

Stellungnahme des Bundesverbandes Alternative Investments e.V. (BAI)
zum
**Anwendungsschreiben zum Investmentsteuergesetz in der Fassung des Gesetzes zur Reform der
Investmentbesteuerung**
GZ: IV C 1 - S 1980-1/19/10008 :005
DOK: 2019/1070848
Datum 16.12.2019

Der Bundesverband Alternative Investments e.V. (BAI) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum o.g. Entwurf eines Anwendungsschreibens.

I. Vorbemerkung

In unserer Stellungnahme beschränken wir uns im Wesentlichen auf die Ausführungen im Entwurf zum Anlagekatalog von Spezial-Investmentfonds, die zum einen im deutlichen Widerspruch zur gegenwärtigen und etablierten Verwaltungs- und Anlagepraxis stehen, darüber hinaus aber vor allem die Anlage- und Renditemöglichkeiten von Spezial-Investmentfonds und den dahinter stehenden Investoren massiv beschränken.

Sowohl die Änderung der bestehenden Verwaltungs- und Anlagepraxis, als auch die massive Beeinträchtigung der Anlage- und Renditemöglichkeiten der betroffenen Fonds im andauernden Niedrigzinsumfeld sind absolut unverständlich.

Wir möchten nachdrücklich darum bitten, diese Hinweise und Petita sehr ernst zu nehmen, zumal die vorgeschlagenen Änderungen zu diesem Komplex – wieder einmal – das Vertrauen in die deutsche Steuergesetzgebung bzw. –verwaltung erschüttern würden, was auch unter Standortgesichtspunkten unbedingt vermieden werden muss. Dies gilt umso mehr, als dass eine solche Neuregelung mit massiven Portfolioverkäufen (und somit der Auflösung substantieller stiller Reserven) einhergehen würde, was nicht nur zu Implikationen auf den Kapitalmärkten führen würde, sondern auch volkswirtschaftlich unsinnig wäre. Letztendlich wären davon auch Millionen Privatanleger betroffen, die über Versicherungen, Pensionseinrichtungen, Versorgungswerke, etc. private bzw. berufliche Altersvorsorge betreiben. Schließlich würden als Folge Spezial-Investmentfonds als wichtige Kapitalgeber für mittelständische Unternehmen, Infrastrukturprojekte, etc. ausfallen. Auch diesen Aspekt sollte das BMF sehr genau evaluieren.

II. Anmerkungen zum Anwendungsschreiben

zu 26. Anlagebestimmungen (§ 26 InvStG)

Rz. 26.2 (Überschreitung der Bagatellgrenze)

Im Hinblick auf die Bagatellgrenze für die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Tätigkeit ist im letzten Satz dieser Rz. missverständlich, was mit „kurzfristige Überschreitung“ gemeint sein soll?

Die Feststellung erfolgt jeweils einmal pro Jahr, so dass das Kriterium „Kurzfristigkeit“ aus unserer Sicht in diesem Kontext keine sachdienliche Bezugsgröße darstellen kann, eben weil kurzfristig keine neue Feststellung erfolgen kann. Eine praxisgerechte Klarstellung wäre daher erforderlich. Ggf. könnte man

auf eine „geringfügige“ Überschreitung abstellen, die dann vorliegt, wenn es nicht in mehr als zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren zu einer Überschreitung der Grenze kommt.

Ebenso möchten wir darauf hinweisen, dass als Bezugsgröße für die Beurteilung der Einnahmen jeweils nur auf inländischen Einnahmen abgestellt werden sollte. Bei einer Einbeziehung auch von etwaigen ausländischen Einnahmen wäre jeweils deren Relevanz unter DBA-Gesichtspunkten zu prüfen. Schon um eine unverhältnismäßige Verfahrenskomplexität zu vermeiden, sollte daher nur auf inländische Einnahmen abgestellt werden.

zu 26.1. Investmentaufsicht (§ 26 Nr. 1 InvStG)

Rz. 26.6 (Investmentaufsicht / Registrierung)

Hier bitten wir um eine terminologische Klarstellung, dass eine „AIFM-Zulassung“ sowohl die Erlaubnis, als auch eine Registrierung gem. § 44 i.V.m. § 2 Absatz 4, 4a oder 5 KAGB erfasst. Der Begriff „Zulassung“ ist im KAGB nicht definiert, so dass eine Klarstellung erforderlich ist, dass auch AIF-KVGen unterhalb der einschlägigen Schwellenwerte erfasst sind. Diese nicht einzubeziehen wäre systemwidrig.

zu 26.4. Zulässige Vermögensgegenstände (§ 26 Nr. 4 InvStG)

Rz. 26.16 (Schmutzgrenze)

Wir plädieren nachdrücklich dafür, dass sich die Vorgaben im Auslegungsschreiben zur Schmutzgrenze an der bisherigen Praxis, dem Gesetzeswortlaut und insbesondere auch dem ersten Entwurf des Auslegungsschreibens orientiert. Die jetzt vorgeschlagenen Änderungen bzw. Vorgaben sind aus unserer Sicht nicht nur widersprüchlich, sondern auch unpraktikabel. Sie stehen dem Charakter einer Schmutzgrenze diametral entgegen. Aus der Gesetzesbegründung zu § 26 geht ausdrücklich hervor, dass die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nur dann nicht erfüllt sind, „wenn ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen vorliegt“. Gerade auch deshalb bedarf es einer Schmutzgrenze, eben um geringfügige Abweichungen zu erfassen, die aus Sicht des Gesetzgebers explizit akzeptiert werden. Mit den Ausführungen zu Rz. 26.16 wird dieser Grundsatz im Ergebnis auf den Kopf gestellt.

Vor diesem Hintergrund sollte sowohl Satz 4, als auch Satz 5 zu Rz. 26.16 gestrichen werden.

Einschlägige Regelungen zu einer Schmutzgrenze waren bereits in den früheren Fassungen des InvStG enthalten und insbesondere in der Gesetzesbegründung zum AIFM-StAnpG wurde ausdrücklich klargestellt, dass die Schmutzgrenze dazu dienen soll, dass in dem vorgegebenen Rahmen von maximal 10% „nicht jede geringfügige Abweichung von den Anlagebestimmungen die Qualifikation als Investmentfonds gefährdet“¹. Diese Erläuterung wird nun in Rz. 26.16 zu Recht wieder aufgenommen.

Begrüßenswert ist auch die Klarstellung in Satz 2, dass innerhalb der Schmutzquote z.B. auch „Anteile an gewerblichen oder gewerblich geprägten Personengesellschaften“ erworben werden können.

¹ Vgl. BRDrucks. 740/13 S. 39, 58 ff.

Explizit werden also Anlagen in Vermögensgegenstände, die nicht im Katalog enthalten sind, zugelassen!

Neu und - mit Blick auf die vorgenannte Klarstellung - widersprüchlich ist nun die Vorgabe in Satz 4, dass die Schmutzquote nicht dazu dienen soll, „dass Investmentfonds bewusst und planmäßig dauerhaft unzulässige Vermögensgegenstände halten“. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass eine solche Einschränkung im Gesetz überhaupt nicht enthalten ist; ebenso wird dort auch nicht auf eine „Absicht“ abgestellt. Es gibt somit schon keine Grundlage für eine solche über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Auslegung.

Im Hinblick auf explizit innerhalb der Schmutzgrenze zugelassene Beteiligungen an gewerblich(en) geprägten Personengesellschaften ist zudem nochmals hervorzuheben, dass unklar ist, warum diese gerade keine planmäßige Investition darstellen sollen, die gem. Satz 4 eben nicht zulässig wäre². Derartige Beteiligungen könnten zudem auch nicht als „unbeabsichtigte kurzfristige Abweichung“ gem. Satz 5 angesehen werden.

Nochmals sei daher darauf hingewiesen, dass auch in den Vorentwürfen des Auslegungsschreibens der Satz „Sie dient aber nicht dazu, dass Investmentfonds bewusst und planmäßig dauerhaft unzulässige Vermögensgegenstände halten.“ bislang nicht enthalten war und zwar aus gutem Grund, denn andernfalls wird der Charakter einer Schmutzgrenze konterkariert. Im BMF muss man sich daher bewusst sein, dass hier bereits ein grundlegender Vertrauenstatbestand gesetzt wurde.

Abzulehnen ist eine solche enge und beschränkende Regelung auch aus praktischen Erwägungen. So ist ein Investmentfonds z.B. gerade bei mittelbaren Beteiligungen über Master-Feeder-Strukturen teilweise nicht in der Lage zu 100% auf Assetebene zu überprüfen, ob die Anlagebedingungen vollumfänglich eingehalten werden und wie die genaue Zusammensetzung des Fonds ist. Der Charakter einer Schmutzgrenze wird aus unserer Sicht konterkariert, wenn jegliche Anlagegegenstände, die sogar aufsichtsrechtlich zulässig wären, verboten werden. Es ist nicht ansatzweise nachvollziehbar, wozu ein solch drastisches Verbot dienen soll, zumal es um eine Restquote von max. 10% geht.

Sowohl Satz 4 als auch Satz 5 der Rz. 26.16 sollten daher gestrichen werden.

Rz. 26.17 und Rz. 26.19

Klarstellung insbesondere zum Erwerb von geschlossenen Fonds

Wir plädieren nachdrücklich für eine grundlegende Korrektur der Vorgaben im Auslegungsschreiben zum Erwerb von Investmentanteilen.

Bereits im Gesetzgebungsverfahren haben wir das partielle Abweichen der steuerrechtlichen Anlagebestimmungen von den aufsichtsrechtlichen Anlagebestimmungen im KAGB moniert. Sehr deutlich wird dies in § 26 Nr. 2 zu den Rückgabebedingungen, die abweichend vom Aufsichtsrecht mindestens einmal pro Jahr das Recht zur Rückgabe oder Kündigung erfordern, während das Aufsichtsrecht in § 1 Abs. 2 Nr. 2 KAGB an Artikel 1 Absatz 2 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 694/2014 anknüpft.

²² Vgl. hierzu auch instruktiv Moritz/Jesch, InvStG Band 2, § 1 Rn. 106 ff.

Diese Definition hat europaweit Geltung und entsprechend werden in der ganzen EU AIFs aufgelegt, die sich an der aufsichtsrechtlichen Definition orientieren. Diese gelten auch dann als offener Fonds, wenn Rückgaberechte, etc. z.B. nur alle zwei Jahre ausgeübt werden können.

Der von uns seinerzeit deutlich kritisierte Sonderweg in § 26 Nr. 2 InvStG führt nicht nur dazu, dass für steuerrechtliche Zwecke eine Sondergattung von AIFs geschaffen wird, sondern auch dazu, dass der Großteil der Fonds, die aufsichtsrechtlich als offene Fonds qualifizieren, investmentsteuerrechtlich als geschlossene Fonds angesehen werden.

Gerade um diese Problematik teilweise zu entschärfen, hat der Gesetzgeber im Rahmen vom InvStRefG ausdrücklich zugelassen, dass zumindest geschlossene Fonds i.S.d. Aufsichtsrechts durch einen Spezial-Investmentfonds erworben werden können, wenn diese als Wertpapier verbrieft sind, vgl. § 26 Nr. 4 a) InvStG. Dieser Wille kommt auch in der Gesetzesbegründung deutlich zum Ausdruck, denn es wird darauf hingewiesen, dass die „bereits heute geltenden Anlagebestimmungen weitgehend fort[gelten]³. Es steht außer Frage, dass schon damals geschlossene Fonds als Wertpapier erworben werden konnten.

Auch das BMF hat sich dies zu Eigen gemacht und im ersten Entwurf des Auslegungsschreibens vom 15. Juni 2018⁴ in Rz. 26.15 in Bezug auf Wertpapiere gem. § 193 bzw. § 198 KAGB zur Qualifikation von geschlossenen Fonds als Wertpapiere ausdrücklich klargestellt:

„Anteile an geschlossenen Fonds unabhängig von ihrer Rechtsform sind erwerbbar als Wertpapiere, wenn der geschlossene Fonds einer Unternehmenskontrolle unterliegt und der Rechtsträger den Vorschriften des Anlegerschutzes unterliegt.“

Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum InvStRefG gab es ein gemeinsames Verständnis, dass geschlossene Fonds eben als Wertpapier unter § 26 Nr. 4 a) erwerbbar sind, wohingegen offene Fonds unter § 26 Nr. h) erwerbbar sind und nur für diese gem. Gesetzeswortlaut die Voraussetzungen der Nr. 1-7 erfüllt sein müssen. Gleichzeitig wurde konstatiert, dass „nur“ der Spezial-Investmentfonds selbst gem. § 26 Nr. 2 das – dem Aufsichtsrecht widersprechende – unterjährige Rückgaberecht zu erfüllen hat. Es gab keinerlei Diskussion und auch keine Hinweise dergestalt, dass § 26 Nr. 4 h eine Art „lex specialis“ darstelle, weder zu § 26 Nr. 1, noch zu § 26 Nr. 4 f. Diese nunmehr dargelegte Interpretation im Auslegungsschreiben ist weder stichhaltig, noch lässt sich diese aus dem Gesetz und der Entstehungsgeschichte herleiten.

Auch im Aufsichtsrecht, an das der Anlagekatalog im Grundsatz angelehnt ist, gibt es ein solches Rangverhältnis übrigens nicht. Darauf soll vorsorglich auch nochmals hingewiesen werden.

Wie paradox der jetzt vorgeschlagene Ansatz ist, zeigt sich auch daran, dass geschlossene Fonds, die gem. Rz. 26.17 Spiegelstrich 5 ja ausdrücklich erwerbbar sind, die Vorgaben in 26.19 überhaupt nicht erfüllen können, eben weil sie ja gem. § 26 Nr. 2 kein unterjähriges Rückgaberecht haben. Schon dies zeigt, dass die Ausführungen im Auslegungsschreiben hierzu inkonsistent und nicht mit der Gesetzeslage konform sind.

³ Vgl. BTDr. 18/8045 S. 94

⁴ GZ IV C 1-S 1980-1/16/10010:001

Vor diesem Hintergrund müssen die Erläuterungen in Rz. 26.19 zwingend korrigiert werden und der Sinn des Gesetzes selbst, der schon im Entwurf der Auslegungsschreibens richtig aufgegriffen wurde, wiedergespiegelt werden, so dass es für Anteile an geschlossenen Fonds, die als Wertpapier ausgestaltet sind und somit unter § 26 Nr. 4 a fallen, die übrigen Anforderungen Gem. § 26 Nr. 1-7 explizit nicht gelten. Hier sind lediglich die Vorgaben von § 193 (Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB) maßgeblich.

Potenzierung der Problematik durch OGAW-Fonds

Eine weitere und ebenso erhebliche Dimension zeigt sich in Bezug auf herkömmliche OGAW-Fonds, die von einem Spezial-Investmentfonds gehalten werden.

OGAW können ausdrücklich in geschlossenen Fonds gemäß § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB investieren. Die nun vorgesehene Kombination aus

(i.) geschlossene Fonds können nicht mehr unter dem Wertpapierbegriff gemäß § 26 Nr. 4a) InvStG erworben werden und

(ii) OGAW müssen die Vorgaben der Nummer 1-7 des § 26 InvStG einhalten,

wird dazu führen, dass ab sofort auch das OGAW-Universum dramatisch eingeschränkt wird. Denn es könnten nur noch solche OGAW als Zielfonds für Kapitel-3-Fonds und andere Publikums-Dachfonds erworben werden, die selbst keine Assets im Sinne des § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB erwerben. Da aber in den Anlagebedingungen sämtlicher in- und ausländischer OGAW grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, dass ein OGAW seinerseits in geschlossene Fonds investieren darf, wird es für einen Kapitel-3-Fonds und einen Publikums-Dachfonds kaum mehr möglich sein, Anteile an Ziel-OGAW zu erwerben.

Zudem wären Kapitel-3-Fonds und Publikums-Dachfonds, die OGAW halten, welche den Erwerb von geschlossenen Fonds gemäß § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB nicht ausgeschlossen haben, gezwungen, die Anteile an diesen OGAW zurückzugeben. Um die notwendige Liquidität für die Bedienung der massenhaft zu erwartenden Rückgabebegehren bedienen zu können, werden diese OGAW gezwungen, liquide Vermögenswerte (wie z.B. auch deutsche Aktien) in erheblichem Umfang zu veräußern. Die dadurch zu erwartenden Kapitalmarktverwerfungen sollten unbedingt verhindert werden.

Abschließend ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass nach den vorgeschlagenen Änderungen z.B. auch Anteile an ELTIFs für Spezial-Investmentfonds nicht mehr erwerbbar wären. Auch diese Konsequenz kann vom BMF nicht gewünscht sein.

Fatale wirtschaftliche Konsequenzen

Anknüpfend an die vorherigen Ausführungen soll an dieser Stelle vorsorglich auch auf die einhergehenden – wirtschaftlichen - Konsequenzen einer solchen Änderung der Verwaltungspraxis eingegangen werden.

Sofern Anteile an geschlossenen Fonds, die als Wertpapier begeben sind, nicht mehr erwerbbar wären, werden Spezial-Investmentfonds i.S.d. InvStG vollkommen unattraktiv für einschlägige institutionelle Anleger, die sich über diese (Master-)Fonds eben auch an geschlossenen Fonds, die wiederum auch in illiquide Anlagegegenstände investieren, beteiligen wollen. Das Investmentuniversum für diese Fonds wäre dann derart limitiert, dass diese Fonds nicht mehr wettbewerbsfähig sind, insbes. da viele renditestarke Anlageklassen dann nicht mehr zugänglich wären. Dies kann vom BMF nicht gewollt sein.

Für die große Zahl von Spezial-Investmentfonds, die aktuell im Vertrauen auf die bestehende Verwaltungspraxis z.B. Anteile an geschlossenen Fonds halten, die eben nicht die Voraussetzungen gem. § 26 Nr. 1-7 erfüllen, würde die Neuregelung dazu führen, dass diese ihren Steuerstatus verlieren und ab dem Zeitpunkt des wesentlichen Verstoßes als intransparent besteuert Investmentfonds anzusehen sind! Weiter würde dies auf Anlegerebene zu einer fiktiven Veräußerung der Anteile am Spezial-Investmentfonds und einer fiktiven Anschaffung der Anteile am Investmentfonds führen, einhergehend mit einer Besteuerung des fiktiven Veräußerungsergebnisses.

Diese Folgen wären dramatisch und auch dem BMF sollte daran gelegen sein, dass derartige Konsequenzen nicht eintreten.

Ein solcher Paradigmenwechsel würde das Vertrauen in das deutsche Steuerrecht bzw. die deutsche Steuerverwaltung ein weiteres Mal schwer erschüttern und die gegenwärtigen Bemühungen der Bundesregierung und des BMF, den Fondsstandort Deutschland zu stärken, würden vollkommen revidiert.

Bereits im Gesetzgebungsverfahren haben wir davor gewarnt, dass nicht nur eine Vielzahl von Spezial-AIF nach dem KAGB ausnahmslos aus dem Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds ausgeschlossen werden. Dieser Trend würde durch die vorgeschlagenen Änderungen im Anwendungsschreiben nun drastisch weiter verstärkt.

Zudem würden nun endgültig wichtige Anlageklassen aus dem Portfolio von Spezial-Investmentfonds eliminiert. Einrichtungen der Altersvorsorge, wie Versicherungen, Pensionskassen, Versorgungswerke, etc., sind mehr denn je darauf angewiesen, geeignete Anlagemöglichkeiten zu finden, mit denen eine adäquate Rendite (Stichwort „Garantiezins“) erwirtschaftet werden kann. Genau diese Anlageklassen (z.B. Infrastruktur, Private Debt, Private Equity) könnten aber nach dem Entwurf nicht – weder direkt noch indirekt über Ziel-AIFs – erworben werden.

Denn diese „Zielfonds“ müssten einerseits selbst nur in zulässige Vermögensgegenstände investieren und andererseits ein mindestens jährliches Rückgaberecht gewähren. Dies ist schlichtweg realitätsfern und würde zu immensen Umstrukturierungen bzw. Verkäufen von Fondsanteilen führen, im Zuge dessen auch viele Investoren signifikante stille Reserven auflösen müssten. Auch dieses Ergebnis wäre extrem schädlich für Investoren.

Rein vorsorglich ist auch darauf hinzuweisen, dass diese Fondsanteile dann noch nicht einmal innerhalb der 10 Prozent Schmutzquote gehalten werden könnten, da – wie oben skizziert – die vorgeschlagene Neuregelung ein planmäßig Halten von nicht zulässigen Assets ausschließt.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass in den Fällen, in denen ein transparenter Spezial-Investmentfonds Anteile an einem geschlossenen AIF als Wertpapier – ausschließlich zur passiven Kapitalanlage – erwirbt, der Gesetzeszweck/Schutzzweck des § 26 InvStG nach unserer Einschätzung (unabhängig von der Beteiligungshöhe, also auch ab oder über 10%) in keiner Weise tangiert wird, eben da insoweit keinerlei unternehmerische Einflussnahme erfolgt bzw. beabsichtigt ist.

Klarstellung für OGAW-Fonds

Unabhängig von der dargestellten Inkonsistenz der Regelungen in Rz. 26.19 i.V.m. Rz. 26.17 möchten wir darauf hinweisen, dass eine explizite Prüfung der Merkmale gem. § 26 Nr. 1-7 InvStG für OGAW

überflüssig ist und somit im Ergebnis schlichtweg bürokratisch wäre, da für OGAW gerade die engen Anforderungen der sog. Eligible Assets Richtlinie gelten. Wir bitten daher um Klarstellung, dass für OGAW die Voraussetzungen gem. § 26 Nr. 1-7 InvStG als erfüllt gelten.

Rz. 26.21

Rein vorsorglich weisen wir darauf hin, dass bei einer solch grundlegenden Änderung der Verwaltungspraxis, wie z.B. in Rz. 26.19 vorgeschlagen, eine umfassende Bestandsschutz- und Übergangsregelung hätte aufgenommen werden müssen. Nach den vorherigen Ausführungen zu dieser Randziffer dürfte aber klar sein, dass die fatalen Konsequenzen selbst durch Bestandsschutz bzw. Übergangsregelungen nicht wirklich abgemildert werden könnten.

Bonn, 30. Januar 2020

Kontakt:

Bundesverband Alternative Investments e.V.

RA Frank Dornseifer

-Geschäftsführer-

Poppelsdorfer Allee 106

53115 Bonn, Deutschland

Tel.: +49-(0)228-96987-50

Fax: +49-(0)228-96987-90

E-Mail: dornseifer@bvai.de

Der Bundesverband Alternative Investments e. V. (BAI) ist die zentrale Interessenvertretung der Alternative Investments-Branche in Deutschland. Der Verband versteht sich als Katalysator zwischen professionellen deutschen Investoren und anerkannten Anbietern von Alternative Investments-Produkten weltweit. Er setzt sich dafür ein, dass deutsche institutionelle bzw. professionelle Investoren ihre Kapitalanlage im Hinblick auf Alternative Investments, insbesondere mit Augenmerk auf die langfristige Sicherung der deutschen Altersvorsorge, einfacher und besser diversifizieren können. Der BAI fördert den Bekanntheitsgrad sowie das Verständnis für alternative Anlagen in der Öffentlichkeit und setzt sich für die wissenschaftliche Forschung ein. Er führt den Dialog mit den politischen Entscheidungsträgern sowie den zuständigen Aufsichtsbehörden und pflegt den Austausch mit nationalen und internationalen Organisationen und Verbänden. Der Verband verfolgt das Ziel, gesetzliche Reformen sowie eine Rechtsfortbildung im Interesse der Mitglieder und deren Anleger zu erreichen und attraktive und international wettbewerbsfähige Rahmenbedingungen für die Anlage in Alternative Investments zu schaffen. Der Kreis der BAI-Mitglieder, die sich aus allen Bereichen des professionellen Alternative Investments-Geschäfts rekrutieren, ist auf rund 220 Unternehmen angewachsen.