

28. April 2014

Erstes Auslegungsschreiben zum neuen Investmentsteuergesetz

http://www.bepartners.pro/documents/2014-04-23_AIFM_StAnpG_Auslegungsfragen_BMF.pdf

Das Bundesministerium der Finanzen hat in einem Schreiben vom 23. April 2014 einige von den Verbänden gestellte Auslegungsfragen beantwortet. Weitere Auslegungsfragen der Verbände stehen noch aus und sollen zu einem späteren Zeitpunkt beantwortet werden. Wir stellen Ihnen hier die Antworten insbesondere zum Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes für Investmentfonds vor. Erstmals müssen sich auch die inländischen Investmentfonds und deren Anleger mit dem Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes befassen. Denn unter dem neuen Investmentsteuergesetz müssen für die Steuerfreiheit des Fonds alle Voraussetzungen § 1 Abs. 1b InvStG erfüllt sein. Der alte Grundsatz, wenn aufsichtsrechtlich alles stimmt, ist auch der inländische Investmentfonds steuerbefreit, gilt seit dem neuen Investmentsteuergesetz nicht mehr.

1. Anzahl von Anlegern

Anders als das Investmentgesetz fordert das Kapitalanlagegesetzbuch ausdrücklich eine Anzahl von Anlegern. Eine Anzahl von Anlegern ist nach § 1 Abs. 1 Satz 2 KAGB gegeben, wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des Organismus für gemeinsame Anlagen die Anzahl möglicher Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen.



Die Finanzverwaltung hat in ihrem Antwortschreiben klargestellt, dass dies unabhängig von der tatsächlichen Anzahl der Anleger gilt. Das bedeutet: Ohne ausdrückliche rechtliche Begrenzung der Anzahl der Anleger auf einen Anleger gilt das Merkmal der kollektiven Vermögensverwaltung als erfüllt. Mit dieser Regelung wurde der insbesondere in Deutschland bestehende Ein-Anleger-Fonds in die neue Welt gerettet. Solange nach den rechtlichen Bedingungen eine Mehrzahl von Anlegern nicht ausgeschlossen ist, soll es sich um eine kollektive Vermögensverwaltung handeln.

2. Ausschluss einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände

Aufsichtsrechtlich war bereits unter dem Investmentgesetz umstritten, welche Tätigkeiten einem Immobilienfonds gestattet sind und welche Tätigkeiten verboten sind. Anders als unter der möglichen Spannweite aufsichtsrechtlicher Meinungen gibt das Investmentsteuergesetz in § 1 Abs. 1b Nummer 3 Satz 1 InvStG eine Definition vor: aktive unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände ist ausgeschlossen. Was aber genau unter diese Definition fällt, bleibt unklar. Das Schreiben der Finanzverwaltung stellt jedenfalls klar, die aktive Bewirtschaftung einer Immobilie selbst, mit der Absicht Mieterträge oder Wertzuwächse zu erzielen, sei keine schädliche aktive unternehmerische Bewirtschaftung. Unseres Erachtens ist eine schädliche aktive unternehmerische Bewirtschaftung nur dann möglich, wenn mit der Immobilie selbst ein von der Vermietung des Grundstücks unterschiedliches Unternehmen betrieben wird. Solange sich das Wirtschaften auf die Immobilie selbst bezieht, also auch z. B. bei Umwidmung des Zwecks der Immobilie (etwa von Wohnimmobilie in Gewerbeimmobilie) oder umfangreichen Umbauarbeiten, liegt keine schädliche „aktive unternehmerische“ Bewirtschaftung vor. Wenn dagegen mit der Immobilie selbst ein von der Vermietung des Grundstücks unterschiedliches Unternehmen betrieben wird, ist die Rechtslage nicht durch das BMF-Schreiben abgesichert. Problematisch bleibt also etwa das Betreiben eines Hotels oder eines Pflegeheims.

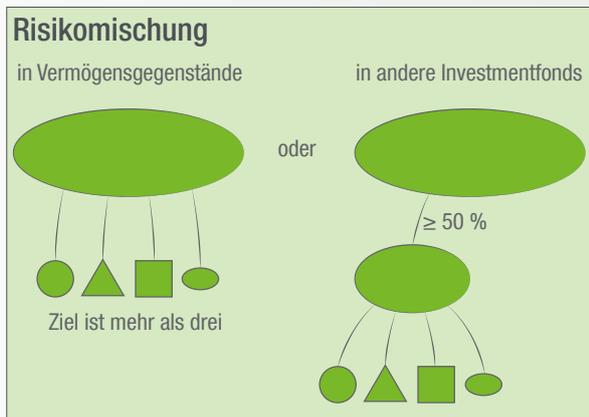
Auch ausserhalb von Anlagen in Immobilien und Immobiliengesellschaften scheint uns durch die Antwort 2.4 der Finanz-



verwaltung klargestellt: Der Begriff der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung ist nicht identisch mit dem Begriff der Gewerblichkeit im Steuerrecht. Daraus lässt sich schließen, dass allein die gewerbliche Prägung nach § 15 Abs. 3 EStG jedenfalls keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung darstellt. Dort endet allerdings dann auch schon die dem Finanzverwaltungsschreiben entnehmbare Erkenntnis zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung.

3. Grundsatz der Risikomischung

Während unter dem Kapitalanlagegesetzbuch anders als unter dem Investmentgesetz für die Einordnung als Investmentvermögen keine Risikomischung erforderlich ist, hält das Investmentsteuergesetz für die Einordnung als Investmentfonds an der Risikomischung fest. Investmentvermögen ohne Risikomischung sind daher unter dem Investmentsteuergesetz als Investitionsgesellschaft einzuordnen.



Die Risikomischung ist unter dem Investmentsteuergesetz bei einer Anlage in mehr als drei Vermögensgegenstände regelmäßig gegeben. Wie bereits in der Gesetzesbegründung ausgeführt, bestätigt die Finanzverwaltung, dass die Zählgrenze von mehr als drei Vermögensgegenständen in der Anfangs- und der Liquidationsphase nicht eingehalten werden muss. Weiterhin kann bei weniger als vier Vermögensgegenständen das Vermögen trotzdem risikodiversifiziert sein, wenn in nicht unerheblichem Umfang Anteile an einem oder mehreren anderen risikogemischten Vermögen gehalten werden. Die Finanzverwaltung definiert den nicht nur unerheblichen Umfang nun so, dass ein solches Vermögen eines Investmentfonds wenigstens zu 50 % in solche Anteile an risikodiversifizierten Vermögen angelegt sein muss. Bisher wurde vielfach in der Literatur ein nicht unerheblicher Umfang bereits bei einer Anlage in Höhe von mindestens 10 % angenommen.

Aus der Antwort 2.3 lässt sich weiter entnehmen, dass die Finanzverwaltung auch eine Gewichtung beim Zählen der

Vermögensgegenstände vornimmt („quantitative Risikomischung“). Dies kennen wir bereits aus dem Aufsichtsrecht, wo bei 50 % Daimler-Aktien, 49 % VW-Aktien und jeweils 0,5 % in Telekom- und E-Plus-Aktien eine Risikomischung verneint wurde. Mini-Anlagen werden bei einem deutlichen Überwiegen der anderen Vermögensgegenstände nicht mitgezählt.

4. Zulässige Vermögensgegenstände

Neues enthält das Schreiben insbesondere zur Anlage von Investmentfonds in Investitionsgesellschaften; also AIF in der Rechtsform von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften, die selbst nicht die Voraussetzung eines Investmentfonds nach § 1 Abs. 1b InvStG erfüllen. Diese AIF sind für einen Investmentfonds nicht nach § 1 Abs. 1b Nr. 5 Buchstabe h InvStG erwerbbar. Die Frage ist nun, ob diese AIF dann trotzdem entweder als Wertpapiere nach Nummer 5 Buchstabe a, als Kapitalgesellschaften nach Nummer 5 Buchstabe j oder als Personengesellschaftsbeteiligung (sofern keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung) außerhalb der Nummer 5 in der 10 %-Öffnungsgrenze erworben werden können.



Hinsichtlich der AIF-Anteile, die die Voraussetzungen eines Wertpapiers erfüllen, äußert sich das Antwortschreiben klar: Anteile an geschlossenen Investitionsgesellschaften können von einem Investmentfonds erworben werden, wenn die Voraussetzung für ein Wertpapier nach § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB erfüllt sind.

Für AIF-Anteile, die nicht unter diesen Wertpapierbegriff fallen, sind die Äußerungen der Finanzverwaltung nicht eindeutig. Aufsichtsrechtlich können geschlossene Fonds den



Begriff der Unternehmensbeteiligung nach § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe i) KAGB erfüllen (BaFin v. 22.07.2013, WA 41-Wp 2137-2013/0001). Die 20 %-Grenze des § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 6 Satz 1 InvStG für nicht notierte Beteiligungen an Kapitalgesellschaften ist laut Finanzverwaltung die Fortentwicklung der ehemaligen 20 %-Grenze im Investmentgesetz für Anlagen in Unternehmensbeteiligungen. Allerdings hat die Finanzverwaltung für das Steuerrecht wohl ein anderes Verständnis von einer Unternehmensbeteiligung als das Aufsichtsrecht. Denn ausdrücklich heißt es unter 2.5 im Antwortschreiben der Finanzverwaltung: „Es bleibt dabei, dass von dieser Anlagevorschrift [gemeint ist wohl Nr. 5 Buchstabe j)] nur unternehmerische Beteiligungen erfasst werden sollen. Dies setzt voraus, dass die Kapitalgesellschaft ein operativ tätiges Un-

ternehmen ist.“ Dies spricht dagegen, die aufsichtsrechtliche Wertung im Investmentsteuergesetz zu übernehmen. Allerdings heißt es in der Antwort zu 2.4 wiederum: „sind Anteile an Investitionsgesellschaften auch unter § 1 Absatz 1b Satz 2 Nummer 5 Buchstabe j) InvStG erwerbbar, sofern es sich ... um Anteile an Kapitalgesellschaften handelt.“

Diese Aussage verwirrt; ist doch eine Investitionsgesellschaft gerade kein operativ tätiges Unternehmen. Bis zur endgültigen Klärung empfehlen wir daher weiterhin eine Einordnung von Investitionsgesellschaftsanteilen außerhalb des Wertpapierbegriffs von § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB in die 10 %-Öffnungsgrenze der nicht ausdrücklich aufgeführten Vermögensgegenstände.

bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



Dr. Carsten Bödecker
Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt
Tel. +49 (0) 211 946847-51
Fax +49 (0) 211 946847-01
carsten.boedecker@bepartners.pro



Carsten Ernst
Partner . Steuerberater
Tel. +49 (0) 211 946847-52
Fax +49 (0) 211 946847-01
carsten.ernst@bepartners.pro



Holger Hartmann
Partner . Rechtsanwalt
Tel. +49 (0) 211 946847-53
Fax +49 (0) 211 946847-01
holger.hartmann@bepartners.pro



Silvan Hussien
Steuerberater
Tel. +49 (0) 211 946847-58
Fax +49 (0) 211 946847-01
silvan.hussien@bepartners.pro