

2. Funds Forum Frankfurt 16. September 2008

**Jahressteuergesetz 2009 und der neue
Anwendungsbereich des Investment(steuern)rechts**

Dr. Andreas Rodin
P+P Pöllath + Partners
Frankfurt am Main

I. ÜBERBLICK

1. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14. August 2007

Privatvermögen:

a) Rückgabe-, Veräußerungsgewinne

➤ Erwerb der Investmentanteile bis 31. Dezember 2008

– Haltedauer bis 1 Jahr:

- volle Steuerpflicht
- kein § 3 Nr. 40 EStG
- kein Aktiengewinn

– Haltedauer länger als ein Jahr:

- steuerfrei
- kein § 17 EStG

- Erwerb der Investmentanteile ab 1. Januar 2009

Gewinn steuerpflichtig (Abgeltungsteuer).

- Erhöhung des Gewinns um folgende Positionen:
 - negative Einnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG
 - während der Besitzzeit ausgeschüttete „fondsprivilegierte“ Alt-Gewinne (d.h. Wertpapierveräußerungsgewinne, Termingeschäftsgewinne, wenn die Wertpapiere vor dem 1.1.2009 angeschafft bzw. die Termingeschäfte vor dem 1.1.2009 abgeschlossen wurden) gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 InvStG aF.
- Reduzierung des Gewinns um folgende Positionen:
 - erhaltener Zwischengewinn
 - während der Besitzzeit als zugeflossen geltende ausschüttungsgleiche Erträge; ABER: keine Gewinnminderung um ausschüttungsgleiche Erträge, die in einem späteren Geschäftsjahr während der Besitzzeit ausgeschüttet wurden.

b) Besteuerung während der Besitzzeit

➤ Laufende Erträge des Investmentvermögens

- Besteuerung beim Privatanleger unabhängig vom Zeitpunkt seines Erwerbs der Investmentanteile, aber abhängig vom Zuflusszeitpunkt beim Investmentvermögen:
- Zufluss beim Investmentvermögen bis 31. Dezember 2008:
 - Zinsen in voller Höhe beim Privatanleger steuerpflichtig;
 - Dividenden zur Hälfte beim Privatanleger steuerpflichtig, § 3 Nr. 40 EStG iVm. § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG
- Zufluss beim Investmentvermögen ab 1. Januar 2009:

Zinsen und Dividenden unterliegen beim Privatanleger der Abgeltungsteuer.

- Wertpapierveräußerungsgewinne und Termingeschäftsgewinne des Investmentvermögens
 - Besteuerung beim Privatanleger unabhängig vom Zeitpunkt seines Erwerbs der Investmentanteile, aber abhängig von den folgenden Konstellationen auf Ebene des Investmentvermögens:
 - Thesaurierte Gewinne während der Dauer der Thesaurierung steuerfrei; gilt unabhängig vom Datum der Anschaffung der Wertpapiere bzw. des Abschlusses des Termingeschäfts (also für „Alt-Gewinne“ und „Neu-Gewinne“).
 - Ausgeschüttete Gewinne
 - „Alt-Gewinne“ (d.h. Anschaffung der Wertpapiere bzw. Abschluss des Termingeschäfts bis 31. Dezember 2008) steuerfrei; ABER: Nachversteuerung bei Rückgabe bzw. Veräußerung von „Neu-Anteilen“ (siehe oben)
 - „Neu-Gewinne“ (d.h. Anschaffung der Wertpapiere bzw. Abschluss des Termingeschäfts ab 1. Januar 2009) steuerpflichtig (Abgeltungsteuer)

2. Jahressteuergesetz 2008 vom 20. Dezember 2007

Modifikation der Besteuerung von Rückgabe- bzw. Veräußerungsgewinnen,
§ 18 Abs. 2 a InvStG:

- Geltung für „Neu-Anteile“ an den nachfolgend bezeichneten Investmentvermögen, wenn Erwerb nach dem 9. November 2007 und vor dem 1. Januar 2009
- Erfasst werden folgende Investmentvermögen:
 - ausländische Spezial-Sondervermögen, inländische Spezial-Sondervermögen, inländische Spezial-Investment-Aktiengesellschaften; und
 - andere Investmentvermögen, bei denen durch Gesetz, Satzung, Gesellschaftsvertrag oder Vertragsbedingungen
 - die Beteiligung natürlicher Personen von der Sachkunde des Anlegers abhängig oder
 - für die Beteiligung eine Mindestanlagesumme von TEuro 100 oder mehr vorgeschrieben ist.

- Rechtsfolge:
 - Für Gewinne aus der Rückgabe bzw. Veräußerung „stigmatisierter“ „Neu-Anteile“ ab 1. Januar 2009 gilt Abgeltungsteuer.
 - ABER: Keine Erhöhung des Veräußerungsgewinns um die während der Besitzzeit ausgeschütteten (und bei Ausschüttung steuerfrei gebliebenen) „Alt-Gewinne“ des Investmentvermögens i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 1 InvStG aF.
 - Höchstbetrag des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns begrenzt auf die thesaurierten Wertpapierveräußerungsgewinne und Termingeschäftsgewinne, die bei Ausschüttung nicht steuerfrei wären (d.h. thesaurierte „Neu-Gewinne“).
 - ACHTUNG: Anteile an Investmentvermögen i.S.v. § 18 Abs. 2a InvStG, die ab dem 1. Januar 2009 erworben werden, sind „normale“ Neu-Anteile. Für ihre Veräußerung gilt § 8 Abs. 5 InvStG nF uneingeschränkt!

3. Entwurf Jahressteuergesetz 2009 – Regierungsentwurf vom 18. Juni 2008

- Neue Definition der ausschüttungsgleichen Erträge in § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG:
Im Falle der Thesaurierung gilt das Fondsprivileg nur noch für:
 - Stillhalterprämien im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG nF
 - Gewinne im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nF
 - (Termingeschäfts-)Gewinne im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG nF
 - Gewinne im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG nF (festverzinsliche Kapitalforderungen)

- FRAGE: Was zählt zu den Körperschaften im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, auf die § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nF verweist??

- Zinsen, insbesondere Erträge aus Kapitalforderungen mit Emissionsrendite, sind periodengerecht abzugrenzen, die abgegrenzten Erträge gelten als zugeflossen.

– Zeitlicher Anwendungsbereich:

- Grundsatz: Geltung für Erträge, die ab dem 1. Januar 2009 zufließen bzw. als zugeflossen gelten.
- Ausnahme: Beschränkung des Fondsprivilegs gilt nicht für Erträge aus Kapitalforderungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nF, die vor dem 1. Januar 2009 angeschafft wurden und nicht bereits Kapitalforderungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG aF sind. Das bedeutet: Einlösungs- und Veräußerungsgewinne von (Voll-)Risikozertifikaten, die vor dem 1. Januar 2009 angeschafft wurden, bleiben bei Realisierung ab dem 1. Januar 2009 für die Dauer der Thesaurierung steuerfrei.
- ACHTUNG: Auch die Ausschüttung der „fondsprivilegiert“ bleibenden Erträge ist steuerfrei; ABER: Nachversteuerung bei Veräußerung bzw. Rückgabe von „Neu-Anteilen“ gemäß Unternehmensteuerreformgesetz (siehe oben).

II. ZERTIFIKATE

1. EStG-Regeln

a) Vollrisikozertifikate

➤ Bisheriges Recht

- Sie fallen nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG aF.
- Sie sind keine Finanzinnovationen im Sinne des § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG aF.
- Veräußerungs- bzw. Einlösegewinne nach einem Jahr steuerfrei.

➤ Neues Recht

- Sie fallen unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nF.
- Veräußerungs- bzw. Einlösegewinne fallen unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2 EStG nF.
- Zeitlicher Anwendungsbereich:
 - Laufende Erträge (abgeltung-)steuerpflichtig ab 1. Januar 2009 unabhängig vom Erwerbszeitpunkt
 - Veräußerungs- bzw. Einlösegewinne (abgeltung-)steuerpflichtig nach dem 30. Juni 2009, es sei denn Erwerb vor dem 15. März 2007.

- FRAGE: Qualifikation laufender Zahlungen?
Beispiel: Emissionskurs: 100; Laufzeit: 7 Jahre; 6 Jahreszahlungen:
z.B. 20 pro Jahr; Abschlusszahlung: Schlusskurs abzüglich Summe
Jahreszahlungen: z.B. 200 minus 120 = 80
- BMF: Verbändeschreiben vom 14.12.2007 an Zentralen Kreditausschuss:
 - 6 mal 20 jährlich in voller Höhe § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nF
 - Abschlusszahlung von 80 führt zu Verlust von 20; zu berücksichtigen gemäß § 20 Abs. 6 EStG nF.
- Literatur:
 - Indexentwicklungsbezogene jährliche Zahlungen fallen NICHT unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nF
 - Positive Differenz zwischen Summe der Jahreszahlung plus Abschlusszahlung und Emissionspreis ist Einlösegewinn im Sinne des § 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG nF
 - D.h.: $[120 + 80]$ minus 100 = 100 als Einlösegewinn
- BFH: Jüngste Rechtsprechung zu Teilgarantie-Zertifikaten vom Herbst 2007 (fallen nach BFH-Formel unter § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG aF, da Finanzinnovation) bestätigt wohl die Literatur.

a) Teilgarantierte Zertifikate

- Bisheriges Recht (gemäß BFH-Rechtsprechung)
 - Sie fallen bezüglich des teilgarantierten Teils unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG aF.
 - Sie sind insoweit Finanzinnovationen im Sinne des § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG aF.
 - Wichtig ist die Begründung: Die Systematik der Trennung zwischen Nutzungsentgelt und Kursgewinn gilt IMMER. Ausnahmsweise sind Kursgewinne als Nutzungsentgelt steuerbar, wenn bewusst bei Ausgestaltung des Papiers beide Elemente als Einheit gehandhabt werden. Deshalb Besteuerung nach Marktrendite bei Einlösung/Veräußerung.
 - BMF vom 17. Juni 2008: BFH-Formel zur verhältnismäßigen Aufteilung findet KEINE Anwendung für die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen von Investmentvermögen; d.h. volle Differenz ist Kapitalnutzungsentgelt.

➤ Neues Recht

Kein Unterschied zu Vollrisikozertifikaten.

2. Zertifikatefonds

➤ Laufende Erträge:

(abgeltung-)steuerpflichtig bei Zufluss; gilt unabhängig vom Erwerbszeitpunkt.

➤ Einlösungs- bzw. Veräußerungsgewinne:

– Zu differenzieren zwischen

- Alt-Zertifikaten (d.h. Erwerb bis 31. Dezember 2008);
- Neu-Zertifikaten (d.h. Erwerb ab 1. Januar 2009).

Stichtag 15. März 2007 für direktes Halten im Privatvermögen nicht relevant für Investmentvermögen.

– Für Neu-Zertifikate fällt das Fondsprivileg bei Thesaurierung

➤ Zweifelsfragen:

- Sind performance-abhängige laufende Zahlungen „laufender Kapitalertrag“ im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nF?
 - BMF: Ja; deshalb (abgeltung-)steuerpflichtig bei Zufluss, egal, ob auf Alt-Zertifikate oder Neu-Zertifikate geleistet.
 - Literatur: Nein; deshalb Fondsprivileg bei Thesaurierung, wenn auf Alt-Zertifikate geleistet.
- Behandlung von teilgarantierten Zertifikaten?
 - BFH vom 4. Dezember 2007: Einlöse- bzw. Veräußerungsgewinn im Verhältnis Teilgarantie fällt unter § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG aF
 - BMF vom 17. Juni 2008: Nichtanwendung für Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen nach InvStG; d.h. in voller Höhe § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG aF
 - Bei Alt-Zertifikaten daher für die Behandlung desjenigen Teils des Einlöse- bzw. Veräußerungsgewinns, der nach BFH nicht unter § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG aF fällt, nach BMF kein Fondsprivileg bei Thesaurierung. Nach Literatur würde dafür bei Thesaurierung Fondsprivileg gelten.

3. Zertifikat als Investmentanteil?

- BaFin-Entwurf zum Anwendungsbereich:
 - Tz 24: Definition des Begriffes Zertifikat:
Ein Wertpapier, das von einem Dritten ausgegeben wird und die Ergebnisse eines oder mehrerer ausländischer Investmentvermögen nachvollzieht.
 - Ein Zertifikat, bei dem der Anleger kein Recht zur Rückgabe hat, ist kein ausländischer Investmentanteil.
- BMF-Schreiben vom 2. Juni 2005:
 - Rz 9: Fehlendes Rückgaberecht nicht Voraussetzung für Aussage, dass Zertifikat kein ausländischer Investmentanteil.
 - Vorschlag:

Rückgaberechtseinschub im BaFin-Anwendungsbereichsschreiben zu streichen.

III. KAPITALERTRAGSTEUER

➤ Jahressteuergesetz 2008:

Einlöse- bzw. Veräußerungsgewinne bei den nach § 18 Abs. 2 a InvStG „stigmatisierten“ Neu-Anteilen (zeitlich und sachlich „stigmatisiert“) unterliegen nicht der KEST; § 8 Abs. 6 InvStG gilt nicht, vgl. § 18 Abs. 2 a Satz 5 InvStG

➤ Sonderproblem: § 4 Abs. 2 Satz 7 InvStG

- Inländische Kapitalerträge und inländische KEST eines ausländischen Investmentvermögens gelten beim inländischen Anleger als AUSLÄNDISCHE Kapitalerträge und AUSLÄNDISCHE KEST für Zwecke der Anrechnung
- Bedeutung: Anrechnung materiell inländischer KEST (auf inländische Einkünfte) wegen Fiktion statt nach § 36 EStG (unbeschränkt!) nur nach § 34 c EStG (der Höhe nach beschränkt).
- Wertung: Das ist u.E. europarechtswidrig.

IV. KONKURRENZ INVSTG UND AStG

1. § 7 Abs. 7 AStG

Ausgangssituation: Das ausländische Investmentvermögen ist Zwischengesellschaft und die vom inländischen Anleger gehaltenen Anteile an der Zwischengesellschaft sind ausländische Investmentanteile.

- Hinzurechnungsbesteuerung gemäß AStG beim inländischen Anleger unanwendbar, wenn auf Einkünfte, für die die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, das InvStG anwendbar ist.
- Rückausnahme bei DBA-Freistellung für Ausschüttungen und ausschüttungsgleiche Erträge: Dann doch Vorrang AStG:
 - Qualifikation der Erträge nach DBA als Dividende und Schachtelbeteiligung des inländischen Anlegers.
 - DBA-Befreiung gemäß § 4 Abs. 1 InvStG iVm § 5 Abs. 1 InvStG führt nicht zur Rückausnahme.

2. § 10 Abs. 3 Satz 1 AStG

Ausgangssituation: Die Zwischengesellschaft, an der der inländische Anleger beteiligt ist, hält ihrerseits ausländische Investmentanteile.

- Auf der Ebene der Zwischengesellschaft sind die Einkünfte aus den von der Zwischengesellschaft gehaltenen ausländischen Investmentanteile nach InvStG zu ermitteln (unstreitig). Die Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträge fallen unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (auch unstreitig).
- Ist das ausländische Investmentvermögen, an dem die Zwischengesellschaft ihrerseits die ausländischen Investmentanteile hält, Kapitalgesellschaft, so ist das ausländische Investmentvermögen „nachgeschaltete Zwischengesellschaft“ im Sinne des § 14 AStG. „Passive“ (nach InvStG ermittelte) Einkünfte der nachgeschalteten Zwischengesellschaft werden der Zwischengesellschaft für Zwecke der Errechnung des Hinzurechnungsbetrags zugerechnet. ABER: Die Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträge sind aktiv, § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG. Daher nach Literatur: § 10 Abs. 3 Satz 1 AStG läuft leer.

- Ist das nachgeschaltete Investmentvermögen nicht Kapitalgesellschaft (sondern z.B. Personengesellschaft), sind die (nach InvStG ermittelten) Einkünfte der Zwischengesellschaft aus den gehaltenen ausländischen Investmentanteilen nicht aktiv, sondern passiv. Folge: Hinzurechnungsbesteuerung greift.

3. Kombination von § 7 Abs. 7 AStG und § 10 Abs. 3 Satz 1 AStG

Ausgangssituation: Die Zwischengesellschaft, an der der inländische Anleger beteiligt ist, ist ausländisches Investmentvermögen, und hält ausländische Investmentanteile.

- Es wird „durchgängig“ (d.h. von unten nach oben!) nur InvStG angewendet: Zwischengesellschaft / nachgelagertes Investmentvermögen: § 10 Abs. 3 Satz 1 InvStG; Anleger / Zwischengesellschaft: § 7 Abs. 7 AStG.
- Das Leerlaufen der Hinzurechnungsbesteuerung wegen § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG tritt in diesem Fall nicht ein.

4. Nicht geregelter Fall

Die Zwischengesellschaft, an der der inländische Anleger beteiligt ist, ist ausländisches Investmentvermögen, aber die nachgeschaltete (Kapital-) Gesellschaft ist es nicht:

- § 7 Abs. 7 AStG gilt im Verhältnis Anleger / Zwischengesellschaft; d.h. Vorrang InvStG (unstreitig).
- § 14 AStG gilt aber im Verhältnis Zwischengesellschaft / nachgelagerte Gesellschaft nicht. Grund: § 14 AStG gilt / betrifft nur die Hinzurechnungsbesteuerung der inländischen Anleger im Verhältnis zur Zwischengesellschaft; die Zwischengesellschaft unterliegt aber nicht der Hinzurechnungsbesteuerung wegen § 7 Abs. 7 AStG, sondern der Besteuerung nach InvStG.
- Erfassung der Einkünfte der nachgelagerten Gesellschaft gemäß Rechtsformregeln (so BMF vom 2. Juni 2005 Tz. 36).