

Birgit Köhler

Praxisleitfaden Investmentsteuerrecht

Investmentfonds in Bilanz und Steuererklärung

2. Auflage

SCHÄFFER
POESCHEL

Hinweis zum Urheberrecht:

Alle Inhalte dieses eBooks sind urheberrechtlich geschützt.

Bitte respektieren Sie die Rechte der Autorinnen und Autoren, indem sie keine ungenehmigten Kopien in Umlauf bringen.

Dafür vielen Dank!

Praxisleitfaden Investmentsteuerrecht

Birgit Köhler/Franz Schober

Praxisleitfaden Investmentsteuerrecht

Anteile an Investmentfonds in Bilanz und Steuererklärung

2. Auflage

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart

Berabeiterübersicht:

Birgit Köhler: Kapitel 1, 2 (außer 2.3), 3 (außer 3.2.3.2.6), 4 (außer 4.3.10.2.2.), 5-13

Franz Schober: Kapitel 2.3, 3.2.3.2.6, 4.3.10.2.2, 14

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de/> abrufbar.

Print: ISBN 978-3-7910-5208-3 Bestell-Nr. 17017-0002

ePub: ISBN 978-3-7910-5209-0 Bestell-Nr. 17017-0101

ePDF: ISBN 978-3-7910-5210-6 Bestell-Nr. 17017-0151

Birgit Köhler/Franz Schober

Praxisleitfaden Investmentsteuerrecht

2. Auflage, Mai 2022

© 2022 Schäffer-Poeschel Verlag für Wirtschaft · Steuern · Recht GmbH

www.schaeffer-poeschel.de

service@schaeffer-poeschel.de

Produktmanagement: Rudolf Steinleitner

Lektorat: Petra Bandl

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die der Vervielfältigung, des auszugsweisen Nachdrucks, der Übersetzung und der Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen, vorbehalten. Alle Angaben/Daten nach bestem Wissen, jedoch ohne Gewähr für Vollständigkeit und Richtigkeit.

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart

Ein Unternehmen der Haufe Group SE

Sofern diese Publikation ein ergänzendes Online-Angebot beinhaltet, stehen die Inhalte für 12 Monate nach Einstellen bzw. Abverkauf des Buches, mindestens aber für zwei Jahre nach Erscheinen des Buches, online zur Verfügung. Ein Anspruch auf Nutzung darüber hinaus besteht nicht.

Sollte dieses Buch bzw. das Online-Angebot Links auf Webseiten Dritter enthalten, so übernehmen wir für deren Inhalte und die Verfügbarkeit keine Haftung. Wir machen uns diese Inhalte nicht zu eigen und verweisen lediglich auf deren Stand zum Zeitpunkt der Erstveröffentlichung.

Vorwort

Investmentfonds sind ein wichtiger Bestandteil des modernen Finanzmanagements. Sie ermöglichen es dem Anleger, das Know-how eines erfahrenen Asset-Managements und die Vorteile einer professionellen Vermögensanlage zu nutzen, ohne sich selbst um Kapitalmarktentwicklungen kümmern zu müssen. Darüber hinaus kann der Anleger bei der Kapitalanlage über Investmentfonds von der Risikostreuung innerhalb des Fonds profitieren, denn durch die Mischung zahlreicher Wertpapiere und anderer Vermögensanlagen werden die mit der Anlage verbundenen Risiken grundsätzlich begrenzt. Die mit der Vermögensanlage verbundenen Verwaltungsarbeiten wie insbesondere die handels- und steuerrechtliche Buchhaltung einschließlich der Erfüllung zunehmender Reportingpflichten werden weit überwiegend von der Ebene des Anlegers auf die Fondsebene verlagert und durch die Kapitalanlagegesellschaften übernommen. Für den bilanzierenden Anleger ergibt sich bei Fondsinvestitionen der große Vorteil, dass er handels- und steuerrechtlich lediglich die Anteile am Fonds zu bilanzieren hat, nicht dagegen die zahlreichen Einzelwerte, in die das Fondsvermögen investiert ist. Dennoch ist die steuerliche Behandlung von Anteilen an (Spezial-) Investmentfonds gerade beim bilanzierenden Anleger komplex.

Das grundsätzlich ab dem 1.1.2018 geltende neue Recht brachte für die Besteuerung von (Publikums-)Investmentfonds eine grundlegende Neukonzeption der Besteuerung unter Abkehr vom Transparenzprinzip. Unter bestimmten Voraussetzungen ist zwar für Spezial-Investmentfonds eine Besteuerung nach dem modifizierten transparenten System weiterhin möglich, doch auch für Spezial-Investmentfonds ergaben sich einschneidende Änderungen: die Möglichkeit, die neu eingeführte Besteuerung auf Fondsebene im Bereich der Spezial-Investmentfonds durch Ausübung einer Transparenzoption entfallen zu lassen, und die Möglichkeit des Anlegers, unter bestimmten Voraussetzungen zwischen verschiedenen Besteuerungsregimen zu wählen und damit auf seine steuerliche Belastung einzuwirken. Zudem ist der Übergang auf das ab dem 1.1.2018 geltende Recht mit zahlreichen Sonderfragen und Übergangsvorschriften verbunden, die dem Anleger zusätzliche steuerliche Besonderheiten auferlegen und einige steuerliche Fallstricke bereithalten. Die Reform des Investmentsteuergesetzes hatte sich auf die Fahnen geschrieben, die Materie der Fondsbesteuerung zum Teil drastisch zu vereinfachen. Aus verschiedenen Gründen ist dies jedoch nicht in vollem Umfang gelungen und es verblieben insbesondere jenseits des wissenschaftlichen Diskurses in der Praxis verschiedene offene Anwendungsfragen.

Unser Leitfaden soll sich insbesondere praxisrelevanten Fragestellungen jenseits der wissenschaftlichen Diskussionen widmen und die Fragestellungen des Anlegers in den Fokus rücken. Aufgrund der sich stetig weiterentwickelnden Materie und des Zugewinns an Erkenntnissen aus der praktischen Umsetzung der ersten Veranlagungs-

zeiträume nach der Investmentsteuerreform wie auch der sich vervollständigenden Kommentierung durch die Finanzverwaltung in Form von BMF-Schreiben war es uns daher ein persönliches Anliegen, dem privaten und insbesondere dem bilanzierenden bzw. institutionellen Anleger einen Leitfaden an die Hand zu geben, der ihn in die Lage versetzt, die hochkomplexe Materie des Investmentsteuerrechts in eine Steuerbilanz und in eine Steuererklärung zu transformieren und die wesentlichen Fragen zur Besteuerung von Anteilen an (Spezial-)Investmentfonds beantworten zu können. Für den bilanzierenden Anleger werden zudem ausführlich die steuerbilanziellen Folgen dargestellt, die sich zum einen durch den Ansatz und die Bewertung der Investmentanteile selbst und zum anderen durch die bilanzielle Berücksichtigung der Besteuerungsgrundlagen ergeben, wie zum Beispiel Vorabpauschalen, ausschüttungsgleiche Erträge, Zurechnungsbeträge oder ausländische Quellensteuern. Dabei wird auch auf die Besonderheiten verschiedener Anlegergruppen eingegangen, wie zum Beispiel Anleger, die im Rahmen von Zusagen der betrieblichen Altersversorgung investieren. Eine ausführliche Darstellung der Besonderheiten im Zusammenhang mit den Übergangsregelungen, die Behandlung der (Spezial-)Investmentfonds bei der Ermittlung der latenten Steuern sowie Überlegungen zur Vorteilhaftigkeit der verschiedenen möglichen Besteuerungsregime runden das Werk ab.

Dieses Werk richtet sich primär an die Anleger von Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds. Es ist aus der Praxis heraus entstanden und geht daher besonders auf die Fragestellungen und Zweifelsfragen ein, die sich für den Anleger bei der »Verarbeitung« der Besteuerungsgrundlagen ergeben. Zahlreiche Praxisbeispiele veranschaulichen die gesetzlichen Regelungen.

München, im April 2022
Birgit Köhler/Franz Schober

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort | 5 |
| Abkürzungsverzeichnis | 17 |
| 1 Investmentsteuerreformgesetz | 19 |
| 1.1 Hintergründe der Investmentsteuerreform | 19 |
| 1.2 Wesentliche Änderungen durch das Investmentsteuerreformgesetz | 21 |
| 2 Anwendungsbereich des InvStG und begriffliche Grundlagen | 25 |
| 2.1 Anwendungsbereich des InvStG | 25 |
| 2.2 Investmentfonds | 25 |
| 2.2.1 Begriff | 25 |
| 2.2.2 Fiktive Investmentfonds | 28 |
| 2.2.3 Ausnahmen vom Anwendungsbereich | 29 |
| 2.2.4 Ausländische Rechtsformen | 31 |
| 2.2.5 Teilsondervermögen | 35 |
| 2.3 Spezial-Investmentfonds | 36 |
| 2.3.1 Grundzüge des Spezial-Investmentfonds | 36 |
| 2.3.2 Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG | 36 |
| 2.3.3 Konkurrenzverhältnisse | 41 |
| 2.3.4 Besonderheiten bei geschlossenen Fonds | 43 |
| 2.3.5 Besonderheiten bei »Green«-Investments | 45 |
| 2.3.6 Wegfall der Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds | 46 |
| 2.3.7 Rolle des Anlegers bei den Anlagebestimmungen nach § 26 InvStG | 47 |
| 3 Besteuerung auf Fondsebene | 49 |
| 3.1 Investmentvermögen | 49 |
| 3.1.1 Persönliche Steuerpflicht des Investmentfonds | 49 |
| 3.1.2 Sachliche Steuerpflicht | 50 |
| 3.1.2.1 Abschließender Charakter | 50 |
| 3.1.2.2 Inländische Beteiligungseinnahmen | 51 |
| 3.1.2.3 Inländische Immobilienerträge | 54 |
| 3.1.2.4 Sonstige inländische Einkünfte | 56 |
| 3.1.2.5 Beteiligungen an Personengesellschaften | 57 |
| 3.1.3 Ermittlung der Einkünfte | 59 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 3.1.4 | Erhebung von Kapitalertragsteuer gegenüber dem Investmentfonds | 60 |
| 3.1.4.1 | Höhe des Steuerabzugs | 60 |
| 3.1.4.2 | Statusbescheinigung | 61 |
| 3.1.4.3 | Erstattung von Kapitalertragsteuer | 63 |
| 3.1.4.4 | Anwendung von DBA – Erstattung einbehaltener Kapitalertragsteuer | 66 |
| 3.1.5 | Körperschaftsteuererklärung – Veranlagungsverfahren | 67 |
| 3.1.6 | Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger | 68 |
| 3.1.6.1 | Steuerbegünstigte Anleger | 68 |
| 3.1.6.2 | Umfang der Steuerbefreiung | 74 |
| 3.1.6.3 | Nachweis der Steuerbefreiung | 75 |
| 3.1.6.4 | Erstattungsverfahren vs. Abstandnahmeverfahren | 77 |
| 3.1.6.5 | Leistungspflicht gegenüber steuerbegünstigten Anlegern | 81 |
| 3.1.6.6 | Wegfall der Steuerbefreiung und Haftung bei unberechtigter Steuerbefreiung | 83 |
| 3.1.7 | Gewerbsteuer | 83 |
| 3.1.7.1 | Gewerbsteuerbefreiung | 83 |
| 3.1.7.2 | Aktive unternehmerische Bewirtschaftung | 84 |
| 3.1.7.3 | Umfang der Gewerbesteuerpflicht und Ermittlung der Gewerbsteuer | 87 |
| 3.1.8 | Abkommensberechtigung von Investmentfonds | 87 |
| 3.2 | Spezial-Investmentvermögen | 88 |
| 3.2.1 | Besteuerungsgrundsätze | 88 |
| 3.2.2 | Sachliche Steuerpflicht | 90 |
| 3.2.3 | Wegfall der Besteuerung auf Fondsebene | 91 |
| 3.2.3.1 | Grundzüge der Transparenz-, Erhebungs- und Immobilien-Transparenzoption | 91 |
| 3.2.3.2 | Beteiligungseinnahmen | 94 |
| 3.2.3.3 | Erhebungsoption und Immobilien-Transparenzoption | 106 |
| 3.2.4 | Gewerbsteuer | 112 |
| 3.2.5 | Abkommensberechtigung von Spezial-Investmentfonds | 112 |
| 4 | Besteuerung auf Anlegerebene | 115 |
| 4.1 | Investmentfonds vs. Spezial-Investmentfonds | 115 |
| 4.2 | Investmentfonds | 115 |
| 4.2.1 | Besteuerungsgrundsätze | 115 |
| 4.2.2 | Einkunftsart und Kapitalertragsteuerabzug | 117 |
| 4.2.3 | Investmenterträge im Einzelnen | 119 |
| 4.2.3.1 | Definition | 119 |
| 4.2.3.2 | Ausschüttungen | 120 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 4.2.3.3 | Vorabpauschalen | 126 |
| 4.2.3.4 | Veräußerungs- und Rückgabenbesteuerung | 136 |
| 4.2.4 | Teilfreistellungen | 140 |
| 4.2.4.1 | Grundsätze | 140 |
| 4.2.4.2 | Teilfreistellung abhängig von der Fondskategorie – Umfang und Voraussetzungen | 142 |
| 4.2.4.3 | Nachweis der Anlagegrenzen durch den Anleger | 155 |
| 4.2.4.4 | Gewerbesteuerliche Besonderheiten | 155 |
| 4.2.4.5 | Berücksichtigung im Rahmen des Steuerabzugsverfahrens | 157 |
| 4.2.4.6 | Wechsel der Teilfreistellungsquote | 157 |
| 4.2.5 | Abzugsverbot § 21 InvStG | 167 |
| 4.2.5.1 | Wirkungsweise | 167 |
| 4.2.5.2 | Umfang – wirtschaftlicher Zusammenhang i. S. d. § 21 InvStG | 169 |
| 4.2.5.3 | Exkurs: Betriebsausgabenabzugsverbot bei Lebens- und Krankenversicherungen | 171 |
| 4.2.6 | Ausnahmen von der Besteuerung von Investorserträgen für bestimmte Anlegergruppen | 172 |
| 4.2.6.1 | Vollumfängliche Befreiung von der Besteuerung von Investorserträgen | 172 |
| 4.2.6.2 | Befreiung von der Besteuerung von Vorabpauschalen | 173 |
| 4.2.6.3 | Besonderheiten bei Dachfondskonstruktionen | 181 |
| 4.2.7 | Abschließendes Beispiel | 182 |
| 4.3 | Spezial-Investmentfonds | 184 |
| 4.3.1 | Grundsätze | 184 |
| 4.3.2 | Ausgeschüttete Erträge | 185 |
| 4.3.2.1 | Ausgeschüttete Erträge – Definition und Grundzüge der Ermittlung | 185 |
| 4.3.2.2 | Ausschüttungsreihenfolge | 189 |
| 4.3.2.3 | Zurechnungsbeträge | 190 |
| 4.3.2.4 | Immobilien-Zurechnungsbeträge | 192 |
| 4.3.2.5 | Absetzungsbeträge | 193 |
| 4.3.2.6 | Substanzbeträge | 196 |
| 4.3.2.7 | Zeitanteilige Zurechnung | 197 |
| 4.3.2.8 | Mitteilung der Besteuerungsgrundlagen für die Anleger | 202 |
| 4.3.3 | Ausschüttungsgleiche Erträge | 203 |
| 4.3.3.1 | Definition der ausschüttungsgleichen Erträge | 203 |
| 4.3.3.2 | Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge | 209 |
| 4.3.3.3 | Zuflusszeitpunkt | 211 |
| 4.3.3.4 | Steuerbilanzielle Behandlung der ausschüttungsgleichen Erträge | 213 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 4.3.4 | Steuerbefreiung von Beteiligungseinkünften und Immobilienerträgen | 222 |
| 4.3.4.1 | Freistellung von Beteiligungseinkünften | 222 |
| 4.3.4.2 | Freistellung von Beteiligungseinnahmen und Immobilienerträgen bei Vorbelastung auf Fondsebene | 225 |
| 4.3.4.3 | Besonderheiten bei Transparenzoption | 228 |
| 4.3.4.4 | Besonderheiten bei Erhebungs- und Immobilientransparenzoption | 231 |
| 4.3.4.5 | Abschließendes Beispiel | 232 |
| 4.3.5 | Steuerbefreiungen aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen | 234 |
| 4.3.5.1 | Grundzüge der Freistellung nach Doppelbesteuerungsabkommen | 234 |
| 4.3.5.2 | Freistellung auf Ebene des Anlegers aufgrund des semi-transparenten Besteuerungsregimes | 234 |
| 4.3.5.3 | Freistellung von ausgeschütteten Erträgen | 236 |
| 4.3.6 | Teilfreistellung bei Spezial-Investmentfonds | 236 |
| 4.3.7 | Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn und Fonds-Teilfreistellungsgewinn | 238 |
| 4.3.7.1 | Allgemeine Grundsätze zu den Fonds-Gewinnen | 238 |
| 4.3.7.2 | Fonds-Aktiengewinn | 240 |
| 4.3.7.3 | Fonds-Abkommensgewinn | 256 |
| 4.3.7.4 | Fonds-Teilfreistellungsgewinn | 256 |
| 4.3.8 | Veräußerungs- und Rückgabenbesteuerung, Bewertung | 258 |
| 4.3.8.1 | Systematik des Anleger-Gewinns | 258 |
| 4.3.8.2 | Veräußerungsgewinnermittlung | 267 |
| 4.3.8.3 | Abschließendes Beispiel | 269 |
| 4.3.9 | Abzugsverbot nach § 44 InvStG | 271 |
| 4.3.10 | Kapitalertragsteuerabzug | 276 |
| 4.3.10.1 | Kapitalertragsteuerabzug auf der Fondsausgangsseite | 276 |
| 4.3.10.2 | Besonderheiten bei Ausübung der Transparenzoption | 278 |
| 4.3.11 | Anrechnung und Abzug ausländischer Steuer | 286 |
| 4.3.12 | Auswertung Besteuerungsgrundlagen der Kapitalverwaltungsgesellschaften – ein »Fahrplan« für die Erstellung der Steuererklärungen | 291 |
| 4.3.12.1 | Der »Fahrplan« | 291 |
| 4.3.12.2 | Schritt 1 – Ermittlung des steuerpflichtigen Gesamtbetrags | 292 |
| 4.3.12.3 | Schritt 2 – Ermittlung des Differenzbetrags | 293 |
| 4.3.12.4 | Schritt 3 – Klärung des Differenzbetrags – innerbilanzielle und außerbilanzielle Korrekturen | 294 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 4.3.12.5 | Schritt 4 – weitere außerbilanzielle Zu- und Abrechnungen | 299 |
| 4.3.12.6 | Schritt 5 – Fortentwicklung der steuerlichen Ausgleichsposten aufgrund von Anteilsveräußerungen | 301 |
| 4.3.12.7 | Schritt 6 – Anrechnung vs. Abzug ausländischer Quellensteuern | 302 |
| 4.3.12.8 | Schritt 7 – Berücksichtigung weiterer Komponenten | 303 |
| 4.3.13 | Verfahrensrechtliche Aspekte | 303 |
| 4.3.13.1 | Gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen | 303 |
| 4.3.13.2 | Erklärungspflichten, Wirkung der Erklärung und Rechtsposition der Anleger | 306 |
| 4.3.13.3 | Vordrucke zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 51 InvStG | 307 |
| 5 | Wechsel des Besteuerungsregimes | 309 |
| 5.1 | Grundsätze | 309 |
| 5.2 | Investmentfonds | 310 |
| 5.3 | Wegfall der Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds | 311 |
| 5.3.1 | Folgen auf Fondsebene | 311 |
| 5.3.2 | Folgen auf Anlegerebene | 312 |
| 5.3.2.1 | Veräußerungsfiktion | 312 |
| 5.3.2.2 | Anschaffungsfiktion | 313 |
| 5.3.2.3 | Steuerstundung | 316 |
| 5.3.2.4 | Ertragsabgrenzung | 317 |
| 6 | Die Wahl des Besteuerungsregimes – Steuerbelastungsvergleich | 321 |
| 6.1 | Belastungsparameter | 321 |
| 6.2 | Belastungsvergleiche | 323 |
| 6.3 | Zusammenfassende Darstellung | 332 |
| 7 | Besonderheiten bei ausländischen Investmentfonds | 335 |
| 7.1 | Anwendbarkeit des InvStG auf ausländische Investmentfonds und deren Anleger | 335 |
| 7.2 | Besteuerung des ausländischen Investmentfonds | 336 |
| 7.3 | Besteuerung von Erträgen aus ausländischen Investmentfonds | 337 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 8 | Anwendungs- und Übergangsvorschriften | 339 |
| 8.1 | Allgemeine Anwendung des neuen Rechts | 339 |
| 8.2 | Ertragszurechnung nach altem vs. neuem Recht | 339 |
| 8.2.1 | Erfordernis der Ertragsabgrenzung – Anwendung des alten und des neuen Rechts | 339 |
| 8.2.2 | Zuflussfiktion nach § 56 Abs. 7 S. 1 InvStG – Grundregel | 341 |
| 8.2.3 | Ausnahme nach § 56 Abs. 7 S. 2 InvStG – Verschiebung des Zuflusses von ausschüttungsgleichen Erträgen in das Jahr 2018 | 345 |
| 8.2.3.1 | Voraussetzungen für die Verschiebung des Ertragszuflusses in das Jahr 2018 | 345 |
| 8.2.3.2 | Ertragszurechnung | 346 |
| 8.2.3.3 | Sonderfall Teilausschüttung | 348 |
| 8.3 | Veräußerungsfiktion | 353 |
| 8.3.1 | Allgemein | 353 |
| 8.3.2 | Ermittlung des Veräußerungsergebnisses | 354 |
| 8.3.3 | Zufluss bei tatsächlicher Veräußerung – anwendbares Recht | 357 |
| 8.3.4 | Pflichten der inländischen Verwahrstelle – Mitteilung des Veräußerungsergebnisses | 360 |
| 8.4 | Verfahrensrechtliche Besonderheiten | 364 |
| 8.4.1 | Gesonderte Feststellung des fiktiven Veräußerungsergebnisses | 364 |
| 8.4.1.1 | Gesonderte Feststellung zur Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens | 364 |
| 8.4.1.2 | Umfang der Feststellungen | 365 |
| 8.4.1.3 | Erklärungspflicht – Form, Frist und Zuständigkeit | 365 |
| 8.4.1.4 | Wirkung der Feststellungserklärung | 366 |
| 8.4.2 | Kapitalertragsteuer im Rahmen der fiktiven und tatsächlichen Veräußerung | 367 |
| 8.5 | Abbildung der fiktiven Anschaffungskosten in Folgejahren | 369 |
| 8.5.1 | Abbildung der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 | 369 |
| 8.5.1.1 | Aufstockung der Buchwerte und steuerfreie Rücklage | 369 |
| 8.5.1.2 | Berücksichtigung von aktiven und passiven Ausgleichsposten | 372 |
| 8.5.1.3 | Berücksichtigung der besitzzeitanteiligen Anleger- Gewinne | 374 |
| 8.5.2 | Folgebewertung | 376 |
| 8.5.3 | Fortführung der Bilanzposten bei Rechtsnachfolge | 386 |
| 8.5.4 | Zusammenfallen von fiktiver Veräußerung zum 31.12.2017 und fiktiver Veräußerung aufgrund Wegfalls der Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds | 387 |
| 8.6 | Neubeginn anlegerbezogener Besteuerungsgrundlagen ab dem 1.1.2018 | 388 |
| 8.7 | Umqualifizierung von Substanzausschüttungen | 389 |
| 8.8 | Besonderheiten bei Dachfondskonstruktionen | 391 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 9 | Ansatz und Bewertung von Investmentanteilen | 395 |
| 9.1 | Grundsätze zur Bilanzierung | 395 |
| 9.1.1 | Rechtliche Einordnung der Investmentanteile | 395 |
| 9.1.2 | Gegenstand der Bilanzierung und Bewertung | 396 |
| 9.2 | Bilanzausweis | 397 |
| 9.3 | Zugangsbewertung | 398 |
| 9.4 | Folgebewertung | 399 |
| 9.4.1 | Grundzüge der Folgebewertung | 399 |
| 9.4.2 | Der Teilwert eines Investmentanteils | 400 |
| 9.4.3 | Die voraussichtliche Dauerhaftigkeit | 402 |
| 9.4.3.1 | Grundsätze | 402 |
| 9.4.3.2 | Besonderheiten bei Aktienfonds | 403 |
| 9.4.3.3 | Besonderheiten bei Rentenfonds | 410 |
| 9.4.3.4 | Besonderheiten bei Immobilienfonds | 413 |
| 9.4.3.5 | Besonderheiten bei Mischfonds | 414 |
| 9.5 | Die Behandlung von Ausgleichsposten im Rahmen der Bewertung | 414 |
| 9.5.1 | Ausschüttungsgleiche Erträge | 414 |
| 9.5.2 | Vorabpauschalen | 418 |
| 9.5.3 | Absetzungsbeträge | 418 |
| 9.5.4 | Substanzausschüttungen | 419 |
| 9.5.4.1 | Investmentfonds | 419 |
| 9.5.4.2 | Spezial-Investmentfonds | 420 |
| 9.5.5 | Zurechnungsbeträge | 421 |
| 9.6 | Außerbilanzielle Korrekturen | 422 |
| 9.6.1 | Investmentanteile | 422 |
| 9.6.2 | Spezial-Investmentanteile | 422 |
| 10 | Altersvorsorgevermögensfonds | 425 |
| 10.1 | Definition und Hintergrund | 425 |
| 10.2 | Voraussetzungen | 426 |
| 10.3 | Besteuerung | 427 |
| 11 | Übertragungen, Liquidation und Verschmelzungen | 429 |
| 11.1 | Übertragung von Wirtschaftsgütern in einen Investmentfonds | 429 |
| 11.2 | Liquidation | 430 |
| 11.2.1 | Investmentfonds | 430 |
| 11.2.2 | Spezial-Investmentfonds | 434 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 11.3 | Verschmelzung | 435 |
| 11.3.1 | Verschmelzung von Investmentfonds | 435 |
| 11.3.1.1 | Anwendungsbereich der investmentsteuerrechtlichen Sonderregelungen | 435 |
| 11.3.1.2 | Fondsebene | 436 |
| 11.3.1.3 | Anlegerebene | 437 |
| 11.3.2 | Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds | 441 |
| 11.3.3 | Besteuerung nach allgemeinen steuerrechtlichen Regelungen | 442 |
| 11.3.4 | Umwandlungen auf Anlegerebene | 442 |
| 12 | Latente Steuern | 445 |
| 12.1 | Grundzüge der Abgrenzung latenter Steuern nach HGB und IFRS | 445 |
| 12.2 | Steuerabgrenzung bei Investmentfonds | 448 |
| 12.3 | Steuerabgrenzung bei Spezial-Investmentfonds | 450 |
| 12.3.1 | Einbeziehung von aktiven und passiven steuerlichen Ausgleichsposten | 450 |
| 12.3.2 | Steuerfreie und nicht abzugsfähige Ergebnisbestandteile | 451 |
| 12.3.3 | Ermittlungssystematik | 454 |
| 12.3.4 | Besonderheiten bei Besteuerung auf Fondsebene | 457 |
| 12.4 | Auswirkung der Übergangsvorschriften auf die Steuerabgrenzung | 458 |
| 12.4.1 | Berücksichtigung des Ergebnisses aus der fiktiven Veräußerung | 458 |
| 12.4.2 | Berücksichtigung von Teilwertberichtigungen auf Alt-Anteile | 462 |
| 13 | Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG | 465 |
| 13.1 | Grundsätze der Hinzurechnungsbesteuerung | 465 |
| 13.2 | Rechtslage bis 2021 | 466 |
| 13.3 | Rechtslage ab 2022 | 467 |
| 13.3.1 | Anwendungsbereich | 467 |
| 13.3.2 | Einschränkung der Sperrwirkung bei beherrschten Investmentfonds | 467 |
| 13.3.3 | Kapitalanlagegesellschaften – Nichtbeherrschungsfälle | 470 |
| 13.3.3.1 | Anwendungsbereich | 470 |
| 13.3.3.2 | Volle Sperrwirkung | 471 |
| 13.3.4 | Substanznachweis | 471 |
| 13.3.5 | Hinzurechnungsbetrag | 472 |
| 14 | Ausgewählte Anzeige- und Mitteilungspflichten im Sinne der AO | 475 |
| 14.1 | Mitteilungspflicht nach § 138 Abs. 2 AO | 475 |
| 14.1.1 | Grundzüge der Mitteilungspflicht nach § 138 Abs. 2 AO | 475 |
| 14.1.2 | Besonderheiten bei (Spezial-)Investmentfonds | 476 |
| 14.1.2.1 | Perspektive des Anlegers | 476 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 14.1.2.2 | Perspektive des (Spezial-)Investmentfonds | 478 |
| 14.1.2.3 | Meldung nach § 138 Abs. 2 AO | 479 |
| 14.2 | Anzeigepflicht nach §§ 138d bis 138k AO (»DAC 6«) | 480 |
| 14.2.1 | Zentrale Definitionen und Inhalte der Vorschrift | 480 |
| 14.2.2 | Hallmarks bzw. Kennzeichen | 483 |
| 14.2.3 | Spezifika der Fondsanlage | 485 |
| 14.2.4 | Angaben in der Steuererklärung | 486 |
| | Literatur | 489 |
| | Stichwortverzeichnis | 493 |
| | Die Autoren | 499 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|--|
| a. F. | alte Fassung |
| Abs. | Absatz |
| abzgl. | abzüglich |
| ADR | American Depositary Receipts |
| AfA | Absetzung für Abnutzung |
| AfS | Absetzung für Substanzverringerung |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AIF | Alternativer Investmentfonds |
| AktG | Aktiengesetz |
| AO | Abgabenordnung |
| BetrAVG | Betriebsrentengesetz |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BilMoG | Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BR-Drs. | Bundesrats-Drucksache |
| BStBl. | Bundessteuerblatt |
| BT-Drs. | Bundestags-Drucksache |
| Buchst. | Buchstabe |
| BZSt | Bundeszentralamt für Steuern |
| bzw. | beziehungsweise |
| CTA | Contractual Trust Arrangements |
| DBA | Doppelbesteuerungsabkommen |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| DStR | Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) |
| EDR | European Depositary Receipts |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| ETC | Exchange Traded Commodities/Currencies |
| ETF | Exchange Traded Funds |
| ETN | Exchange Traded Notes |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| f./ff. | fortfolgend/fortfolgende |
| FG | Finanzgericht |
| FR | Finanzrundschau (Zeitschrift) |
| GDR | Global Depositary Receipts |
| GewStG | Gewerbsteuergesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GrS | Großer Senat |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| HS | Halbsatz |

| | |
|-----------|---|
| i. d. R. | in der Regel |
| i. H. v. | in Höhe von |
| i. S. d. | im Sinne der/des |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| IAS | International Accounting Standards |
| IFRS | International Financial Reporting Standards |
| InvStRefG | Investmentsteuerreformgesetz |
| IRZ | Zeitschrift für internationale Rechnungslegung |
| KAGB | Kapitalanlagegesetzbuch |
| KoR | Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung |
| KStG | Körperschaftsteuergesetz |
| KWG | Gesetz über das Kreditwesen |
| MindZV | Mindestzuführungsverordnung |
| Mio. | Million |
| NAV | Net Asset Value |
| OFD | Oberfinanzdirektion |
| OGAW | Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren i. S. d. Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren |
| REITG | Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen |
| Rn. | Randnummer |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Satz/Seite |
| sog. | sogenannte/r/s |
| SolZ | Solidaritätszuschlag |
| SPE | Special Purpose Entity |
| Tz. | Textziffer |
| Ubg | Die Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift) |
| vgl. | vergleiche |
| WPg | Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift) |
| zzgl. | zuzüglich |

1 Investmentsteuerreformgesetz

1.1 Hintergründe der Investmentsteuerreform

Ab dem 1.1.2018 findet grundsätzlich auf sämtliche Investmentfonds und deren Anleger das Investmentsteuergesetz (InvStG) in der am 26.7.2016 im Bundesgesetzblatt veröffentlichten Fassung¹ Anwendung, § 1 und § 56 Abs. 1 S. 1 InvStG. Die Investmentsteuerreform verfolgte insbesondere folgende Ziele²:

- **Beseitigung europarechtlicher Risiken**

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 10.5.2012 zum französischen Investmentsteuerrecht in den verbundenen Rechtssachen C-338/11 bis C-347/11 »Santander«³ entschieden, dass Rechtsvorschriften, die unterschiedliche steuerliche Folgen für Dividenden inländischer Herkunft vorsehen, je nachdem, ob diese von gebietsansässigen oder von gebietsfremden Investmentfonds bezogen werden, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen. Nach dem damaligen französischen Recht konnten französische Investmentfonds Dividenden von französischen Kapitalgesellschaften steuerfrei beziehen, während ausländische Investmentfonds einer beschränkten Steuerpflicht unterlagen. In seiner Entscheidung vom 10.4.2014,⁴ die das polnische Investmentsteuerrecht betrifft, hat der EuGH seine Rechtsauffassung bestätigt. Das deutsche Investmentsteuerrecht in seiner bis zum 1.1.2018 geltenden Fassung stellte ähnlich wie das französische und polnische Recht inländische Investmentfonds von der Kapitalertragsteuer frei und wendete bei Dividendenzahlungen an ausländische Investmentfonds einen abgeltend wirkenden Abzug der Kapitalertragsteuer an.⁵

- **Reduzierung der Gestaltungsanfälligkeit**

Die mit dem Transparenzprinzip einhergehende Komplexität und die Vielzahl von Differenzierungen innerhalb der Investmentsteuerregelungen boten nach Auffassung des Gesetzgebers in besonderem Maße Ansatzpunkte für steuerliche Gestaltungsmodelle, wie z. B. Cum-Ex-Gestaltungen, bei denen durch Leerverkäufe über den Dividendenstichtag Ansprüche auf Erstattung von Kapitalertragsteuer erzeugt wurden, ohne dass zuvor Steuer abgeführt wurde, oder das Erzeugen von künstlichen Verlusten durch das sog. Bondstripping. Ein weiteres häufig aufgetretenes Gestaltungsmodell waren sog. Kopplungsgeschäfte, bei denen von den Investmentfonds gegenläufige Derivategeschäfte dergestalt abgeschlossen wurden, dass garantiert auf Anlegerebene steuerfreie Veräußerungsgewinne aus

1 Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG; im Folgenden InvStG), BGBl. I 2016, 1730, geändert durch Gesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000.

2 Vgl. BT-Drs. 18/8045, 49 ff.

3 EuGH v. 10.5.2012, Santander, BFH/NV 2012, 1293.

4 EuGH v. 10.4.2014, Emerging Markets, BB 2014, 981.

5 Vgl. FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 2079/16, Rev. eingelegt, BFH I R 2/20.

Aktien und in gleicher oder ähnlicher Höhe steuerwirksame Verluste aus Termin-geschäften entstanden.⁶ Eine besondere Rolle bei vielen Gestaltungsmodellen im Investmentsteuerrecht sah der Gesetzgeber auch im Ertragsausgleich. Hierdurch ließen sich mittels bewusst gesteuerter Anteilsausgaben und Anteilsrückgaben gewünschte steuerliche Effekte in beliebiger Größenordnung erzeugen.

- **Reduzierung des Aufwands für die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen auf Seiten der Wirtschaft und der Bürger einerseits sowie des Kontrollaufwands der Verwaltung andererseits**

Das steuerliche Transparenzprinzip brachte einen beträchtlichen administrativen Aufwand. Bei jeder Ausschüttung und Ertragsthesaurierung waren bis zu 33 unterschiedliche Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln und zu veröffentlichen, Verluste waren in bis zu zwölf verschiedene Verlustverrechnungskategorien zu unterteilen. Als kaum mehr durchführbar sah der Gesetzgeber das Transparenzprinzip, wenn über mehrere Ebenen von Investmentfonds (Dachfonds-Zielfonds-Konstruktionen) hindurch das Transparenzprinzip vorgenommen werden sollte. Es oblag dem Investmentfonds, die Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln und prüfen zu lassen und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Die Kosten für die Investmentfonds beliefen sich auf schätzungsweise 50 Mio. € pro Jahr.

- **Überprüfbarkeit der Besteuerungsgrundlagen**

Aufgrund der großen Komplexität und der erforderlichen Kenntnisse der Geschäftsvorgänge des Investmentfonds sah der Gesetzgeber die Überprüfbarkeit der Besteuerungsgrundlagen weder für die Anleger noch für die Veranlagungsbeamten als gegeben an.

- **Korrektur des Systemfehlers des alten Rechts, dass bei Publikumsfonds eine rückwirkende Korrektur von fehlerhaften Besteuerungsgrundlagen nicht möglich ist**

Eine Überprüfung der Besteuerungsgrundlagen erfolgte nur im Nachhinein zentral für alle Anleger durch das für den Investmentfonds zuständige Finanzamt im Rahmen einer Betriebsprüfung oder bei ausländischen Investmentfonds durch das BZSt. Wurden dabei Fehler in den Besteuerungsgrundlagen festgestellt, war eine rückwirkende Korrektur bei den Anlegern in dem anonymen Masseverfahren der Publikums-Investmentfonds praktisch nicht umsetzbar. Statt einer an sich materiell richtigen rückwirkenden Fehlerkorrektur behelf sich das InvStG in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung (im Folgenden InvStG a. F.) mit einer Fehlerkorrektur, die auf den Zeitraum angewendet wurde, in dem ein entsprechender Feststellungsbescheid bestandskräftig wurde, § 13 Abs. 4 InvStG a. F. Dadurch wurden häufig Anleger getroffen, die bei der Fehlerentstehung noch nicht an dem Investmentfonds beteiligt waren.

6 Die Aufarbeitung der Thematik dauert bis heute an, vgl. BMF v. 17.11.2020, BStBl. I 2020, 1225; ausführlich dazu Köhler/Grosjean, RdF 2021, 114 ff.

- **Folgewirkungen des EuGH-Urteils vom 9.10.2014 (C-326/12, van Caster und van Caster⁷)**

Wenn ein Investmentfonds seine Besteuerungsgrundlagen nicht veröffentlichte, sah das InvStG a. F. eine Pauschalbesteuerung vor (§ 6 InvStG a. F.). Der EuGH stufte diese Norm insoweit als EU-rechtswidrig ein, als dem Anleger keine Möglichkeit zu einem eigenen Nachweis der Besteuerungsgrundlagen eingeräumt wurde. Aufgrund dieser Entscheidung war zu erwarten, dass bei den Finanzämtern vermehrt Anträge auf Berücksichtigung von selbst ermittelten Besteuerungsgrundlagen eingehen.⁸

Angesichts der geschilderten Defizite der alten Rechtslage war eine grundlegende Reform erforderlich.

1.2 Wesentliche Änderungen durch das Investmentsteuerreformgesetz

Nach der bis zum 31.12.2017 geltenden Rechtslage folgte sowohl die Besteuerung von Publikumsfonds als auch die Besteuerung von Spezialfonds dem Transparenzprinzip. Das Transparenzprinzip besagt, dass der Inhaber von Fondsanteilen grundsätzlich so zu behandeln ist, als hätte er die jeweiligen im Fonds enthaltenen Wertpapiere direkt gehalten. Nach dem bis zum 31.12.2017 geltenden Investmentsteuerrecht vermittelte ein Investmentfonds dem Anleger daher auch keine Investmenterträge als solche, sondern diejenigen Ertragskomponenten, die der Fonds erzielt hat, d. h. Dividendenerträge, Zinserträge, Veräußerungsgewinne, Termingeschäftsgewinne etc. Wie bei der Direktanlage konnten auf der Fondseingangsseite von diesen Erträgen abgeführte Kapitalertragsteuern mit der Steuerschuld des Anlegers verrechnet werden, da es sich um eine Vorauszahlung auf die Steuerschuld der Anleger handelte. Auch die Anrechnungsansprüche auf im Fonds angefallene ausländische Quellensteuer reichte der inländische Fonds nach der alten Rechtslage an seinen Anteilsinhaber weiter oder berücksichtigte sie bereits als Werbungskosten auf Fondsebene. Die Zwischenschaltung eines Fonds sollte somit beim Anleger grundsätzlich keine höhere oder niedrigere Besteuerung auslösen als eine direkte Beteiligung an den Vermögensgegenständen des Fonds.

Die Reform des InvStG brachte eine grundlegende Neukonzeption der Investmentbesteuerung unter Abkehr einer Besteuerung nach dem Transparenzprinzip für Investmentfonds. Unter bestimmten engen Voraussetzungen sollen künftig allein

7 EuGH v. 9.10.2014 – C-326/12, van Caster und van Caster, BFH/NV 2014, 2029.

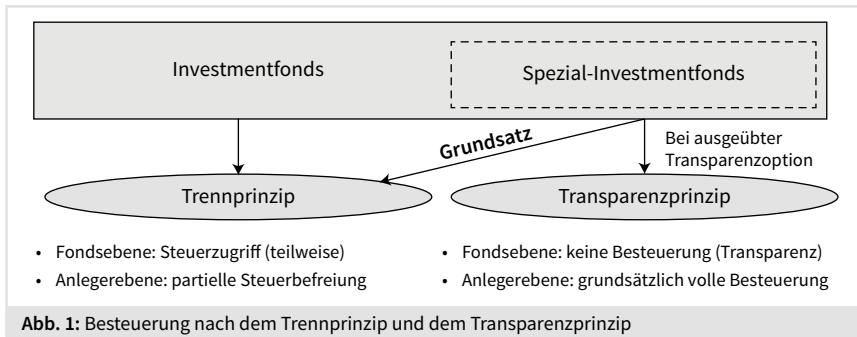
8 Die Finanzgerichte sind weiterhin mit den Folgefragen des genannten Urteils befasst, vgl. u. a. FG Rheinland-Pfalz v. 22.10.2019 – 3 K 1264/16, Rev. eingelegt, BFH VIII R 13/20; BB 2021, 2080 (Anm. Schober).

Spezial-Investmentfonds nach einem modifizierten transparenten System besteuert werden. Das InvStG unterscheidet ab 1.1.2018 damit zwischen zwei voneinander unabhängigen Besteuerungssystemen, nämlich einem intransparenten Besteuerungssystem für Investmentfonds und einer Besteuerung nach dem eingeschränkten Transparenzprinzip für Spezial-Investmentfonds.

Für Investmentfonds wird die bisher transparente Besteuerung durch eine stärker am Trennungsprinzip orientierte Besteuerung ersetzt. Während nach der bis zum 31.12.2017 geltenden Rechtslage die Besteuerung ausschließlich auf Anlegerebene vorgenommen wurde, verlagert sich die Besteuerung auf die Ebene des Investmentfonds. Allerdings werden nur bestimmte inländische Einkünfte auf Fondsebene besteuert. Die Besteuerung der Anleger ändert sich dergestalt, dass die steuerliche Vorbelastung auf Ebene des Investmentfonds auf Ebene des Anlegers durch pauschale Teilfreistellungen von Erträgen berücksichtigt wird. Die Höhe der Teilfreistellung hängt wiederum von der Fondskategorie und bei Immobilienfonds auch von dessen Anlageschwerpunkt im In- oder Ausland ab. Das Konzept der ausschüttungsgleichen Erträge entfällt. Eine gewisse Mindestbesteuerung wird durch die sog. Vorabpauschale in Höhe einer risikolosen Marktverzinsung sichergestellt.

Für die Spezial-Investmentfonds bleibt es im Wesentlichen bei der bisher bekannten semi-transparenten Besteuerung. Der Spezial-Investmentfonds vermittelt den Anlegern auch weiterhin die jeweiligen Besteuerungsgrundlagen, wie nach DBA steuerfreie Einkünfte, dem Teileinkünfteverfahren bzw. dem Beteiligungsprivileg für Körperschaften unterliegende Beteiligungseinnahmen und Veräußerungsgewinne bzw. -verluste, ausländische Quellensteuern sowie Zinserträge für Zwecke der Zinsschranke. Auch das bisherige Konzept der Zurechnung von auf Fondsebene thesaurierten Erträgen als ausschüttungsgleiche Erträge – unter (zukünftig allerdings zeitlich beschränkter) Beibehaltung des sog. Fondsprivilegs – bleibt erhalten. Neu ist allerdings, auch bei Spezial-Investmentfonds bestimmte inländische Einnahmen, Erträge bzw. Einkünfte auf Fondsebene der Besteuerung zu unterwerfen und im Gegenzug hierzu auf Anlegerebene eine entsprechende Freistellung zu berücksichtigen, oder aber dazu zu optieren, die Besteuerung komplett auf die Anlegerebene zu verlagern. Neu ist auch, dass es – unter Wegfall des steuerlichen Ertragsausgleichs – zu einer taggenauen besitzzeitanteiligen Ermittlung und Zurechnung von Erträgen kommt, und zwar unabhängig von etwaigen vorherigen Anteilsveräußerungen. Das Besteuerungskonzept nähert sich dadurch dem Besteuerungsprinzip bei Personengesellschaften an.

Die unterschiedlichen Besteuerungssysteme lassen sich wie folgt darstellen:



2 Anwendungsbereich des InvStG und begriffliche Grundlagen

2.1 Anwendungsbereich des InvStG

Der persönliche Anwendungsbereich des InvStG ergibt sich aus § 1 Abs. 1 InvStG. Danach ist das InvStG anzuwenden auf Investmentfonds (§ 1 Abs. 2 bis 4 InvStG) und deren Anleger (§ 2 Abs. 10 InvStG). Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), § 1 Abs. 2 S. 1 InvStG. Die nach bis zum 31.12.2017 geltenden Recht erforderlichen zusätzlichen Voraussetzungen, wie z. B. Investmentaufsicht, Rückgaberecht und Vermögensanlage in sog. Eligible Assets ist zukünftig nicht mehr maßgeblich. Künftig müssen diese Merkmale – modifiziert – erfüllt werden, um als steuerlicher Spezial-Investmentfonds zu qualifizieren, vgl. § 26 InvStG.

Der sachliche Anwendungsbereich des InvStG ergibt sich aus den §§ 6 ff. InvStG, wobei Kapitel 2 die Regelungen für Investmentfonds und Kapitel 3 die besonderen Regelungen für Spezial-Investmentfonds enthält. Die sachliche Steuerpflicht der Anleger mit ihren Investornerträgen bzw. Spezial-Investornerträgen ist in den jeweiligen Unterabschnitten 2 des Kapitels 2 und Kapitels 3 des InvStG geregelt.

2.2 Investmentfonds

2.2.1 Begriff

Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 KAGB, § 1 Abs. 2 S. 1 InvStG. Investmentvermögen i. S. d. § 1 Abs. 1 KAGB ist jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist. Zur Auslegung des Begriffs des Investmentvermögens kann auf die aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverlautbarungen zurückgegriffen werden.⁹ Eine Bindungswirkung der aufsichtsrechtlichen Entscheidung nach § 5 Abs. 3 KAGB besteht allerdings nicht, § 1 Abs. 2 S. 2 InvStG.

Aus den aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverlautbarungen ergeben sich die folgenden Kriterien zur Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale:

⁹ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des »Investmentvermögens« v. 14.6.2013, zuletzt geändert am 9.3.2015 – Q 31 -Wp 2137 – 2013/0006.

| Tatbestandsmerkmal | Ausprägung |
|-------------------------------|---|
| Organismus | <ul style="list-style-type: none"> • Rechtlich oder wirtschaftlich (z. B. durch einen getrennten Rechnungskreis) verselbstständigtes gepooltes Vermögen¹⁰ • Alle vorstellbaren Rechtsformen vom Begriff erfasst (Kapital- und Personengesellschaften sowie Zweck- oder Sondervermögen) • Jede Art der Beteiligung durch Anleger denkbar (gesellschaftsrechtlich, mitgliedschaftlich, schuldrechtlich, z. B. auch stille Beteiligung, Genussrechte; Zertifikate und Schuldverschreibungen fallen dagegen nicht in den Anwendungsbereich des InvStG¹¹) |
| Für gemeinsame Anlagen | <ul style="list-style-type: none"> • Gewinn- und Verlustbeteiligung der Anleger (gilt auch als erfüllt, falls vertragliche Begrenzung erfolgt) • Schädlich ist z. B. ein betragsmäßig fixiertes »Entgelt« für die Kapitalüberlassung oder ein unbedingter Rückzahlungsanspruch |
| Einsammeln von Kapital | <ul style="list-style-type: none"> • Vom Organismus oder für Rechnung des Organismus werden direkt oder indirekt Schritte unternommen, um gewerblich bei einem oder mehreren Anlegern Kapital zu beschaffen • Vertriebstätigkeit ist nicht zwingend erforderlich, jedoch eine gewisse Gewerbsmäßigkeit, die sich in der Gewinnerzielungsabsicht widerspiegelt¹² |
| Von einer Anzahl von Anlegern | <ul style="list-style-type: none"> • Anlagebedingungen, satzung oder Gesellschaftsvertrag begrenzen die Anzahl möglicher Anleger nicht auf einen Anleger (§ 1 Abs. 1 S. 2 KAGB) • Materielle Betrachtung: Beteiligen sich z. B. mehrere Anleger über einen Treuhänder am Organismus, ist die Voraussetzung erfüllt; Gleiches gilt, wenn ein Fonds formal die Anlegeranzahl nicht begrenzt, der Fonds tatsächlich aber nur einen Anleger hat |
| Festgelegte Anlagestrategie | <ul style="list-style-type: none"> • Anlagekriterien werden schriftlich genau bestimmt und schränken Handlungsspielräume des Fondsmanagers ein • Geht über eine allgemeine Geschäftsstrategie hinaus • Indizien u. a. eigenes Dokument, auf das in Anlagebedingungen/Satzung Bezug genommen wird; durchsetzbare Verpflichtung, die Anlagestrategie einzuhalten; Konkretisierung der Anlagerichtlinien |

10 Die Finanzverwaltung schließt sich dem Erfordernis der rechtlichen und wirtschaftlichen Verselbstständigung an, vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.3.

11 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.4.

12 Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 1 Rz. 47. Das BZSt sieht z. T. das Kriterium »gewerblich« nicht als gegeben an, wenn sich der Fonds nur an einen bestimmten Anlegerkreis richtet. Dies überzeugt allerdings nicht, da beispielsweise § 10 Abs. 1 und Abs. 2 InvStG die Fälle, in denen sich nur bestimmte Anlegergruppen am Investmentfonds beteiligen dürfen, ausdrücklich regelt. Die Unschädlichkeit der Einschränkung des Anlegerkreises bestätigt auch die Regelung des § 1 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 InvStG, wonach selbst bei der Beschränkung auf einen einzelnen Anleger ein Investmentfonds i. S. d. InvStG angenommen wird.

| Tatbestandsmerkmal | Ausprägung |
|---|---|
| Investition zum Nutzen der Anleger | <ul style="list-style-type: none"> • Investition erfolgt durch den Organismus nicht lediglich mit eigener Gewinnerzielungsabsicht, d. h. Erwirtschaftung einer Rendite über die zugesagte Anlegerrendite hinaus • Keine beliebige Verwendung der Anlegergelder |
| Kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors | <ul style="list-style-type: none"> • Nicht erfüllt, falls Entwicklung/Errichtung von Immobilien; Produktion/Kauf/Verkauf/Tausch von Gütern und Handelswaren; Angebot sonstiger Dienstleistungen außerhalb des Finanzsektors • Investiert ein operativ tätiges Unternehmen zusätzlich auch zu Anlagezwecken, darf dies nicht die Haupttätigkeit darstellen |

PRAXISHINWEIS

Die Anknüpfung an einen auslegungsbedürftigen aufsichtsrechtlichen Begriff i. V. m. mit dem Fehlen einer eigenständigen investmentsteuerrechtlichen Definition führt häufig dazu, dass die Einordnung als Investmentfonds mit Schwierigkeiten verbunden ist. Handelt es sich um Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW) i. S. d. § 1 Abs. 2 KAGB oder um Alternative Investmentfonds (AIF) i. S. d. § 1 Abs. 3 KAGB, kann allerdings davon ausgegangen werden, dass es sich um Investmentfonds handelt, sofern diese nach § 1 Abs. 3 InvStG nicht explizit aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen sind.¹³ Ein entsprechender Hinweis, dass der Fonds den Vorgaben der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (ABl. L 302 v. 17.11.2009, S. 1), zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/91/EU (ABl. L 257 v. 28.8.2014, S. 186) oder den Vorgaben der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 694/2014 der Kommission v. 17.12.2013 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards zur Bestimmung der Arten von Verwaltern Alternativer Investmentfonds (ABl. L 183 v. 24.6.2014, S. 18) entspricht, findet sich in aller Regel im Fondsprospekt bzw. dem Emissionsdokument. Wurde dem Investmentfonds eine sog. Statusbescheinigung nach § 7 Abs. 3 InvStG erteilt, kann der Anleger davon ausgehen, dass er sich an einem Investmentfonds beteiligt hat und mit seinen (Spezial-)Investmenterträgen in den Anwendungsbereich des InvStG fällt. Allerdings ist das Vorliegen einer Statusbescheinigung keinesfalls formelle Voraussetzung für die Besteuerung

¹³ Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 1 Rz. 13 und 30.

als Investmentfonds bzw. für die Besteuerung der Erträge als (Spezial-)Investmenterträge. Der Anleger eines Investmentfonds kann also nicht geltend machen, nicht in den Anwendungsbereich des InvStG zu fallen, weil dem Investmentfonds keine Statusbescheinigung erteilt wurde. Letztere dient dem Investmentfonds nämlich nur für Zwecke der Begrenzung des Kapitalertragsteuerabzugs auf 15% bei inländischen Beteiligungseinnahmen sowie sonstigen inländischen Einkünften i. S. d. § 49 EStG, die einem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen. Erzielt der Investmentfonds keine solchen Einkünfte, ist eine Statusbescheinigung gegenstandslos und wird daher i. d. R. nicht beantragt und häufig auch vom BZSt nicht erteilt.

In der Praxis ist eine Vielzahl an Vehikeln (oftmals REITs) anzutreffen, die durch die Datendienstleister als »Investmentfonds im Zweifel« geschlüsselt werden. Im Zuge dieser Klassifizierung werden den Anlegern Investmenterträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 InvStG ohne Teilfreistellung zugerechnet.¹⁴ Es fehlt an der Detailprüfung des Emittenten, ob das jeweilige Vehikel in zutreffender Art und Weise vom persönlichen Anwendungsbereich des InvStG erfasst ist.

2.2.2 Fiktive Investmentfonds

§ 1 Abs. 2 S. 3 InvStG erweitert den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes im Wege einer gesetzlichen Fiktion über das Aufsichtsrecht hinaus. Diese Fonds unterliegen dann zwar dem InvStG, aber nicht dem KAGB und damit nicht der Investmentaufsicht. Solche rein fiktive Investmentfonds liegen in folgenden Fällen vor:

- **Ein-Anleger-Fonds, § 1 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 InvStG**
Nach alter Rechtslage konnten sich Investmentfonds durch Begrenzung der Anlegerzahl durch die Anlagebedingungen, Satzung oder Gesellschaftsvertrag des Organismus auf einen Anleger dem InvStG entziehen. Das ist zukünftig nicht mehr möglich. Das Aufsichtsrecht erfordert dagegen stets eine Anzahl von Anlegern. Aufsichtsrechtlich ist damit der Ein-Anleger-Fonds, bei dem Anlagebedingungen, Satzung oder Gesellschaftsvertrag die Aufnahme weiterer Anleger ausdrücklich ausschließen, nicht möglich. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob entgegen der theoretisch bestehenden Möglichkeit, dass sich mehrere Anleger an dem Organismus beteiligen, dann letztlich nur ein Anleger beteiligt (faktischer Ein-Anleger-Fonds).
- **Vermögensverwaltende steuerbefreite Kapitalgesellschaften, § 1 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 InvStG**
Den Kapitalgesellschaften muss die operative unternehmerische Tätigkeit untersagt sein, um von § 1 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 InvStG erfasst zu sein; daher fallen nach § 5

¹⁴ Vgl. Hagen/Schober, BB 2019, 1630.

Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreite Kapitalgesellschaften nicht darunter, denn diese dürfen im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs tätig werden. Die Regelung will insbesondere bisher nicht erfasste Kapitalanlagevehikel wie die Luxemburger Verwaltungsgesellschaft für Familienvermögen SPF erfassen.¹⁵

- **Konzerneigene Investmentfonds, § 1 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 InvStG**

Die Vorschrift erfasst Investmentvermögen, die von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften i. S. d. § 2 Abs. 3 KAGB verwaltet werden. Die in § 2 Abs. 3 KAGB geregelte Ausnahme für konzerneigene Alternative Investmentfonds (AIF) gilt nicht für Zwecke des InvStG. Es geht hier um konzerneigene Investmentvermögen, bei denen aufsichtsrechtlich kein Anlegerschutz geboten ist, für die aber steuerrechtlich die Anwendung des InvStG sachgerecht ist.¹⁶ Bei konzerneigenen Investmentfonds und konzerneigenen Verwaltungsgesellschaften ist besonders auf die Verselbstständigung des Vermögens zu achten. Bei faktischer Übernahme der Portfolioverwaltung durch unmittelbare Einzelanweisungen der Anleger an die Verwaltungsgesellschaft bzw. das Investmentvermögen ist die Verwaltungs- und Letztentscheidungsbefugnis der (konzerneigenen) Verwaltungsgesellschaft nur formeller Art. In diesen Fällen wendet die Finanzverwaltung die privilegierte Investmentbesteuerung nicht an. Aus diesem Grund wird häufig auf konzerneigene Vehikel verzichtet.

2.2.3 Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Bestimmte Anlagevehikel, die nach der Definition ggf. als Investmentfonds qualifizieren, werden explizit in § 1 Abs. 3 InvStG vom Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen. § 1 Abs. 3 InvStG regelt folgende Ausnahmen vom Anwendungsbereich des InvStG:

- Gesellschaften, Einrichtungen und Organisationen nach § 2 Abs. 1 KAGB, § 1 Abs. 3 Nr. 1 InvStG. Das sind insbesondere
 - Holdinggesellschaften i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB. Eine Holdinggesellschaft i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB setzt voraus, dass diese eine oder mehrere Beteiligungen an Unternehmen hält. Hier wird es im Ergebnis darauf ankommen, ob die Anlagestrategie der Holdinggesellschaft allein in der Erzielung laufender Einnahmen aus den Beteiligungen besteht oder ob auch Wertsteigerungen angestrebt werden. Letzteres steht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, bb KAGB der Qualifikation als Holdinggesellschaft entgegen und der Anwendungsbereich des InvStG ist grundsätzlich eröffnet.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 18/8045, 67.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 18/8045, 67.

- Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, die unter die Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.6.2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (Abl. L 235 v. 23.9.2003, S. 10) fallen (Pensionsfonds, Pensionskassen)
- Staatliche Stellen und Gebietskörperschaften oder andere Einrichtungen, die Gelder zur Unterstützung von Sozialversicherungs- und Pensionssystemen verwalten. Hierunter fallen Unterstützungskassen, berufsständische Versorgungswerke sowie Versorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes oder der Kirchen.
- Arbeitnehmerbeteiligungssysteme oder Arbeitnehmersparpläne. Die Ausnahme ist auf Art. 2 Abs. 3 Buchst. f AIFM-RL zurückzuführen. Die AIFM-RL definiert die verwendeten Begriffe allerdings nicht. Erforderlich ist zumindest eine Anlage zugunsten von Arbeitnehmern. Zwischen Anleger und Begünstigtem muss ein Arbeitsverhältnis bestehen oder bestanden haben. Unter Arbeitnehmerbeteiligungssysteme fallen alle Konstellationen, bei denen sich der Arbeitnehmer am Unternehmen des Arbeitgebers beteiligt. In Abgrenzung dazu zeichnen sich Arbeitnehmersparpläne durch einen Bezug zum Arbeitsverhältnis und das regelmäßige Einsparen eines Teils des Arbeitsentgelts aus.¹⁷
- Finanzdienstleistungsinstitute, Kreditinstitute, § 1 Abs. 3 Nr. 1 InvStG i. V. m. § 2 Abs. 2 KAGB
- Investmentvermögen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsform, § 1 Abs. 3 Nr. 2 InvStG. Ob eine ausländische Rechtsform einer Personengesellschaft nach deutschem Rechtsverständnis entspricht, ist durch Rechtstypenvergleich festzustellen.¹⁸ Im Hinblick auf den Rechtstypenvergleich kann auf den Betriebsstättenvergleich zurückgegriffen werden.¹⁹ Die Ausnahme von Personengesellschaften aus dem Anwendungsbereich des InvStG entspricht im Ergebnis der bis zum 31.12.2017 geltenden Rechtslage. Danach waren Personengesellschaften zunächst vom InvStG erfasst, allerdings verwies § 18 InvStG a. F. im Hinblick auf die Besteuerung auf die allgemeinen ertragsteuerlichen Regelungen. Nicht ausgenommen sind allerdings Personengesellschaften, die als OGAW²⁰ qualifizieren und Altersvorsorgevermögensfonds nach § 53 InvStG, § 1 Abs. 3 Nr. 2 InvStG. Damit unterliegen die typischen Priva-

17 Vgl. von Livonius/Riedl, in: Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB, § 2 Rz. 23; Kunschke/Bachmann, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 2 KAGB Rz. 39.

18 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.12.

19 Vgl. BMF v. 24.12.1999, BStBl. I 1999, 1076, Anhang 1, Tabellen 1 und 2.

20 OGAW (Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren) sind Investmentvermögen, die die Anforderung der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13.7.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren erfüllen, vgl. § 1 Abs. 2 KAGB.

te-Equity-Fonds nicht dem InvStG. Investmentvermögen in der Rechtsform einer Personengesellschaft sind auch dann keine Investmentfonds, wenn sie nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG.²¹ Die Option zur Körperschaftsbesteuerung soll nicht durch eine Anwendung des InvStG überlagert werden, oder andersherum formuliert: Die Anwendbarkeit des InvStG auf eine grundsätzlich vom Anwendungsbereich des InvStG ausgenommene Personengesellschaft soll nicht durch die Ausübung der Option zur Körperschaftsteuer erreicht werden können.

- Unternehmensbeteiligungsgesellschaften nach § 1a Absatz 1 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften, § 1 Abs. 3 Nr. 3 InvStG.
- Kapitalbeteiligungsgesellschaften, die im öffentlichen Interesse mit Eigenmitteln oder mit staatlicher Hilfe Beteiligungen erwerben.
- REIT-Gesellschaften, § 1 Abs. 3 Nr. 5 InvStG. Die Besteuerung richtet sich ausschließlich nach dem REITG.

2.2.4 Ausländische Rechtsformen

Ein ausländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ausländischem Recht unterliegt, § 2 Abs. 3 InvStG. Das KAGB regelt die für Investmentvermögen zulässigen Rechtsformen abschließend. Das InvStG knüpft aber nicht an diese vorgegebenen Rechtsformen an, um sicherzustellen, dass auch ausländische Vehikel vom Anwendungsbereich des InvStG erfasst sind, wenn sie materiell als Investmentvermögen qualifizieren, d. h. die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 KAGB erfüllen, § 1 Abs. 2 S. 1 InvStG. Darüber hinaus müssen auch ausländische Investmentfonds die weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 S. 2 InvStG und des § 1 Abs. 3 InvStG erfüllen. Das ausländische Investmentvermögen muss – um als Investmentfonds i. S. d. § 1 InvStG zu qualifizieren – entweder als Kapitalgesellschaft oder als Investmentvermögen in Vertragsform organisiert sein. Ausländische Investmentvermögen, die als Personengesellschaft organisiert sind, sind – wie entsprechend organisierte inländische Vermögen – explizit vom Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen, § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 InvStG. Für die Qualifikation der ausländischen Rechtsform als Kapitalgesellschaft, Personengesellschaft oder als Sondervermögen in Vertragsform ist ein Rechtstypenvergleich nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen vorzunehmen.²² § 1 Abs. 3 S. 2 InvStG stellt dabei klar, dass Sondervermögen und vergleichbare Rechtsformen nicht als Personengesellschaft gelten und damit grundsätzlich vom Anwendungsbereich

21 § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts vom 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2050 eingefügt.

22 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.12; vgl. zuletzt BFH v. 18.5.2021, DStRE 2021, 1245, und v. 18.5.2021, DStR 2021, 2389.

des InvStG erfasst sind.²³ Ausländische Investmentvermögen der Vertragsform sollen dabei stets einem Sondervermögen nach § 1 Abs. 10 KAGB vergleichbar sein.²⁴

PRAXISHINWEIS

Gerade bei ausländischen Rechtsformen ist es häufig mit Schwierigkeiten verbunden, zu beurteilen, ob sich die Besteuerung des Vermögens und der Anleger nach dem InvStG richtet, mithin, ob es sich bei dem ausländischen Vehikel um einen Investmentfonds i. S. d. § 1 InvStG handelt. Häufig vorkommende ausländische Investment-Rechtsformen sind die folgenden:

Sondervermögen: luxemburgischer **FCP** (fonds commun de placement), französischer **FCPR** (fonds commun de placements à risques) oder **FCPI** (fonds commun de placement dans l'innovation), italienischer **Fondo Chiuso**, spanischer **FCR** (fondo de capital-riesgo), irischer **CCF** (common contractual fund), niederländischer **FGR** (fonds voor gemene rekening) oder der Schweizer **Vertragliche Anlagefonds**.

Kapitalgesellschaften: luxemburgische **S.A.** (société anonyme), die luxemburgische **S.C.A.** (société en commandite par actions) und die luxemburgische **S.à r.l.** (société à responsabilité limitée) – jeweils als Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (**SICAV**) oder mit fixem Kapital (**SICAF**), die irische **ICAV** (irish collective asset-management vehicle), die irische **Investment Company**, die italienische **società di investimento a capitale variabile**, die schweizerische Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und Investmentgesellschaft mit festem Kapital.

Personengesellschaften: luxemburgische **SCS** (société en commandite simple) und **SCSp** (société en commandite spéciale), US-amerikanische **LP** (limited partnership).

Ein **ACS** (Authorised Contractual Scheme) britischen Rechts kann nach Section 235A Abs. 1 FSMA zwei Rechtsformen annehmen, nämlich die eines personengesellschaftsrechtlich strukturierten Fonds (partnership scheme) oder die eines vertragsrechtlich strukturierten Miteigentumsfonds (co-ownership scheme). Bei einer personengesellschaftsrechtlichen Strukturierung unterliegt ein ACS nicht dem InvStG, sofern dieses nicht als OGAW aufgelegt wurde, § 1 Abs. 3 Nr. 2 InvStG. Bei Auflage als co-ownership in der Vertragsform ist ein ACS einem Sondervermögen vergleichbar und der Anwendungsbereich des InvStG grundsätzlich eröffnet, § 1 Abs. 3 S. 2 InvStG.

Insbesondere die Einordnung der **Luxemburger Fondsvehikel** bereitet durch die Vielfalt an Rechtsformen und die verschiedenen Möglichkeiten der Regulierung Schwierigkeiten. So finden sich in der Praxis sehr häufig die o. g.

23 Vgl. BT-Drs. 18/8045, 68.

24 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.14.

Rechtsformen **S.A., S.C.A., S.à r.l., S.C.S. und S.C.Sp.** Diese können – müssen aber nicht – als Investmentgesellschaft mit fixem Kapital (**SICAF**) oder als Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (**SICAV**) aufgelegt sein. Die jeweilige Rechtsform erhält dann den Zusatz »SICAF« oder »SICAV«. Nach dem Grad der Regulierung wird dann nochmals unterschieden. Ein spezialisierter Investmentfonds (**SIF**) ist ein reguliertes luxemburgisches Investmentfondsvehikel. Eine Investmentgesellschaft zur Anlage in Risikokapital (**SICAR**) ist ein gering reguliertes luxemburgisches Investmentvehikel. Ein Reservierter Alternativer Investmentfonds (**RAIF**) ist nicht reguliert und unterliegt nicht der vorherigen Genehmigung oder Aufsicht der Luxemburger Aufsichtsbehörde (CSSF). Ist der Manager des Alternativen Investmentfonds (AIFM) allerdings in Luxemburg ansässig, unterliegt der AIFM der Aufsicht durch die CSSF, so dass – indirekt – auch der RAIF der Aufsicht unterliegt. Zusätzliche Komplexität kommt steuerlich hinzu, wenn eine S.C.S. oder eine S.C.Sp als SICAV/F-SIF oder SICAV-RAIF aufgelegt wurden. Zwar handelt es sich um eine Investmentgesellschaft und eine S.C.S. hat nach Luxemburger Rechtsverständnis auch eine eigene Rechtspersönlichkeit. Nach dem Rechtstypenvergleich handelt es sich nach deutschem Steuerrechtsverständnis jedoch um eine Personengesellschaft, sodass die Anwendung des InvStG grundsätzlich ausgeschlossen ist, § 1 Abs. 3 Nr. 2 InvStG.

Bei ausländischen Investmentfonds stellte sich mit dem Inkrafttreten des neuen InvStG zum 1.1.2018 häufig die Frage, ob die ausländischen Vehikel allein durch das Inkrafttreten des neuen InvStG erstmals dem InvStG unterliegen können. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass sich die Qualifikation als Investmentfonds und damit die Anwendbarkeit des InvStG bereits vor dem Inkrafttreten des neuen InvStG zum 1.1.2018 mehrmals geändert hat.

Vor der Umsetzung der AIFM-Richtlinie²⁵ in deutsches Recht durch das KAGB zum 22.7.2013²⁶ galt für ausländische Fonds der materielle Investmentfonds begriff, d. h., es musste sich um Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage handeln, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenständen i. S. d. § 2 Abs. 4 InvG angelegt waren. Mit dem InvÄndG²⁷ ist der materielle Investmentfonds begriff allerdings bereits im Jahr 2007 um formelle Kriterien ergänzt worden: das Recht zur Rückgabe der Anteile oder das Unterliegen einer Investimentaufsicht in seinem Sitzstaat (§ 2 Abs. 8, 9 InvG). Die Risikomischung war darüber hinaus an bestimmte

25 Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 200/65EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. L 174 vom 1.7.2011, S. 1.

26 AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG, BGBl. I 2013, 1981.

27 BGBl. I 2007, 3089, 3091 ff.

Anlagegrenzen gekoppelt. Unter Geltung des InvG war es ausländischen Investmentfonds so möglich, aus dem Anwendungsbereich des InvStG herauszufallen. Durch das AIFM-StAnpG²⁸ wurden mit Wirkung zum 24.12.2013 – für in- und ausländische Investmentfonds – der Begriff und die Voraussetzungen des Investmentfonds in § 1 InvStG 2004 neu definiert. Erforderlich waren die formellen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b InvStG 2004, insbesondere die Einräumung eines jährlichen Rückgaberechts, die Investmentaufsicht, Restriktionen auf den Erwerb bestimmter Vermögensgegenstände und die Einhaltung bestimmter Anlagegrenzen. Investmentvermögen, die zwar aufsichtsrechtlich als Investmentfonds qualifizierten, aber nicht die zusätzlichen Voraussetzungen eines investmentsteuerrechtlichen Investmentfonds erfüllten, galten als Investitionsgesellschaften und wurden als Personen-Investitionsgesellschaften nach § 18 InvStG 2004 oder als Kapital-Investitionsgesellschaft nach § 19 InvStG 2004 behandelt. Durch das InvStG 2018 ist der Anwendungsbereich des InvStG dahingehend ausgeweitet worden, dass es – durch die Bezugnahme auf den aufsichtlichen Begriff des Investmentvermögens (§ 1 Abs. 1 S. 1 KAGB) – nicht mehr auf formelle Kriterien wie die Einhaltung der Risikomischung, Rückgaberechte oder das Vorliegen einer Investmentaufsicht ankommt. Diese formellen Kriterien spielen ab 2018 lediglich eine Rolle für die steuerliche Qualifikation des Investmentfonds als Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG.

Häufig werden ausländische Investmentvermögen bereits seit der Einführung des AIFM-StAnpG mit Wirkung zum 24.12.2013 – spätestens jedoch ab dem 1.1.2018 – erstmals unter das InvStG fallen, insbesondere weil die Anforderungen an die Risikomischung, das Erfordernis einer jährlichen Anteilsrückgabe oder auch das Erfordernis der Investmentaufsicht im Sitzstaat weggefallen sind. Ab 1.1.2018 ist zudem auch die Beschränkung des Anlegerkreises auf einen Anleger durch die Anlagebedingungen für die Qualifikation als Investmentfonds und die Anwendung des InvStG unschädlich. Für Personen-Investitionsgesellschaften ändert sich im Ergebnis durch das Inkrafttreten des neuen InvStG zum 1.1.2018 nichts: Bereits der alte § 18 InvStG 2004 verwies hinsichtlich der Besteuerung auf die allgemeinen ertragsteuerlichen Regelungen, wohingegen das InvStG in der aktuellen Fassung Personengesellschaften vom Anwendungsbereich des InvStG ausnimmt, wenn diese nicht als OGAW aufgelegt wurden oder es sich um einen Altersvorsorgevermögensfonds i. S. d. § 53 InvStG handelt, § 1 Abs. 3 Nr. 2 InvStG. Für Kapitalgesellschaften, die bis 31.12.2017 als Kapital-Investitionsgesellschaft zwar grundsätzlich dem InvStG unterlagen, aber mangels Erfüllung der investmentsteuerrechtlich geforderten zusätzlichen Voraussetzungen für einen Investmentfonds (§ 1 Abs. 1b und 1f InvStG 2004) nach § 19 InvStG 2004 besteuert wurden, ändert sich durch das Inkrafttreten des InvStG in seiner aktuellen Fassung zum

28 Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG), BGBl. I 2013, 4318.

1.1.2018 die Besteuerung dem Grunde nach zwar grundlegend, da nunmehr Investorerträge anstelle von Einkünften aus der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft erzielt werden. Im Ergebnis dürften die Auswirkungen der Höhe nach aber nicht wesentlich sein, weil bereits nach § 19 InvStG 2004 die Anwendung von § 8b KStG in dem meisten Fällen ausgeschlossen gewesen sein dürfte.²⁹

Sowohl in dem Fall, dass eine Besteuerung bis zum 31.12.2017 als Kapital-Investmentgesellschaft erfolgte, als auch in dem Fall, dass das Investmentvermögen zum 1.1.2018 erstmals in den Anwendungsbereich des InvStG fällt, gelten die Anteile an dem Organismus zum 31.12.2017 als veräußert und zu Beginn des 1.1.2018 als angeschafft, § 56 Abs. 2 S. 1 InvStG.³⁰

2.2.5 Teilsondervermögen

Nach § 1 Abs. 4 InvStG gelten haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds für Zwecke des InvStG als eigenständige Investmentfonds. Für jeden dieser Teilinvestmentfonds ist gesondert zu prüfen, ob er die Voraussetzungen für einen Investmentfonds i. S. d. InvStG erfüllt.³¹ Dies betrifft insbesondere Teilgesellschaftsvermögen einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital sowie vergleichbare haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines ausländischen Investmentfonds.³² In einer Umbrella-Konstruktion zusammengefasste Teilsondervermögen i. S. d. § 96 Abs. 2 S. 1 KAGB sind Sondervermögen i. S. d. § 1 Abs. 10 KAGB. Diese erfüllen bereits unmittelbar die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 InvStG, sodass es nach Auffassung der Finanzverwaltung der Fiktion des § 1 Abs. 4 InvStG nicht bedarf.³³ Die Fiktion des § 1 Abs. 4 InvStG findet dagegen Anwendung, wenn bei ausländischen Investmentfonds der Vertragsform eine haftungs- und vermögensrechtliche Trennung einzelner Teile des Investmentfonds vorliegt.³⁴

Anteilsklassen i. S. d. § 96 Abs. 1 S. 1 KAGB sind keine haftungs- und vermögensrechtlich getrennten Teile eines Investmentfonds. Für Anteilsklassen findet daher keine gesonderte Prüfung der Kriterien eines eigenständigen Investmentfonds statt.

29 Die Anwendung des § 8b KStG setzte voraus, dass die Kapital-Investmentgesellschaft in einem EU/EWR-Staat ansässig war und dort der Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften unterlag und nicht von ihr befreit war oder in einem Drittstaat ansässig war und dort einer Ertragsbesteuerung von mindestens 15 % unterlag. Diese Voraussetzungen waren bzw. sind bei ausländischen Investmentvermögen häufig nicht gegeben.

30 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 56.28.

31 Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 1 Rz. 116.

32 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.16.

33 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.17.

34 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 1.17.

2.3 Spezial-Investmentfonds

2.3.1 Grundzüge des Spezial-Investmentfonds

Insofern es sich um einen steuerlichen Investmentfonds handelt, unterliegt dieser im Grundsatz keinerlei steuerlichen Einschränkungen in Bezug auf erwerbzbare Vermögensgegenstände. Eine Einschränkung der erwerbzbaren Vermögensgegenstände erfährt der steuerliche Investmentfonds lediglich durch die aufsichtsrechtlichen Vorgaben. Für Spezial-Investmentfonds eröffnet der Gesetzgeber weiterhin die Möglichkeit einer semi-transparenten Besteuerung, vergleichbar der Regelbesteuerung für Investmentfonds nach dem alten Investmentsteuerrecht. Das Gesetz knüpft die transparente Besteuerung als Spezial-Investmentfonds an besondere Voraussetzungen, vgl. § 26 InvStG, d. h., der Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG hat im Gegensatz zum steuerlichen Investmentfonds bestimmte Anlagerestriktionen zu beachten und darf u. a. lediglich bestimmte Vermögensgegenstände nach § 26 Nr. 4 InvStG erwerben. Diese sind nicht identisch mit der aufsichtsrechtlichen Definition bzw. den in § 284 KAGB für offene inländische Spezial-AIF geregelten Voraussetzungen. Es ist denkbar, dass der Fonds steuerlich nicht die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG erfüllt, aufsichtsrechtlich jedoch als Spezial-AIF qualifiziert. Die steuerlichen und aufsichtsrechtlichen Begriffe sind ebenfalls nicht deckungsgleich. Während das Aufsichtsrecht zwischen Publikums-Investmentfonds und Spezial-AIF unterscheidet, spricht das Steuerrecht von Investmentfonds (Kapitel 2 des InvStG) und Spezial-Investmentfonds (Kapitel 3 des InvStG), wobei Spezial-Investmentfonds lediglich eine Unterart bzw. spezielle Ausprägung der Investmentfonds darstellen, vgl. Wortlaut § 26 InvStG. Mit den Voraussetzungen des § 26 InvStG knüpfte der Gesetzgeber an § 1 Abs. 1b InvStG 2004 an und gab sie – mit Ausnahme des Wertpapierbegriffs – zum Teil wortwörtlich wieder. Die Einordnung, bei welcher Variante es sich um die vorteilhafte Besteuerungsalternative handelt, ist von einer Vielzahl von Variablen (steuerlicher Status des Anlegers, Asset-Allokation, Anlagehorizont, Universum der Vermögensgegenstände, Anzahl und Art der Anleger etc.) abhängig und kann daher nicht pauschal beantwortet werden.

2.3.2 Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG

Ein Investmentfonds qualifiziert dann als Spezial-Investmentfonds, wenn er die folgenden in § 26 InvStG geregelten drei Voraussetzungen erfüllt und den damit verbundenen Status als Spezial-Investmentfonds geltend macht. Bei einem Spezial-Investmentfonds handelt es sich um eine speziellere Ausprägung eines Investmentfonds, da er im Gegensatz zum Investmentfonds weitergehende/spezielle Voraussetzungen zu erfüllen hat:

a) Gewerbesteuerbefreiung

Ein Spezial-Investmentfonds muss die Voraussetzungen der Gewerbesteuerbefreiung für Investmentfonds nach § 15 Abs. 2 und 3 InvStG erfüllen. Dies ist der Fall, wenn sein objektiver Geschäftszweck auf die Anlage und Verwaltung seiner Mittel für gemeinschaftliche Rechnung der Anteils- oder Aktieninhaber beschränkt ist und zusätzlich seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet werden, § 15 Abs. 2 InvStG. Diese Voraussetzungen gelten als erfüllt, wenn die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % der gesamten Einnahmen des Investmentfonds betragen (sog. 5 %-Bagatellgrenze des § 15 Abs. 3 InvStG). Eine geringfügige Überschreitung dieser Bagatellgrenze kann als unschädlich betrachtet werden.³⁵ Folgerichtig sind Spezial-Investmentfonds immer von der Gewerbesteuer befreit, § 29 Abs. 4 InvStG. Es gelten damit keine besonderen gewerbesteuerlichen Regelungen für Spezial-Investmentfonds, es erfolgt vielmehr eine Anknüpfung an die allgemeinen Regelungen zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung.³⁶

b) Zulässige Rechtsform

Spezial-Investmentfonds können nur gebildet werden als (vgl. § 27 InvStG) Sondervermögen, § 1 Abs. 10 KAGB, und Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital, § 108 KAGB. Der Rechtsformzwang gilt nach dem Wortlaut des § 27 InvStG nur für inländische Investmentvermögen.

c) Anlagebestimmungen

Die im alten Recht vorgesehenen Anlagebestimmungen (§ 1 Abs. 1b S. 2 InvStG a. F.) wurden weitestgehend in das neue InvStG übernommen (§ 26 InvStG), gelten jedoch nur für den Bereich des Spezial-Investmentfonds. Die Anlagebestimmungen müssen aus den Anlagebedingungen hervorgehen. Erfahrungsgemäß wird der schlichte Verweis auf die Anwendbarkeit des § 26 InvStG in den Anlagebedingungen durch die Finanzverwaltung als nicht ausreichend erachtet. Eine wortwörtliche Wiedergabe der Inhalte des § 26 InvStG ist allerdings nicht notwendig.³⁷ Das reine Einhalten der Voraussetzungen des § 26 InvStG ist ebenfalls nicht ausreichend.

Die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds sind nur dann erfüllt, wenn kein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen vorliegt, vgl. Wortlaut des § 26 InvStG. Die Wesentlichkeit eines Grenzverstoßes hängt nach Auffassung der Finanzverwaltung von den Gesamtumständen des Einzelfalls ab. Bei der Prüfung, ob ein

³⁵ Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.2.

³⁶ Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 26 Rz. 25.

³⁷ Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.46.

wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen des § 26 InvStG vorliegt, sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen:³⁸

- Grad des Verschuldens,
- Dauer des Verstoßes,
- wertmäßiger Verstoß,
- Umfang der Bemühungen zur Beseitigung des Verstoßes.

Grundsätzlich soll nicht jede geringfügige Abweichung von den Anlagebestimmungen die einschneidenden Folgen der Veräußerungsfiktion nach § 52 InvStG inkl. Besteuerung des Veräußerungsgewinns nach § 49 InvStG auslösen. Lediglich in besonderen Einzelfällen soll es somit zu den steuerlichen Folgen des § 52 InvStG bei einem wesentlichen Verstoß kommen. Wesentlichkeit ist dabei gegeben, wenn der Verstoß bewusst und zweckgerichtet für missbräuchliche Steuergestaltungen herbeigeführt wurde.³⁹ Gefordert wird demnach Vorsatz oder zumindest grobe Fahrlässigkeit.⁴⁰ Keine wesentlichen Verstöße liegen hingegen i. d. R. vor, wenn die Überschreitung von Anlagegrenzen nicht durch aktive Transaktionen, die die Zusammensetzung des Investmentvermögens verändert haben, verursacht wurde. Überschreitungen der Anlagegrenzen, die auf bloßen Wertveränderungen der Vermögensgegenstände basieren, führen grundsätzlich nicht zum Verlust des Rechtsstatus als Spezial-Investmentfonds (passive Grenzverletzung).⁴¹ Einzelne aktive Überschreitungen von Anlagegrenzen sind regelmäßig unwesentlich, wenn die Überschreitungen kurzfristig zurückgeführt werden. Welcher Zeitraum als kurzfristig anzusehen ist, hängt wiederum von den jeweiligen Spezifika der Vermögensgegenstände ab, die dem Verstoß zugrunde liegen. Insbesondere die (eingeschränkte) Handelbarkeit bestimmter Vermögensgegenstände ist zu berücksichtigen.⁴² Die Finanzverwaltung nimmt allerdings keine nähere Definition vor, welche Zeiträume als kurzfristig anzusehen sind.⁴³ Die Bezugnahme auf die Spezifika der Vermögensgegenstände, die zur Grenzverletzung führten, sind unseres Erachtens allerdings sachgerecht.

PRAXISHINWEIS

Kommt es zur Grenzverletzung, sind unverzüglich Maßnahmen zur Rückführung zu treffen. Entscheidend sollte diesbezüglich in der Praxis sein, dass Schritte zur Rückführung der Grenzverletzung ausreichend und stichhaltig dokumentiert wurden.

38 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.3.

39 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.6.

40 Vgl. Helios/Mann, DB, Sonderausgabe 1/2016, 18.

41 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.4.

42 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.5.

43 Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 26 Rz. 43.

Folgende Anlagebestimmungen müssen erfüllt sein, um das Besteuerungsregime des Spezial-Investmentfonds in Anspruch nehmen zu können:

| Anlagebestimmungen | Ausprägung |
|---|---|
| 1. Investmentaufsicht | <ul style="list-style-type: none"> Fonds oder Verwalter unterliegt im Sitzland der Aufsicht⁴⁴ |
| 2. Rückgaberecht | <ul style="list-style-type: none"> Mindestens einmal jährlich Recht auf Rückgabe der Anteile am Fonds |
| 3. Risikomischung | <ul style="list-style-type: none"> Mehr als drei Vermögensgegenstände mit unterschiedlichen Risiken (qualitative und quantitative Risikomischung) Gewahrt, wenn Investment in andere(n) Investmentfonds und diese(r) das Kriterium erfüllt/erfüllen (mittelbare Risikomischung) |
| 4. Zulässige Vermögensgegenstände ⁴⁵ | <ul style="list-style-type: none"> Mindestens 90 % des Vermögens in: Wertpapiere i. S. d. § 193 KAGB, sonstige Instrumente i. S. d. § 198 KAGB⁴⁶, Geldmarktinstrumente, Derivate, Bankguthaben, Grundstücke, Investmentanteile (zulässig sind Anteile an OGAW und in- und ausländischen Fonds, die ihrerseits die Anlagebestimmungen erfüllen)⁴⁷, Edelmetalle; Infrastruktur-Projektgesellschaften nach § 1 Abs. 19 Nr. 23a KAGB⁴⁸ sowie Beteiligungen (wenn deren Verkehrswert ermittelbar ist) und Kryptowerte nach § 1 Abs. 11 S. 4 KWG⁴⁹ |

44 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.7 und 8.

45 Die Finanzverwaltung beanstandet es nicht, wenn ein Spezial-Investmentfonds Vermögensgegenstände, die sich am 31.12.2017 in seinem Bestand befanden und nach dem InvStG a. F. gehalten werden durften, die jedoch nicht zu den zulässigen Vermögensgegenständen nach § 26 Nr. 4 InvStG gehören, bis zum 30.6.2018 behalten hat, vgl. BMF v. 21.12.2017, IV C 1 – S 1980 – 1/16/10010 :016, Tz. 4.

46 Die Beschränkung auf §§ 193 und 198 KAGB gegenüber dem wirtschaftlichen Wertpapierbegriff des alten InvStG 2004 stellt eine Verschärfung dar.

47 Es bedarf bei Investmentanteilen nach § 26 Nr. 4 Buchstabe h) InvStG keiner besonderen Passage oder diesbezüglichen Bestätigung in den Anlagebedingungen. Eine Schlüsselung durch gängige Datenanbieter wird in der Praxis als ausreichend erachtet.

48 Eingeführt mit Artikel 5 des Gesetzes vom 3. Juni 2021 (BGBl. I 2021, 1498), seit dem 2. August 2021 anzuwenden.

49 Eingeführt mit Artikel 5 des Gesetzes vom 3. Juni 2021 (BGBl. I 2021, 1498), seit dem 2. August 2021 anzuwenden.

| Anlagebestimmungen | Ausprägung |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • »Schmutzgrenze« 10 % des Fondvermögens. Die Schmutzgrenze war bereits im InvStG a. F. vorgesehen. Für das InvStG a. F. betrachtete die Finanzverwaltung ein bewusstes Ausnutzen der Schmutzgrenze als schädlich.⁵⁰ Für das aktuell anzuwendende InvStG lässt die Finanzverwaltung ein bewusstes Ausnutzen der Schmutzgrenze zu.⁵¹ Investitionen in nicht in § 26 Nr. 4 InvStG erwähnte Vermögensgegenstände (z. B. in gewerblich tätige oder gewerblich geprägte Personengesellschaften) sind bis zu 10 % des Fondsvermögens zulässig.⁵² In der Praxis wird auf geringere Quoten wie etwa 7,5 % des Fondsvermögens abgestellt, um über einen »Puffer« für etwaige Wertschwankungen zu verfügen. Bei dem Überschreiten der Schmutzgrenze handelt es sich nach Ansicht der Finanzverwaltung um ein Indiz für die billigende Inkaufnahme eines wesentlichen Verstoßes. Die Schmutzgrenze i. H. v. 10 % gilt auch unmittelbar nach Auflegung und bei Liquidation des Spezial-Investmentfonds.⁵³ |
| 5. Beteiligungsgrenzen – anlegerbezogen | <ul style="list-style-type: none"> • Höchstens 20 % des Fondswertes in Kapitalgesellschafts-Beteiligungen, die nicht börsenzugelassen/in den organisierten Markt einbezogen sind (Ausnahme: Immobilienfonds dürfen bis zu 100 % Beteiligungen an Immobiliengesellschaften halten). Diese 20 %-Grenze gilt ebenso für Kryptowerte nach § 26 Nr. 4 Buchst. n InvStG. |
| 6. Beteiligungsgrenzen – emittentenbezogen | <ul style="list-style-type: none"> • Beteiligungen an einzelnen Kapitalgesellschaften < 10 % an deren Kapital⁵⁴ • Ausnahme: bis 100 % an Immobiliengesellschaften, ÖPP-Projektgesellschaften, Gesellschaften für erneuerbare Energien |
| 7. Kreditaufnahme | <ul style="list-style-type: none"> • Nur kurzfristige Kredite (Laufzeit < 1 Jahr) bis zu 30 % des Fondswertes • Immobilienfonds dürfen darüber hinaus langfristige Kredite bis zu 50 % (bzw. 60 %⁵⁵) des Verkehrswerts der (un)mittelbar gehaltenen Immobilien aufnehmen. |

50 Vgl. BMF v. 23.10.2014, DStR 2014, 2346 Tz. 4.

51 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.21.

52 Vgl. Entwurf eines BMF-Schreibens zu Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der Fassung des Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (InvStG) – IV C 1 – S 1980-1/16/10010:001, Stand 15.6.2018 (im Folgenden: BMF-Entwurf), Tz. 26.14.

53 Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 26 Rz. 122; eine Sonderregelung analog zur Risikomischung während der Aufbauphase und Liquidationsphase des Portfolios wäre wünschenswert.

54 Gilt nicht für Anteile an Investmentfonds bzw. Spezial-Investmentfonds nach § 26 Nr. 4 Buchst. h oder i InvStG.

55 Eingeführt mit Art. 5 des Gesetzes vom 3.6.2021 (BGBl. I 2021, 1498), seit dem 2.8.2021 anzuwenden.

| Anlagebestimmungen | Ausprägung |
|-------------------------------------|--|
| 8. Anlegergrenzen | <ul style="list-style-type: none"> • Maximal 100 Anleger unmittelbar oder mittelbar über Personengesellschaft⁵⁶ • Natürliche Personen nur in definierten Ausnahmefällen (insbesondere zulässig, wenn die Anteile im Betriebsvermögen gehalten werden. Grund für diese Ausnahme ist, dass betriebliche Altersversorgungsverpflichtungen häufig durch Anteile an Spezial-Investmentfonds gedeckt werden.) |
| 9. Sonderkündigungsrecht | <ul style="list-style-type: none"> • Falls maximale Anlegerzahl überschritten wird • Falls nicht berechnete natürliche Personen beteiligt sind |
| 10. Anlagebedingungen ⁵⁷ | <ul style="list-style-type: none"> • Anlagebestimmungen gehen aus Anlagebedingungen hervor • Anlagebedingungen können sich auch aus Satzung, Gesellschaftsvertrag oder Nebenabreden (side letters) ergeben; ungeeignet sind Verkaufsprospekte u. a. |

PRAXISHINWEIS – MITTELBARE RISIKOMISCHUNG

In der Praxis kommt es häufig – sowohl aus aufsichtsrechtlichen als auch aus steuerrechtlichen Erwägungen – zur Einbindung einer Asset-Holding-Gesellschaft in die Fondsstruktur. Je nach Wahl der Rechtsform und des auf die Asset-Holding-Gesellschaft anzuwendenden Besteuerungsregimes kann die Einbindung der Asset-Holding-Gesellschaft dazu führen, dass das Kriterium der Risikomischung nicht mehr gegeben ist. Unter bestimmten Voraussetzungen ist jedoch eine mittelbare Risikomischung möglich, sodass der Investmentfonds steuerrechtlich als Spezial-Investmentfonds qualifiziert, obwohl er im Wesentlichen nur eine Beteiligung an der Asset-Holding-Gesellschaft hält.⁵⁸

2.3.3 Konkurrenzverhältnisse

Anlagegegenstände können grundsätzlich eine oder mehrere Tatbestände des § 26 Nr. 4 InvStG erfüllen. In der Praxis war daher fraglich, ob ein Konkurrenzverhältnis zwi-

56 Die Finanzverwaltung sieht eine Ausnahme vor, wenn bei Erb- und Schenkungsfällen die Anzahl der Anleger innerhalb von drei Jahren wieder auf die zulässige Anzahl der Anleger zurückgeführt wird; vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.41.

57 Im Wege der Nichtbeanstandungsregelung hat die Finanzverwaltung für die Anpassung der Anlagebedingungen eine Frist bis zum 30.6.2018 gesetzt. Finanzinformationsdienstleister und Entrichtungspflichtige durften bis einschließlich 30.6.2018 auf eine Eignererklärung des Spezial-Investmentfonds vertrauen, dass die Voraussetzungen des § 26 InvStG erfüllt sind (Selbstdeklaration als Spezial-Investmentfonds), vgl. BMF v. 21.9.2017, DStR 2017, 2123.

58 Ausführlich dazu Köhler/Decker, RdF 2021, 244, 249.

schen den jeweiligen Vorschriften besteht bzw. ob es zu einer entsprechenden Verdrängungswirkung kommt.⁵⁹

Eine Gesellschaft kann dabei sowohl die Voraussetzungen für eine Immobiliengesellschaft nach § 26 Nr. 4 Buchst. f InvStG erfüllen, aber gleichzeitig auch den Besteuerungsregeln eines Investmentfonds unterliegen. Ebenso kann ein Investmentfonds als Kapitalgesellschaft nach § 26 Nr. 4 Buchst. m InvStG ausgestaltet sein. Die Erfüllung der Voraussetzungen für Wertpapiere nach § 193 KAGB i. V. m. § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG durch einen Investmentfonds sind ebenfalls denkbar.

Die Finanzverwaltung hat klargestellt, dass der Erwerb von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft auch dann zulässig ist, wenn nicht gleichzeitig die Voraussetzungen für einen Investmentfonds nach § 26 Nr. 4 Buchst. h oder i InvStG erfüllt sind.⁶⁰ Es wurde damit klargestellt, dass es kein Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Vorschriften gibt. Dies gilt ebenso für Investmentfonds, die nicht die Voraussetzungen des § 26 Nr. 4 Buchst. h und i InvStG erfüllen, aber als Wertpapier nach § 193 KAGB qualifizieren.⁶¹ Auch das Halten einer Beteiligung an einem Investmentfonds in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ist zulässig, insofern die Voraussetzungen des § 26 Nr. 4 Buchst. m InvStG i. V. m. § 26 Nr. 5 und 6 InvStG erfüllt sind. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn es sich um keinen nach § 26 Nr. 4 Buchst. 4 h und i InvStG erwerbbaaren (Spezial-)Investmentfonds handelt.⁶² Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Einhaltung der Voraussetzungen eines Tatbestandsmerkmals des § 26 Nr. 4 InvStG durch die Finanzverwaltung als ausreichend erachtet wird.

Sofern es sich um erwerbbaare (Spezial-)Investmentfonds nach § 26 Nr. 4 Buchst. h und i InvStG handelt, ist eine Anrechnung auf die 20 %-Grenze des § 26 Nr. 5 InvStG zu unterlassen.⁶³ Diese 10 %-Höchstbeteiligungsgrenze findet ebenso keine Anwendung, wenn es sich um erwerbbaare (Spezial-)Investmentfonds nach § 26 Nr. 4 Buchst. h und i InvStG in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft handelt.⁶⁴ Diese Regelung ist von besonderer Bedeutung, wenn bei Master-Feeder-Strukturen der Master-Fonds als Kapitalgesellschaft ausgestaltet ist. Es gilt allerdings zu beachten, dass § 26 Nr. 5 bzw. Nr. 6 InvStG Anwendung finden, wenn Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft nicht als Wertpapier oder (Spezial-)Investmentfonds qualifizieren.⁶⁵ Eine Anrechnung auf die 20 %-Quote nach § 26 Nr. 5 InvStG findet dann allerdings keine Anwendung, wenn die Beteiligung als Wertpapiere nach §§ 193 und 198 KAGB qualifiziert.⁶⁶ Mangels explizi-

59 Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 26 Rz. 174 und 183; Bödecker, in: BeckOK InvStG, 11. Ed. 1.10.2021, InvStG § 26 Rn. 146.

60 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.23.

61 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.26.

62 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.28.

63 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.27.

64 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.37.

65 Bödecker, in: BeckOK InvStG, 11. Ed. 1.10.2021, InvStG, § 26 Rn. 146.

66 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.33.

ter (Ausnahme-)Regelung ist davon auszugehen, dass die Höchstbeteiligungsquote an einer Kapitalgesellschaft nach § 26 Nr. 6 InvStG auch bei Vorliegen der Voraussetzungen für ein Wertpapier nach § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG Anwendung findet.⁶⁷

2.3.4 Besonderheiten bei geschlossenen Fonds

Aus Effizienzgründen kann es aus Anlegersicht erstrebenswert sein, einen möglichst großen Teil der Vermögensanlagen in einem Vehikel zu bündeln. Vor dem Hintergrund der fortwährenden Niedrigzinsphase verzeichnen Private Equity, Private Debt und Infrastruktur-Investitionen immer größere Kapitalzuflüsse bzw. erfahren eine entsprechend hohe Nachfrage von Investorensseite. Da die vorgenannten Asset-Klassen oftmals als geschlossene Fonds ausgestaltet sind, ist die Frage der Erwerbbarkeit geschlossener Fonds im Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG für institutionelle Anleger von erheblicher Bedeutung.

In den Anwendungsbereich der zulässigen Vermögensgegenstände nach § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG fallen grundsätzlich auch Anteile an geschlossenen Fonds nach § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB. Bis zur Veröffentlichung der aktuellen Verwaltungsauffassung⁶⁸ war es allerdings unklar, ob ein Vorrangverhältnis⁶⁹ zwischen den jeweiligen Regelungen des § 26 Nr. 4 InvStG besteht, d. h., es war nicht abschließend geklärt, ob es ausreichend ist, wenn eines der Tatbestandsmerkmale in § 26 Nr. 4 InvStG erfüllt war. Die zwischenzeitlich geäußerte Auffassung des BMF, die ein solches Rangverhältnis befürwortete, sah sich erheblicher Kritik ausgesetzt. Die aktuell gültige Verwaltungsauffassung geht davon aus, dass eine Gleichrangigkeit der Vorschriften besteht. Für Zwecke des § 26 InvStG ist es somit ausreichend, wenn ein Tatbestand erfüllt ist. Im Zuge des Erwerbs eines geschlossenen Fonds einschlägige Sachverhalte werden im BMF-Schreiben wie folgt thematisiert:

- Als Wertpapier ausgestaltete Investmentanteile können nach § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG (Wertpapier i. S. d. § 193 KAGB) erworben werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 26 Nr. 1 bis 7 InvStG nicht erfüllt sind.⁷⁰
- Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, deren Verkehrswert ermittelbar ist, dürfen auch gehalten werden, wenn die Voraussetzungen (i) eines Wertpapiers nach § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG, (ii) eines Investmentfonds nach § 26 Nr. 4 Buchst. h InvStG und Spezial-Investmentfonds nach § 26 Nr. 4 Buchst. i InvStG nicht erfüllt sind.⁷¹ Die Regelungen des § 26 Nr. 5 und 6 InvStG sind allerdings zu beachten.

67 Umkehrschluss aus BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.37.

68 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.23 ff.

69 Einem Rangverhältnis zustimmend BMF-Entwurf vom 16.12.2019; ablehnend Mann, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, 3. Auflage 2021, InvStG § 26 Rn. 16, sowie Bindl/Schober, BB 2020, 602.

70 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.26.

71 Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.26.

Je nach Ausgestaltung des geschlossenen Fonds ist die Möglichkeit zum Erwerb auch im steuerlichen Spezial-Investmentfonds grundsätzlich gegeben. Typischerweise werden geschlossene Fonds als Personengesellschaften (z. B. als SCS(p)) oder als Investmentfonds (z. B. SCA/SA) aufgelegt. Ein Erwerb als Kapitalgesellschaft nach § 26 Nr. 4 Buchst. m InvStG wäre unter Berücksichtigung des § 26 Nr. 6 InvStG ebenfalls denkbar. Der Typus des Investmentfonds (SCA) kann zudem als Wertpapier erworben werden, da die Voraussetzungen für einen Investmentfonds nach § 26 Nr. 4 Buchst. h InvStG typischerweise nicht vorliegen werden.

Bei Personengesellschaften ist zwischen (i) gewerblichen Personengesellschaften und (ii) vermögensverwaltenden bzw. gewerblich geprägten Personengesellschaften zu unterscheiden. Das BMF nennt zwar explizit gewerbliche Personengesellschaften⁷² als Vermögensgegenstände, die nicht von § 26 Nr. 4 InvStG als zulässige Vermögensgegenstände erfasst sind. Es spricht allerdings nichts dagegen, dass auch Anteile an gewerblichen Personengesellschaften unter Berücksichtigung der Spezifika des Einzelfalls als Wertpapiere nach § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB qualifizieren und damit nach § 26 Nr. 4 Buchst. InvStG als eligibel gelten.⁷³ Die Finanzverwaltung hat sich zu diesem Aspekt bisher nicht offiziell geäußert, sodass die Vertretung dieser Sichtweise mit Unsicherheit behaftet ist.

PRAXISHINWEIS

Das Tatbestandsmerkmal, das sehr kontrovers diskutiert wird, ist der Begriff der Handelbarkeit (§ 193 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KAGB) und die Frage, ob die Abtretung eines Anteils an einer Personengesellschaft mit Handelbarkeit gleichgesetzt werden kann. Bei dem VAG unterliegenden Anlegern sind die sog. VAG-Klauseln zu berücksichtigen, die die Übertragung noch weiter dahingehend einschränken, dass die Abtretung nur an andere Anleger, die dem VAG unterliegen, erfolgen darf. In der Praxis wird dem häufig dadurch begegnet, dass eine zustimmungsfreie Übertragung an einen vorher definierten Anlegerkreis zulässig sein soll. Dies wird häufig im Rahmen des Emissionsprojekts umgesetzt.

Eine Durchschau der von der gewerblichen Personengesellschaft gehaltenen Beteiligungen ist nicht vorzunehmen. Im Gegensatz dazu ist ausweislich der Auffassung des BMF bei Beteiligungen an vermögensverwaltenden Personengesellschaften und an vermögensverwaltenden Personengesellschaften mit gewerblicher Prägung eine Durchschau von in der Personengesellschaft befindlichen Vermögensgegenstände vorzunehmen.⁷⁴ Anteile an solchen Personengesellschaften können demnach nur er-

⁷² Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.21.

⁷³ Zustimmung Mann, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, 3. Auflage 2021, InvStG, § 26 Rn. 15, 16.

⁷⁴ Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.21.

worben werden, wenn die anteilig zuzurechnenden Vermögensgegenstände als zulässig i. S. d. § 26 Nr. 4 InvStG gelten.⁷⁵ Ob dies ungeachtet einer möglichen Qualifikation der Beteiligung an der vermögensverwaltenden Personengesellschaft als Wertpapier nach § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG gilt, lässt das BMF-Schreiben offen. Vor dem Hintergrund der drastischen Folgen einer wesentlichen Grenzverletzung sollte es sich empfehlen, eine entsprechende Durchschau auch bei einer Klassifikation als Wertpapier vorzunehmen.

Bei Beteiligungen an (gewerblichen) Personengesellschaften ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen für die Gewerbesteuerbefreiung i. S. d. § 15 Abs. 2 und Abs. 3 InvStG auf der Ebene des Spezial-Investmentfonds einzuhalten sind. Neben der Erwerbbarkeit des Vermögensgegenstands nach § 26 Nr. 4 InvStG ist daher die jeweilige Implikation auf die Gewerbesteuerbefreiung des Spezial-Investmentfonds zu prüfen. Wenn der Spezial-Investmentfonds allerdings lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen (z. B. Entsendung von Vertretern der Kapitalverwaltungsgesellschaft in ein Aufsichtsgremium), Kommanditistenrechte oder sonstige Verwaltungsrechte ausübt, liegt keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vor. Anderes würde gelten, wenn die Vertreter des Spezial-Investmentfonds in die unternehmerischen Entscheidungen der Mitunternehmerschaft eingreifen.⁷⁶

Abschließend sei erwähnt, dass keine Ausstrahlwirkung bzw. Abfärbewirkung der Erwerbbarkeitsnormen des § 26 InvStG auf die Besteuerung der Vermögensgegenstände besteht.

2.3.5 Besonderheiten bei »Green«-Investments

Nichtzuletzt haben aber auch klima- und energiepolitische Maßnahmen Auswirkungen auf die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds. Die Regierungskoalition setzt sich in ihrem Koalitionsvertrag zum Ziel, Hürden des Ausbaus erneuerbarer Energien aus dem Weg zu räumen. So soll der Ausbau der Ladeinfrastruktur vorangetrieben werden und erneuerbare Energien sollen verstärkt ausgebaut werden. Einige Bundesländer haben zudem bereits eine Solarpflicht für verschiedene Gebäudetypen beschlossen. Gleichzeitig ist das Ziel des Gesetzgebers erkennbar, den notwendigen Investitionsvorhaben auch den passenden rechtlichen Rahmen zu geben. Zuletzt geschehen im sog. Fondsstandortgesetz. Insbesondere beim Betreiben von Ladepunkten bzw. der Einspeisung von Solarstrom kann eine Erzielung gewerblicher Einkünfte im Einzelfall schwerlich vermieden werden. Unschädlich soll die aktive unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände allerdings nur sein, wenn die Einnahmen

⁷⁵ Vgl. BMF v. 18.1.2021, BStBl. I 2021, 156, Rn. 26.29.

⁷⁶ Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 15.39.

aus der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung weniger als 5% der gesamten Einnahmen des Spezial-Investmentfonds betragen. In der Literatur⁷⁷ wird bereits darauf verwiesen, dass z. B. Immobiliengesellschaften nach § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG eine Privilegierung für Zwecke der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung erfahren. Selbiges erscheint vor dem Hintergrund des erheblichen Investitionsbedarfs im Infrastrukturbereich auch für Infrastruktur-Investitionen bzw. Infrastruktur-Projektgesellschaften angebracht.

Klimapolitische Besonderheiten befinden sich bereits jetzt im Fokus des InvStG, da § 26 Nr. 6 S. 2 InvStG u. a. Ausnahmen für bestimmte Beteiligungsformen vorsieht. Dabei handelt es sich um eine Ausnahme von der 10%-Beteiligungshöhe an Kapitalgesellschaften für Immobiliengesellschaften, an ÖPP-Projektgesellschaften, insbesondere aber auch an Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung erneuerbarer Energien nach § 5 Nr. 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes gerichtet ist.⁷⁸

2.3.6 Wegfall der Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds

Ein Wegfall der Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds hat folgende Konsequenzen (§ 52 InvStG):⁷⁹

- Der Spezial-Investmentfonds gilt als aufgelöst.
- Liegen die Voraussetzungen für einen Investmentfonds weiterhin vor, so gilt mit der Auflösung ein Investmentfonds als neu aufgelegt.
- Entfallen die Voraussetzungen nicht zum Geschäftsjahresende des Fonds, so gilt für steuerliche Zwecke ein Rumpfgeschäftsjahr als beendet.
- Die Anteile an dem Spezial-Investmentfonds gelten als veräußert. Als Veräußerungspreis gilt der Rücknahmepreis zum Ende des (Rumpf-)Geschäftsjahres. Die Steuer auf den Veräußerungspreis wird festgesetzt und ist seit 1.1.2020 unmittelbar fällig. Die vormals eingeräumte Stundungsregelung soll lediglich für Stundungen gelten, die bis 31.12.2019 eingeräumt wurden.⁸⁰
- Zugleich gelten Investmentanteile an dem Investmentfonds (wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen) als angeschafft. Als Anschaffungskosten ist der Wert anzusetzen, der als Veräußerungspreis für die Spezial-Investmentanteile berücksichtigt wurde.

77 Hahne, DStR, 2021, 1137.

78 Bödecker, in: BeckOK InvStG, 11. Ed. 1.10.2021, InvStG, § 26 Rn. 268.

79 Dazu ausführlich in Kapitel 5.3.

80 § 57 Abs. 1 S. 2 InvStG.

- Ein Wechsel vom Besteuerungsregime für Investmentfonds zum Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds ist gesetzlich nicht vorgesehen. Dies ergibt sich letztlich aus einem Fehlen von § 52 InvStG entsprechenden Vorschriften. Ein »Wechsel« ist letzten Endes nur durch Neuaufgabe eines Investmentfonds möglich.

2.3.7 Rolle des Anlegers bei den Anlagebestimmungen nach § 26 InvStG

Dem Anleger kommt bei der Auflage des Spezial-Investmentfonds eine grundlegende Bedeutung zu, da er in Absprache mit der Kapitalverwaltungsgesellschaft des Investmentfonds über die aufsichtsrechtliche und steuerrechtliche Ausgestaltung des Investmentfonds entscheidet. Die Grundlage der steuerrechtlichen Ausgestaltung bildet § 26 InvStG, wenn der Investmentfonds als Spezial-Investmentfonds nach ebendieser Vorschrift besteuert werden soll. Mit der Ausgestaltung der Anlagebedingungen und dem Einfügen des § 26 InvStG bzw. dessen sinngemäßer Wiedergabe wird über die Besteuerung als Spezial-Investmentfonds entschieden.⁸¹

Etwaige Anlagevorschläge des Anlegers z.B. im Rahmen von Anlageausschusssitzungen sollten allerdings im Gesamtkontext der Portfoliozusammensetzung die Vorgaben des § 26 InvStG erfüllen. Empfehlenswert ist eine enge Abstimmung mit den zuständigen Einheiten der Anlagegrenzprüfung bzw. Prüfung des § 26 InvStG. Insbesondere bei der Beurteilung der Ewerbbarkeit als Wertpapier nach § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG ist eine Betrachtung des Gesamtportfolios vor dem Hintergrund der jeweiligen Liquidität im Gesamtportfoliokontext notwendig. Diese Fragestellung kann i. d. R. durch ein allgemeines Gutachten eines externen Steuerberaters oder Rechtsanwaltes nicht geklärt werden.

Die laufende Überwachung der Einhaltung des § 26 InvStG obliegt der Kapitalverwaltungsgesellschaft bzw. der Verwahrstelle des Fonds. Der Anleger hat keine Kontroll- bzw. Überwachungspflichten im Zuge der Prüfung des § 26 InvStG. Den Anleger trifft allenfalls eine Mitwirkungspflicht bei der Offenlegung der Anleger nach § 26 Nr. 8 i. V. m. § 28 InvStG gegenüber der Kapitalverwaltungsgesellschaft. In der Praxis zeigt sich ein Bedürfnis des Anlegers, eine entsprechende Bestätigung über die Einhaltung des § 26 InvStG durch die Kapitalverwaltungsgesellschaften zu erhalten. Ein offizieller gesonderter Bestätigungsvermerk durch Berufsträger über die §-26-InvStG-Konfor-

⁸¹ Vgl. Gottschling, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlagerecht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 26 Rz. 3 umd 7.

mität des Spezial-Investmentfonds erfolgt i. d. R. nicht.⁸² Weiterhin bestehen an eine solche Bestätigung der Kapitalverwaltungsgesellschaft dem Anleger gegenüber keine Formvorschriften.

Während die oben erwähnten Aussagen Investitionen in Spezial-Investmentfonds betreffen, deren Auflage durch den Anleger selbst verantwortet wurden, kommt dem Erwerb (ausländischer) Vehikel, die nicht durch den Anleger selbst lanciert wurden, ebenfalls eine gewichtige Rolle zu. Sowohl beim initialen Erwerb einer Beteiligung als auch bei der fortlaufenden steuerlichen Würdigung der Erträge des Vehikels ist die steuerliche Qualifikation der Beteiligung zu beurteilen. Um die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds zu erfüllen, muss §26 InvStG bzw. eine angelehnte Formulierung bereits in den initialen Vertragsdokumenten enthalten sein. Ausreichend ist auch eine Nebenabrede in Form einer Sideletter-Vereinbarung zwischen dem Anleger und dem Spezial-Investmentfonds.

82 Die Bestätigung des Status als Spezial-Investmentfonds nach § 29 Abs. 2 InvStG erfolgt i. d. R. lediglich im Rahmen der Beantragung der Statusbescheinigung. Dies inkludiert allerdings keine laufende Überwachung der Eigenschaft als Spezial-Investmentfonds. Die zuständige Finanzbehörde ist jedoch nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 InvStG befugt, die Voraussetzungen für die Besteuerung als Spezial-Investmentfonds zu prüfen.

3 Besteuerung auf Fondsebene

3.1 Investmentvermögen

3.1.1 Persönliche Steuerpflicht des Investmentfonds

Bis zum 31.12.2017 waren Investmentfonds grundsätzlich persönlich steuerbefreit, § 11 Abs. 1 S. 2 InvStG 2004. Durch das InvStRefG vom 19.7.2016⁸³ kam es mit Inkrafttreten zum 1.1.2018 insoweit zu einem grundlegenden Systemwechsel, nämlich zu dem Wegfall der generellen Steuerbefreiung von Investmentfonds und der Einführung einer zumindest partiellen Besteuerung auf Fondsebene. Das gilt für inländische und ausländische Investmentfonds gleichermaßen.

Für Zwecke der persönlichen Körperschaftsteuerpflicht von Investmentfonds knüpft § 6 Abs. 1 InvStG an die investmentsteuerliche Einstufung als in- oder ausländischer Fonds an. Der Ort der Geschäftsleistung oder des Sitzes des Investmentfonds ist unbeachtlich.⁸⁴ Inländische Investmentfonds (§ 2 Abs. 2 InvStG) gelten als Zweckvermögen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und sind unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, § 6 Abs. 1 S. 1 InvStG. Ausländische Investmentfonds (§ 2 Abs. 3 InvStG) gelten als Vermögensmassen i. S. d. § 2 Nr. 1 KStG und sind beschränkt körperschaftsteuerpflichtig, § 6 Abs. 1 S. 2 InvStG. Die gesetzlichen Fiktionen erfassen alle inländischen und ausländischen Investmentfonds, unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung.⁸⁵ Die Fiktion als unbeschränkt steuerpflichtiges Zweckvermögen und damit als eigenständiges Steuerrechtssubjekt gilt auch für Personengesellschaften, wenn diese in den Anwendungsbereich des InvStG fallen, § 1 Abs. 3 Nr. 2 InvStG. Nach Auffassung der Finanzverwaltung gilt die Fiktion des § 6 Abs. 1 InvStG auch bei körperschaftlich strukturierten Investmentfonds (Investmentaktiengesellschaft i. S. d. § 108 KAGB oder einer SICAV-SA), sodass diese ebenfalls als Zweckvermögen (inländische Investmentfonds) oder Vermögensmassen (ausländische Investmentfonds) zu behandeln sind. Nach hiervon abweichender Auffassung der Literatur ergibt sich die persönliche Körperschaftsteuerpflicht von inländischen Investmentfonds in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft bereits aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, sodass die Zweckvermögensfiktion insoweit ins Leere läuft.⁸⁶

Haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds (Teilsondervermögen i. S. d. § 96 Abs. 2 S. 1 KAGB) gelten als eigenständige Kör-

83 BGBl. I 2016, 1730.

84 Vgl. BMF v. 21.5.2019, BStBl. I 2019, 527, Rn. 6.1.

85 Vgl. BT-Drs. 18/8045, 72.

86 Vgl. z. B. Mann, in: Moritz/Jesch/Mann (Hrsg.), Kapitalanlage-recht, Band 2, InvStG, 2. Auflage, § 6 Rz. 73.