft beteiligen, soll vorgesehen werden, dass deren Beteiligung **keine Betriebsstätte** begründet. Dies bedeutet, dass die auf das ausländische Konzernunternehmen entfallenden Einkünfte nicht generell der beschränkten Steuerpflicht unterliegen (sondern nur, soweit dies auch für andere Investmentfonds der Fall wäre).
 - Im Regierungsentwurf ist nunmehr die Regelung enthalten, dass die Einkünfte einer offenen Investmentkommanditgesellschaft **nicht als gewerblich gelten**. Hierdurch soll für **steuerbefreite Anleger** sichergestellt werden, dass durch eine Beteiligung an einer solchen Investmentkommanditgesellschaft kein steuerpflichtiger Betrieb gewerblicher Art bzw. steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb begründet wird. Für Investmentkommanditgesellschaften, die nicht als Investmentfonds qualifizieren, gilt diese Fiktion nicht, so dass hier weiterhin in Bezug auf jeden steuerbefreiten Anleger individuell geprüft werden muss, ob die Beteiligung zu steuerpflichtigen Einkünften führen kann.

Für offene Investmentkommanditgesellschaften, die **nicht als Investmentfonds qualifizieren**, gelten die oben in Abschnitt 3.2.2 dargestellten Regeln für Personen-Investitions Gesellschaften.

Der AIFM-StAnpG-RegE schweigt dazu, wie **ausländische AIFs** zu behandeln sind, die mit einer **offenen Investmentkommanditgesellschaft** (i.S.d. §§ 120 ff. KAGB-E) "**vergleichbar**" sind. Mangels entsprechender Regelung würde danach insbesondere die Gewerbesteuerbefreiung, die Fiktion der Einkünfte als nicht-gewerblich und die Besteuerung deutscher Anleger nach dem eingeschränkten Transparenzprinzip in diesem Fall keine Anwendung finden. Auch hier stellt sich die Frage, ob eine solche Differenzierung mit den EU-Grundfreiheiten vereinbar ist.

Ansprechpartner



Dr. Stefan Behrens
Partner

T: +49 69 7199-1666
E: stefan.behrens
@cliffordchance.com



Dr. Josef Brinkhaus
Partner

T: +49 69 7199-1629
E: josef.brinkhaus
@cliffordchance.com



Dr. Jan H. Grabbe, LL.M.
Partner

T: +49 69 7199-1614
E: jan.grabbe
@cliffordchance.com



Dr. Uwe Schimmelschmidt
Partner

T: +49 69 7199-1628
E: uwe.schimmelschmidt
@cliffordchance.com



Marco Simonis, LL.M.
Partner

T: +49 69 7199-1478
E: marco.simonis
@cliffordchance.com



Patricia Richert
Tax Consultant

T: +49 69 7199-1641
E: patricia.richert
@cliffordchance.com

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60325 Frankfurt am Main
© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: <http://www.cliffordchance.com/german-regulatory>

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Brüssel ■ Bukarest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hongkong ■ Istanbul ■ Kiew ■ London ■ Luxemburg ■ Madrid ■ Mailand ■ Moskau ■ München ■ New York ■ Paris ■ Peking ■ Perth ■ Prag ■ Riad* ■ Rom ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapur ■ Sydney ■ Tokio ■ Warschau ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance hat eine Kooperationsvereinbarung mit Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riad.