

Leseprobe zu

Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein

Investmentsteuergesetz

Kommentar



ISBN 978-3-504-25082-9

1.282 Seiten, 170X240 mm, 2023, Kommentar

Es muss i.d.R. vorgesehen sein, dass die Aktionäre mit einer bestimmten Mehrheit über die Verwendung des Treuhandvermögens und damit über die von der Geschäftsführung vorgeschlagene Unternehmenszusammenführung entscheiden. Anleger können Aktien einer SPAC i.d.R. zum Ausgabepreis zurückgeben, wenn sie der Unternehmenszusammenführung nicht zustimmen. Anleger, die die Aktien über die Börse zu einem möglicherweise höheren Preis erworben haben, sind hinsichtlich des Erstattungsanspruchs bei Rückgabe für gewöhnlich auf den Ausgabepreis beschränkt. Wenn innerhalb des in der Satzung der SPAC bestimmten Zeitraums keine geeignete Zielgesellschaft gefunden und keine Unternehmenszusammenführung erreicht werden kann, sehen die Vertragsbedingungen zumeist vor, dass eine SPAC liquidiert werden muss.¹ SPACs sind im Regelfall keine Investmentvermögen i.S.v. § 1 KAGB und damit keine Investmentfonds i.S.v. § 1 InvStG, weil sie keine festgelegte Anlagestrategie haben.

§ 2 Begriffsbestimmungen

(1) Die Begriffsbestimmungen des Kapitalanlagegesetzbuchs gelten entsprechend, soweit sich keine abweichenden Begriffsbestimmungen aus diesem Gesetz ergeben.

(2) Ein inländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der dem inländischen Recht unterliegt.

(3) Ein ausländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ausländischem Recht unterliegt.

(4) ¹Investmentanteil ist der Anteil an einem Investmentfonds, unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Anteils oder des Investmentfonds. ²Spezial-Investmentanteil ist der Anteil an einem Spezial-Investmentfonds, unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Anteils oder des Spezial-Investmentfonds.

(5) ¹Ein Dach-Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der Investmentanteile an einem anderen Investmentfonds (Ziel-Investmentfonds) hält. ²Ein Dach-Spezial-Investmentfonds ist ein Spezial-Investmentfonds, der Spezial-Investmentanteile an einem anderen Spezial-Investmentfonds (Ziel-Spezial-Investmentfonds) hält.

(6) ¹Aktienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegen (Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote). ²Ein Dach-Investmentfonds ist auch dann ein Aktienfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird, und die Anlagebedingungen vorsehen, dass der Dach-Invest-

Aktiengesellschaft gegründete Mantelgesellschaft ohne operative Tätigkeit und ohne Betriebs- oder Anlagevermögen. Sie sammelt beispielsweise über einen Börsengang oder eine Privatplatzierung, an die sich eine Börsennotierung anschließt, Kapital ein, um es in die Unternehmenszusammenführung mit einer noch nicht börsennotierten Zielgesellschaft zu investieren und diese damit mittelbar an die Börse zu bringen. Die Unternehmenszusammenführung soll für die SPAC-Aktionäre zu einem Wertzuwachs führen. Da die Zielgesellschaft im Zeitpunkt des Börsengangs einer SPAC noch nicht konkret bestimmt ist, werden SPACs unter Verwendung der US-Klassifizierung oft als ‚Blank Check Companies‘ (deutsch: ‚Blankoscheckgesellschaften‘) bezeichnet.“

1 BaFin, Mitteilung zu „Was sind die Besonderheiten solcher Akquisitionszweckgesellschaften? Worauf sollten Kleinanleger achten?“, zuletzt geändert am 2.7.2021.

mentfonds für die Einhaltung der Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. ³Satz 2 ist nur auf Ziel-Investmentfonds anzuwenden, die mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. ⁴In dem Zeitpunkt, in dem der Investmentfonds wesentlich gegen die Anlagebedingungen verstößt und dabei die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote unterschreitet, endet die Eigenschaft als Aktienfonds.

(7) ¹Mischfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 25 Prozent ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegen (Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote). ²Ein Dach-Investmentfonds ist auch dann ein Mischfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird, und die Anlagebedingungen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für deren Einhaltung auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. ³Satz 2 ist nur auf Ziel-Investmentfonds anzuwenden, die mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. ⁴Absatz 6 Satz 4 ist entsprechend anzuwenden.

(8) ¹Kapitalbeteiligungen sind

1. zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassene oder auf einem organisierten Markt notierte Anteile an einer Kapitalgesellschaft,
2. Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die keine Immobilien-Gesellschaft ist und die
 - a) in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ansässig ist und dort der Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften unterliegt und nicht von ihr befreit ist, oder
 - b) in einem Drittstaat ansässig ist und dort einer Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften in Höhe von mindestens 15 Prozent unterliegt und nicht von ihr befreit ist,
3. Investmentanteile an Aktienfonds in Höhe von 51 Prozent des Wertes des Investmentanteils oder
4. Investmentanteile an Mischfonds in Höhe von 25 Prozent des Wertes des Investmentanteils.

²Sieht ein Aktienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 Prozent seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nummer 3 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung. ³Sieht ein Mischfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 25 Prozent seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nummer 4 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung. ⁴Im Übrigen gelten Investmentanteile nicht als Kapitalbeteiligungen. ⁵Auch nicht als Kapitalbeteiligungen gelten

1. Anteile an Personengesellschaften, auch wenn die Personengesellschaften Anteile an Kapitalgesellschaften halten oder wenn die Personengesellschaften nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben,
2. Anteile an Kapitalgesellschaften, die nach Absatz 9 Satz 6 als Immobilien gelten,
3. Anteile an Kapitalgesellschaften, die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, soweit sie Ausschüttungen vornehmen, es sei denn, die Ausschüttungen unterliegen einer Besteuerung von mindestens 15 Prozent und der Investmentfonds ist nicht davon befreit und

4. Anteile an Kapitalgesellschaften,

- a) deren Einnahmen unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 10 Prozent aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften stammen, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 2 erfüllen oder
- b) die unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen an Kapitalgesellschaften halten, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 2 erfüllen, wenn der gemeine Wert derartiger Beteiligungen mehr als 10 Prozent des gemeinen Werts der Kapitalgesellschaften beträgt.

(9) ¹Immobilienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften anlegen (Immobilienfondsquote). ²Auslands-Immobilienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens in ausländische Immobilien und Auslands-Immobilien-Gesellschaften anlegen (Auslands-Immobilienfondsquote). ³Auslands-Immobilien-Gesellschaften sind Immobilien-Gesellschaften, die ausschließlich in ausländische Immobilien investieren. ⁴Investmentanteile an Immobilienfonds oder an Auslands-Immobilienfonds gelten in Höhe von 51 Prozent des Wertes des Investmentanteils als Immobilien. ⁵Sieht ein Immobilienfonds oder ein Auslands-Immobilienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 Prozent seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Immobilien vor, gilt der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Immobilie. ⁶Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, bei denen nach gesetzlichen Bestimmungen oder nach deren Anlagebedingungen das Bruttovermögen zu mindestens 75 Prozent aus unbeweglichem Vermögen besteht, gelten in Höhe von 75 Prozent des Wertes der Anteile als Immobilien, wenn die Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen einer Ertragsbesteuerung in Höhe von mindestens 15 Prozent unterliegen und nicht von ihr befreit sind oder wenn deren Ausschüttungen einer Besteuerung von mindestens 15 Prozent unterliegen und der Investmentfonds nicht davon befreit ist. ⁷Absatz 6 Satz 4 ist entsprechend anzuwenden.

(9a) ¹Die Höhe des Aktivvermögens bestimmt sich nach dem Wert der Vermögensgegenstände des Investmentfonds ohne Berücksichtigung von Verbindlichkeiten des Investmentfonds. ²Anstelle des Aktivvermögens darf in den Anlagebedingungen auf den Wert des Investmentfonds abgestellt werden. ³Bei der Ermittlung des Umfangs des in Kapitalbeteiligungen angelegten Vermögens sind in den Fällen des Satzes 2 die Kredite entsprechend dem Anteil der Kapitalbeteiligungen am Wert aller Vermögensgegenstände abzuziehen. ⁴Satz 3 gilt entsprechend für die Ermittlung des Umfangs des in Immobilien angelegten Vermögens.

(10) Anleger ist derjenige, dem der Investmentanteil oder Spezial-Investmentanteil nach § 39 der Abgabenordnung zuzurechnen ist.

(11) Ausschüttungen sind die dem Anleger gezahlten oder gutgeschriebenen Beträge einschließlich des Steuerabzugs auf den Kapitalertrag.

(12) Als Anlagebedingungen gelten auch die Satzung, der Gesellschaftsvertrag oder vergleichbare konstituierende Rechtsakte eines Investmentfonds.

(13) Als Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen gilt auch deren Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft sowie eine beendete Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds.

(14) Der Gewinnbegriff umfasst auch Verluste aus einem Rechtsgeschäft.

(15) Ein Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat ist ein Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Drittstaat, der

1. der Bundesrepublik Deutschland Amtshilfe gemäß der Amtshilferichtlinie im Sinne des § 2 Absatz 2 des EU-Amtshilfegesetzes oder gemäß vergleichbaren völkerrechtlichen Vereinbarungen leistet und
2. die Bundesrepublik Deutschland bei der Beitreibung von Forderungen gemäß der Beitreibungsrichtlinie im Sinne des § 2 Absatz 2 des EU-Beitreibungsgesetzes oder gemäß vergleichbaren völkerrechtlichen Vereinbarungen unterstützt.

(16) Anteile an Personengesellschaften, die nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, gelten für die Zwecke der §§ 26, 28 und 48 nicht als Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, sondern es sind weiterhin die für Personengesellschaften geltenden Regelungen anzuwenden.

A. Grundaussagen der Vorschrift			
I. Regelungsgegenstand und -zweck	1	5. „Fortlaufende“ Anlage im Fall der Neuauflage	46
II. Anwendungsbereich	2	6. „Fortlaufende“ Anlage während der Liquidationsphase	47
III. Rechtsentwicklung	3	V. Ermittlung der Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote	
IV. Verhältnis zu anderen Vorschriften	7	1. Vorbemerkung	48
B. Begriffsbestimmungen des KAGB (Abs. 1)		2. Zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum	50
I. Vorbemerkung	8	3. Dachfonds	52
II. Beispielhafte Begriffsbestimmungen des KAGB		4. Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren i.S.d. § 1 Abs. 2 KAGB	55
1. Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG)	10	5. Zufluss bis zum 31.12.2018	56
2. Verwahrstellen	14	VI. ETF	58
C. Inländischer Investmentfonds (Abs. 2)	15	H. Mischfonds (Abs. 7)	63
D. Ausländischer Investmentfonds (Abs. 3)		I. Kapitalbeteiligungen i.S.d. Abs. 8	
I. Vorbemerkung	16	I. Vorbemerkung	64
II. Ort der Geschäftsleitung im Inland	17	II. Anteile i.S.d. Abs. 8 Satz 1 Nr. 1	66
III. Grenzüberschreitende Fondsverwaltung	18	III. Anteile i.S.d. Abs. 8 Satz 1 Nr. 2	69
E. Investmentanteil (Abs. 4)		IV. Anteile i.S.d. Abs. 8 Satz 1 Nr. 3 und 4	71
I. Vorbemerkung	21	V. Anteile an körperschaftlich strukturierten Ziel-(Spezial-)Investmentfonds	73
II. Zertifikate	23	VI. Über Personengesellschaften gehaltene Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (Abs. 8 Satz 5 Nr. 1)	74
III. Verbriefungen	24	VII. Anteile an bestimmten Kapitalgesellschaften (Abs. 8 Satz 5 Nr. 2)	80
IV. Genussrechte	25	VIII. Anteile an REITs und REIT-ähnlichen Kapitalgesellschaften (Abs. 8 Satz 5 Nr. 3)	81
V. Collateralized debt obligations (CDO)	27	IX. Anteile an Holdinggesellschaften (Abs. 8 Satz 5 Nr. 4)	82
F. Dach-Fonds (Abs. 5)	28	J. Immobilienfonds (Abs. 9)	
G. Aktienfonds (Abs. 6)		I. Vorbemerkung	84
I. Vorbemerkung	34	II. Ermittlung Immobilienquote	88
II. Wert des Aktienfonds	37	III. Zeitpunkt des Erfüllens der Anlagegrenzen	91
III. Fixe prozentuale Mindestquote in Anlagebedingungen	38	IV. Dachfonds	93
IV. Fortlaufende Anlage		V. Berücksichtigung von Anteilen an in- und ausländischen REIT	94
1. Vorbemerkung	39		
2. Wesentliche Verletzung der Vermögensgrenzen	40		
3. Kurzfristiges Unterschreiten der Vermögensgrenzen	43		
4. Passive Grenzverletzung der Vermögensgrenzen	44		

K. Aktivvermögen (Abs. 9a)	95	3. Fonds- bzw. Verkaufsprospekte	112
L. Anleger nach Abs. 10	98	O. Veräußerung (Abs. 13)	116
M. Ausschüttungen (Abs. 11)		P. Gewinnbegriff (Abs. 14)	120
I. Vorbemerkung	103	Q. Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat (Abs. 15)	
II. Steuerabzugsbeträge	105	I. Vorbemerkung	121
III. Sachausschüttung	106	II. Mitgliedstaat der Europäischen Union .	122
IV. Kapitalrückzahlung	107	III. Drittstaat	123
N. Anlagebedingungen (Abs. 12)		IV. Amtshilfe	124
I. Vorbemerkung	108	R. Anteile an optierenden Personengesellschaften (Abs. 16)	127
II. Anlagebedingungen	109		
III. Vergleichbare konstituierende Rechtsakte			
1. Vorbemerkung	110		
2. Side letter	111		

Literatur: *Anzinger*, Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an girosammelverwahrten Aktien im System der Kapitalertragsteuer, RdF 2012, 394; *Krause/Klebeck*, Fonds(anteils)begriff nach der AIFM-Richtlinie und dem Entwurf des KAGB, RdF 2013, 4; *Werner*, Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, StBW 2013, 811; *Bindl/Mager*, Ausgewählte Zweifelsfragen und Lösungsvorschläge zum InvStG n.F., BB 2016, 2711; *Dyckmans*, Grundlegende Neukonzeption der Investmentbesteuerung, Ubg 2016, 62; *Haisch*, Abzugsverbot bei den Teilfreistellungen nach § 20 InvStG n.F. im Lichte des BFH-Urteils I R 61/14, RdF 2016, 329; *Kempff/Hirtz*, Schwerpunkte des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung, DStR 2016, 1; *Neumann*, Investmentsteuerreform: Ausgewählte Problemfelder, DB 2016, 1779; *Stadler/Mager*, Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung, DStR 2016, 697; *Warnke*, Die Investmentsteuerreform und ihre wesentlichen Änderungen, EStB 2016, 305; *Behrens*, Transparenz- und Immobilien-Transparenzoption nach dem InvStG 2018, RdF 2017, 297; *Bindl/Mager*, Besteuerung von Dachfonds nach dem InvStG 2018 – Stellungnahme zum Entwurf eines Reparaturgesetzes und Alternativvorschlag, DStR 2017, 465; *Bindl/Stadler*, Die Immobilientransparenz gem. § 33 Abs. 2 InvStG 2018 bei Dach- und Masterfonds-Strukturen, BB 2017, 1943; *Ebner*, Teilfreistellung bei Investmentfonds in der Praxis, RdF 2017, 305; *Ebner*, Investmentfonds im ausländischen Kontext – Reform der Investmentbesteuerung soll die Besteuerung vereinfachen und Steuerschlupflöcher schließen, NWB 2017, 479; *Ernst*, Reform der Investmentbesteuerung und Auswirkungen auf die Durchführung der betrieblichen Altersvorsorge, BB 2017, 2723; *Haase/Dorn*, Investmentsteuerrecht – Einführung, 2. Aufl. 2015; *Haug*, Besteuerung von Spezial-Investmentfonds nach dem InvStG 2018 – Aktuelle Einzelfragen und erste Lösungsansätze, Ubg 2017, 303; *Kelterborn/Küpper*, Investmentsteuerreform: Praxishinweise und Erleichterungen aus dem BMF, BB 2017, 2263; *Hahnel/Michaelis*, Entwurf eines „JStG 2019“: Vorgeschlagene Änderungen bei der Abgeltungsteuer und der Investmentbesteuerung, RdF 2019, 196; *Stadler/Mager*, Der neue Investmentsteuererlass zu Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz v. 21.5.2019 – Vergleich zum Entwurf v. 15.6.2018, BB 2019, 1760; *Weber/Krauß*, ADRs, Pre-Release ADRs und „Phantom-Aktien“: Zivil- und steuerrechtliche Konsequenzen der (unterbliebenen) Aktienhinterlegung, DStR 2019, 960; *Haug*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts – Folgen aus dem Optionsmodell für die Investmentbesteuerung, FR 2021, 410.

A. Grundaussagen der Vorschrift

I. Regelungsgegenstand und -zweck

§ 2 InvStG enthält steuerliche Definitionen und Begriffsbestimmungen, auf die sich die Regelungen des neuen InvStG beziehen. 1

II. Anwendungsbereich

- 2 Der Anwendungsbereich ergibt sich aus § 1 Abs. 1 und 2 InvStG (vgl. die Kommentierung zu § 1 InvStG). Der Besteuerung nach dem InvStG unterliegen grds. **sämtliche Kapitalanlagevehikel**, die aufsichtsrechtlich durch das KAGB geregelt werden, und deren Anleger.¹ Mithin sind die steuerlichen Definitionen und Begriffsbestimmungen in den Abs. 1 bis 16 des § 2 InvStG sowohl für die Besteuerungsregelungen für Investmentfonds, für Spezial-Investmentfonds sowie für Altersvorsorgevermögenfonds als auch für die Besteuerung des Anlegers eines Investmentfonds und eines Spezial-Investmentfonds maßgebend.² § 2 InvStG i.V.m. § 56 Abs. 1 Satz 1 InvStG ist ab dem 1.1.2018 anzuwenden.

III. Rechtsentwicklung

- 3 **Investmentsteuerreformgesetz v. 19.7.2016.**³ § 2 InvStG i.d.F. des InvStRefG lehnt sich an den bisherigen § 1 InvStG a.F. an. Letzterer verwies in Abs. 2 bei der Definition wichtiger Begrifflichkeiten auf die Begriffsbestimmungen des KAGB, soweit sich aus dem InvStG a.F. keine abweichenden Begriffsbestimmungen ergaben. Die eigenständigen steuerlichen Begriffsbestimmungen ergaben sich aus § 1 Abs. 2 Satz 2 bis 6 InvStG a.F.
- 4 **„JStG 2018“ v. 11.12.2018.**⁴ Durch Art. 15 des „JStG 2018“ wurden bereits erste Änderungen und Konkretisierungen in § 2 InvStG vorgenommen. So wurden die Definitionen von „Aktienfonds“ (Abs. 6), „Mischfonds“ (Abs. 7), „Kapitalbeteiligungen“ (Abs. 8) und „Immobilienfonds“ (Abs. 9) konkretisiert. Insbesondere erfolgte eine Reduzierung der Mindestbeteiligungsquote an Kapitalbeteiligungen bzw. Immobilien von „mindestens 51 Prozent“ auf „mehr als 50 Prozent“. In Abs. 9a wird das „Aktivvermögen“ definiert, welches für die Ermittlung der Kapitalbeteiligungsquote maßgebend ist. Zudem wurden die Regelungen in § 2 Abs. 8 Sätze 2 und 3 sowie in § 2 Abs. 9 Satz 3 InvStG neu gefasst, um es Dach-Investmentfonds zu erleichtern, die Kapitalbeteiligungsquote eines Aktien- oder Mischfonds bzw. die Immobilienquote eines Immobilienfonds zu erreichen. Die Änderungen und Konkretisierungen traten mit Wirkung vom 15.12.2018 in Kraft.
- 5 **„JStG 2019“ v. 12.12.2019.**⁵ Das „JStG 2019“ beinhaltet in Art. 17 weitere Änderungen und Ergänzungen des § 2 InvStG. So wurde dem Abs. 8 ein neuer Satz 5 angefügt, der eine Negativabgrenzung enthält, wann eine Kapitalbeteiligung bei der Ermittlung der maßgeblichen Kapitalbeteiligungsquote keine Berücksichtigung findet. Nach der Gesetzesbegründung sollen die einzelnen Tatbestände des § 2 Abs. 8 Satz 5 InvStG zu einer Gestaltung verhindern, mit denen die Aktienteilfreistellung ausgenutzt wird, ohne dass bei den von den Investmentfonds gehaltenen Kapitalbeteiligungen eine steuerliche Vorbelastung eingetreten ist. Zum anderen soll eine einfache Überprüfbarkeit der Voraussetzungen für eine Aktienteilfreistellung durch die FinVerw. erreicht werden.⁶ Zudem wurden in § 2 Abs. 9 InvStG die bisher getrennten Definitionen des Immobilienfonds in § 2 Abs. 9 InvStG und des Auslands-Immobilienfonds in § 20 Abs. 3 Satz 2 InvStG i.d.F. v. 19.7.2016 zusammengefasst. § 2 Abs. 9 InvStG definiert den Begriff der Immobilienfonds und der Auslands-Immobilienfonds. In Satz 6 wird nun geregelt, unter welchen Voraussetzungen Anteile an in- und ausländischen REITs i.H.v. 75 % des Werts der Anteile als Immobilien gelten. Letztlich wurde in § 2 Abs. 13 InvStG der

1 BT-Drucks. 18/8045, 54.

2 BT-Drucks. 18/8045, 68.

3 BGBl. I 2016, 1730.

4 BGBl. I 2018, 2338.

5 BGBl. I 2019, 2451.

6 BT-Drucks. 19/13436, 170.

Begriff der Veräußerung um Fälle einer beendeten Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds erweitert. Die Änderungen in § 2 Abs. 8 Satz 5, Abs. 9 und 13 InvStG durch das „JStG 2019“ sind zum 1.1.2020 anzuwenden.¹

Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts v. 25.6.2021.² Durch Art. 4 des KöMoG wurde § 2 Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 InvStG um einen Halbsatz ergänzt. Hiernach gelten 6
Anteile an Personengesellschaften auch dann nicht als Kapitalbeteiligungen, wenn die Personengesellschaften nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben. Zudem wurde ein neuer Abs. 16 in § 2 InvStG aufgenommen. Dieser regelt, dass Anteile an Personengesellschaften, die nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, für Zwecke der §§ 26, 28 und 48 InvStG nicht als Beteiligung an einer KapGes. gelten. Vielmehr sind insoweit weiterhin die für Personengesellschaften geltenden Regelungen anzuwenden. Die Regelungen gelten ab dem 1.1.2022 (§ 57 Abs. 6 Nr. 2 InvStG).

IV. Verhältnis zu anderen Vorschriften

§ 2 Abs. 1 InvStG verweist auf die **Begriffsbestimmungen des Kapitalanlagegesetzbuches** 7
(KAGB).³ Das KAGB ist ein in sich geschlossenes Regelwerk, das den Aufsichts- und Regulierungsrahmen für Investmentvermögen und ihre Kapitalverwaltungsgesellschaften bildet.⁴ Durch den Verweis auf das KAGB werden ein weitgehender Gleichlauf zwischen Steuer- und Aufsichtsrecht hergestellt und Abgrenzungsprobleme in der Praxis vermieden (vgl. jedoch § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG).⁵ Eine Ausnahme ergibt sich nur dann, soweit das InvStG eigenständig Begriffsbestimmungen für Zwecke des InvStG definiert. In diesem Fall sind diese spezialgesetzlichen Definitionen vorrangig gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des KAGB.⁶ Hierdurch bezweckt der Gesetzgeber die in Teilen weiterhin notwendige Entkopplung von Aufsichts- und Steuerrecht.

B. Begriffsbestimmungen des KAGB (Abs. 1)

I. Vorbemerkung

Gemäß § 2 Abs. 1 InvStG gelten die Begriffsbestimmungen des KAGB entsprechend, soweit 8
sich keine abweichenden Begriffsbestimmungen aus dem InvStG ergeben. Die aufsichtsrechtlichen Begriffsbestimmungen sind insbes. in § 1 KAGB normiert, aber beispielsweise auch in § 17 KAGB die Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG).

Durch den Verweis auf das KAGB sind die in § 1 KAGB oder in anderen Vorschriften des 9
KAGB enthaltenen Begriffsbestimmungen grds. auf das InvStG anzuwenden.⁷ Die Verweisung auf die Begriffsbestimmungen des KAGB hat zur Folge, dass sowohl künftige gesetzgeberische Maßnahmen im Rahmen des aufsichtsrechtlichen KAGB als auch Auslegungsfragen⁸ im Zusammenhang mit den tatbestandlichen Voraussetzungen des KAGB unmittelbar auf das InvStG durchschlagen.

¹ Art. 17 Nr. 17 des „JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451.

² BGBl. I 2021, 2050.

³ Eine Übersicht über das Aufsichtsrecht enthält Anhang 8.

⁴ *Weitnauer* in W/B/A³, Einl. II.1.; *Mansfeld* in Moritz/Klebeck/Jesch, Einl. Rz. 21.

⁵ BT-Drucks. 18/8045, 54.

⁶ BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.1.

⁷ BT-Drucks. 18/8045, 68; *Wenzel* in Brandis/Heuermann, § 2 InvStG 2018 Rz. 10 ff.; *Gottschling* in Moritz/Jesch/Mann², § 2 InvStG Rz. 9.

⁸ Vgl. insoweit umfangreiche Stellungnahmen der BaFin bzw. der Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA).

II. Beispielhafte Begriffsbestimmungen des KAGB

1. Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG)

- 10 Nach § 17 Abs. 1 KAGB sind KVG Unternehmen mit satzungsmäßigem Sitz und Hauptverwaltung im Inland, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, inländische Investmentvermögen, EU-Investmentvermögen oder ausländische Alternative Investmentfonds (AIF) zu verwalten (kollektive Vermögensverwaltung). Verwaltung eines Investmentvermögens liegt vor, wenn mindestens die Portfolioverwaltung oder das Risikomanagement für ein oder mehrere Investmentvermögen erbracht wird. Die KVG hat ausschließlich im Interesse der Anleger zu handeln, Anleger sowie Investmentvermögen gleich zu behandeln und die Marktintegrität zu wahren. In organisatorischer Hinsicht hat die KVG die Gewähr u.a. für ein Interessenkonfliktmanagement sowie ein Risiko- und Liquiditätsmanagement zu tragen.
- 11 Das KAGB differenziert dabei zwischen internen und externen KVG.¹ Die KVG ist eine **externe KVG**, wenn sie vom Investmentvermögen oder im Namen des Investmentvermögens bestellt ist und aufgrund dieser Bestellung für die Verwaltung des Investmentvermögens verantwortlich ist (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 KAGB). Die externe KVG darf nur in der Rechtsform der AG, der GmbH oder als KG, bei der eine GmbH persönlich haftende Gesellschafterin ist (GmbH & Co. KG), auftreten. Die **interne KVG** ist das Investmentvermögen selbst, wenn die Rechtsform des Investmentvermögens eine interne Verwaltung zulässt und der Vorstand oder die Geschäftsführung des Investmentvermögens entscheidet, keine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft zu bestellen (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 KAGB). Die KVG handelt bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der Verwahrstelle und ausschließlich im Interesse der Anleger (§ 26 Abs. 1 KAGB). Die KVG muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, die die Einhaltung der von ihr zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet (§ 28 Abs. 1 Satz 1 KAGB; vgl. Anh. 8 Rz. 40).
- 12 AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften sind KVG gem. § 17 KAGB, die mindestens einen AIF verwalten oder zu verwalten beabsichtigen (§ 1 Abs. 16 KAGB). Gemäß § 1 Abs. 17 KAGB sind EU-Verwaltungsgesellschaften Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU/des EWR, die den Anforderungen an eine Verwaltungsgesellschaft oder an eine intern verwaltete Investmentgesellschaft i.S.d. Richtlinie 2009/65/EG oder an einen Verwalter alternativer Investmentfonds i.S.d. Richtlinie 2011/61/EU² entsprechen.
- 13 **Ausländische AIF-Verwaltungsgesellschaften** sind Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat, die den Anforderungen an einen Verwalter alternativer Investmentfonds i.S.d. Richtlinie 2011/61/EU entsprechen, § 1 Abs. 18 KAGB.

2. Verwahrstellen

- 14 Der Begriff der Verwahrstelle ist Ausfluss unionsrechtlicher Terminologie und hat den auch heute noch gängigen Begriff der „Depotstelle“ abgelöst.³ Die rechtlichen Grundlagen ergeben sich aus §§ 68 bis 90 KAGB. Für jedes Investmentvermögen hat die KVG eine Verwahrstelle zu beauftragen (Verwahrstellenvertrag). Der Verwahrstelle obliegt die Verwahrung der Vermögensgegenstände des Investmentfonds sowie eine eigenständige, inhaltlich eingegrenzte

1 Werner, StBW 2013, 811.

2 RL 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der RL 2003/41/EG und 2009/65/EG und der VO (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. EU 2011 Nr. L 174, 1.

3 Art. 21 der RL 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der RL 2003/41/EG und 2009/65/EG und der VO (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. EU 2011 Nr. L 174, 1.

Überwachungspflicht (§§ 72, 76 KAGB). Verwahrstellen können EU-Kreditinstitute (§§ 68 Abs. 2, 80 Abs. 2 Nr. 1 KAGB) und Wertpapierfirmen (§ 80 Abs. 2 Nr. 2 KAGB) sein. Bei bestimmten geschlossenen AIF können auch Treuhänder beauftragt werden (§ 80 Abs. 3 KAGB). Eine Verwahrstelle kann letztlich nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 KAGB eine andere Kategorie von Einrichtung sein, die einer Beaufsichtigung und ständigen Überwachung unterliegt (z.B. Prime Broker) und die am 21.7.2011 unter eine der von den Mitgliedstaaten der EU/des EWR gem. Art. 23 Abs. 3 der RL 2009/65/EG festgelegten Kategorien von Einrichtungen fällt, aus denen eine Verwahrstelle gewählt werden kann. Bei der Ausübung ihrer Tätigkeit handeln die Verwahrstellen **unabhängig von den KVG und ausschließlich im Interesse der Anleger** (vgl. Anh. 8 Rz. 41).¹

C. Inländischer Investmentfonds (Abs. 2)

Ein inländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der dem inländischen Recht unterliegt. Die bisherige Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 2 Satz 3 InvStG a.F. hat auf das inländische Aufsichtsrecht abgestellt.² § 2 Abs. 2 InvStG lehnt sich nunmehr an § 1 Abs. 7 KAGB an, der darauf abstellt, welchem „Recht“ das Investmentvermögen unterliegt. Maßgebend ist das Recht des Staates, unter dem der Investmentfonds aufgelegt wurde und nach dessen Bestimmungen sich die Ausgestaltung sowie die Anlagebedingungen oder vergleichbare konstituierende Dokumente des Investmentfonds richten.³ Damit wird auf das jeweils anwendbare **Zivil- oder Privatrecht** abgestellt.⁴ Der Ort der effektiven Geschäftsführung ist zumindest für die Qualifikation als inländischer Investmentfonds irrelevant.

D. Ausländischer Investmentfonds (Abs. 3)

I. Vorbemerkung

Ein ausländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ausländischem Recht unterliegt. Die Regelung stellt – wie im Aufsichtsrecht (vgl. § 1 Abs. 8 bis 9 KAGB) – darauf ab, welchem Recht der ausländische Investmentfonds unterliegt. Anders als das KAGB, das zwischen EU-Investmentvermögen und ausländischen AIF unterscheidet, differenziert das InvStG nur zwischen inländischen und ausländischen Investmentfonds. Maßgebend ist, nach welchem staatlichen Recht sich die Ausgestaltung des Investmentfonds sowie die Anlagebedingungen oder vergleichbare konstituierende Dokumente richten.⁵ Damit wird auf das jeweils anwendbare Zivil- oder Privatrecht abgestellt.⁶ Dies entspricht der bisherigen nationalen Sichtweise zur Auslegung von § 1 Abs. 8 und 9 KAGB.⁷

II. Ort der Geschäftsleitung im Inland

Fraglich ist, ob ein **ausländischer Investmentfonds bei einem Ort der Geschäftsleitung im Inland** in einen inländischen Investmentfonds umzuqualifizieren ist. Ort der Geschäftsleitung

¹ Häuselmann, Investmentanteile, 2019, 58; Haase/Dorn, Investmentsteuerrecht, 2. Aufl. 2015, 57 ff.

² Bauderer/Mundel in Haase², § 1 InvStG Rz. 243; Dyckmans, Ubg 2016, 62 (63).

³ BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.2.

⁴ BT-Drucks. 18/8045, 74; BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.2.

⁵ BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.2.

⁶ BT-Drucks. 18/8045, 68.

⁷ BaFin, Rundschreiben 14/2008 (WA) zum Anwendungsbereich des InvG nach § 1 Satz 1 Nr. 3 InvG v. 22.12.2008, unter Ziff. I. Nr. 1 Buchst. e.

ist der Ort, an dem Geschäftsführungsmaßnahmen von einiger Wichtigkeit getroffen werden, die aus tatsächlichen, organisatorischen und rechtlichen Gründen für den gewöhnlichen Betrieb erforderlich sind.¹ Abzugrenzen hiervon ist die Festlegung der Grundsätze der Unternehmenspolitik und die sonstige Mitwirkung der Gesellschafter an ungewöhnlichen Maßnahmen. Aus dem klaren Wortlaut der Norm ergibt sich, dass alleiniger Maßstab für die Frage, ob ein in- oder ausländischer Investmentfonds vorliegt, das staatliche Recht ist, welchem der Investmentfonds unterliegt.² Für dieses Begriffsverständnis spricht auch die Gesetzeshistorie. Diese zeigt, dass der Gesetzgeber, wie bereits in § 1 Abs. 2 Sätze 3 bis 5 InvStG a.F., bewusst anlehnd an das Aufsichtsrecht den satzungsmäßigen Sitz als charakterisierend formuliert hat, weil er nicht den Sitz der tatsächlichen Verwaltung erfassen wollte. Der Gesetzgeber wollte bereits unter dem alten Besteuerungsregime hierdurch einer Abweichung der steuerlichen von der aufsichtsrechtlichen Definition des Investmentfonds vorbeugen. Er hat durch die geänderte Formulierung in § 2 Abs. 3 InvStG zu erkennen gegeben, dass er nicht von seinem bisherigen Rechtsverständnis abweichen wollte, sondern vielmehr sich an das Aufsichtsrecht anlehnt. Hierfür spricht schließlich auch die Gesetzesbegründung³, wonach sich § 2 Abs. 3 InvStG am Aufsichtsrecht orientiert, das sich nach den Vorschriften des internationalen Privatrechts richtet.⁴

III. Grenzüberschreitende Fondsverwaltung

- 18 Strittig diskutiert wird, ob ein **ausländischer Investmentfonds bei einer (grenzüberschreitenden) Fondsverwaltung im Inland** eine (Vertreter-) **Betriebsstätte in Deutschland** begründet. Eine grenzüberschreitende Verwaltung von Investmentfonds kann zum einen über Zweigniederlassungen, zum anderen im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs erfolgen.⁵ Liegt eine grenzüberschreitende Verwaltung vor, berührt dies nicht die Qualifikation als ausländischen Investmentfonds. Diese richtet sich ausschließlich nach dem staatlichen Recht seiner Ausgestaltung sowie der Anlagebedingungen oder vergleichbarer konstituierenden Dokumente.
- 19 Nach einer Ansicht in der Literatur⁶ ergebe sich aus den Regelungen zur Gewerbesteuerbefreiung des Investmentfonds nach § 15 InvStG, dass dieser eine solche Betriebsstätte jedenfalls dann nicht begründe, wenn er seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Denn nach § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InvStG sei die Gewerbesteuerfreiheit nur dann gegeben, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.
- 20 Ein derart weitgehendes Normverständnis ist dem § 15 InvStG jedoch nicht zu entnehmen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bereits in der Gesetzesbegründung⁷ zum OGAW-IV-Umsetzungsgesetz klargestellt hat, dass er sich durch die Regelung des § 1 Nr. 1 Buchst. c InvStG i.d.F. des OGAW-IV-UmsG bzw. § 1 Abs. 1f Nr. 1 Buchst. c InvStG a.F. von der bisherigen Auffassung, es komme vornehmlich auf den Ort an, von dem das Sondervermögen aus verwaltet werde, lösen wollte. Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber durch die Regelungen im neuen InvStG eine erneute Kehrtwende vollziehen wollte, ergeben sich weder aus

1 BFH v. 5.11.2014 – IV R 30/11, BStBl. II 2015, 601.

2 Gottschling in Moritz/Jesch/Mann², § 2 InvStG Rz. 12; so bereits zum InvStG a.F. Völker in Moritz/Jesch/Mann, InvStG, Bd. 2, 2015, § 5 Rz. 47; Bauderer/Mundel in Haase², § 1 InvStG Rz. 243.

3 BT-Drucks. 18/8045, 68.

4 Vollhard/Jung in W/B/A³, § 1 KAGB Rz. 45.

5 Gottschling in Moritz/Jesch/Mann², § 2 InvStG Rz. 13.

6 Stadler/Mager, DStR 2016, 697.

7 BT-Drucks. 17/4510, 93.

dem Normverständnis des § 2 InvStG noch aus der Gesetzesbegründung.¹ Die Definition in § 2 Abs. 3 InvStG lässt auch bei einer grenzüberschreitenden Verwaltung eine zweifelsfreie Unterscheidung zwischen inländischen und ausländischen Investmentfonds zu.

E. Investmentanteil (Abs. 4)

I. Vorbemerkung

§ 2 Abs. 4 InvStG definiert den Anteil an einem Investmentfonds als „Investmentanteil“ und den Anteil an einem Spezial-Investmentfonds als „Spezial-Investmentanteil“. Auf die rechtliche Ausgestaltung des Anteils oder die des Investmentfonds kommt es dabei nicht an.² Insbesondere gelten auch „Aktien“ einer Investmentaktiengesellschaft als Investmentanteile oder Spezial-Investmentanteile, wenn die Investmentaktiengesellschaft die Voraussetzungen eines Investmentfonds nach § 1 Abs. 2 InvStG oder eines Spezial-Investmentfonds nach § 26 InvStG erfüllt.³ Soweit im Kapitel 1 des InvStG auf Investmentanteile Bezug genommen wird, sind grds. auch Spezial-Investmentanteile umfasst.⁴

Die Anteile können mitgliedschaftliche Rechte verkörpern, z.B. Aktien einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital i.S.d. § 108 Abs. 4 i.V.m. § 96 KAGB, bzw. auf einer vertraglichen Gestaltung⁵ beruhen, wie beispielsweise bei Anteilen an einem Sondervermögen i.S.d. § 92 KAGB.⁶ Maßgebend ist, ob die **schuldrechtlichen Beziehungen** zwischen dem Investmentvermögen und der Vertragspartei auf **Eigen- oder Fremdkapital beruhen**.⁷ Nur eigenkapitalähnliche Anteile vermitteln einen Investmentanteil. Dieses Verständnis ist Ausfluss des aufsichtsrechtlichen materiell-rechtlichen Investmentbegriffs. Ein eigenkapitalähnlicher Anteil liegt vor, wenn der Anleger sowohl an den Erträgen als auch an den stillen Reserven und stillen Lasten des Investmentvermögens partizipiert, d.h., der Anleger Chancen und Risiken der Wertentwicklung der gemeinschaftlichen Anlage trägt.⁸ Wird zwischen dem Investmentvermögen und dem Anleger ein „Entgelt“ für die Kapitalüberlassung betragsmäßig fixiert oder ein unbedingter Kapitalrückzahlungsanspruch vereinbart, liegt kein „Anteil“ i.S.d. § 2 InvStG vor. Die Kapitalbeteiligung muss erfolgsabhängig ausgestaltet sein.

II. Zertifikate

Zertifikate sind Schuldverschreibungen eines Emittenten, die Anlegern die **Teilnahme an der Kursentwicklung bestimmter Wertpapiere oder anderer Finanzinstrumente verbrieft**.⁹ Entscheidungserheblich für die Frage, ob Zertifikate Anteile an Investmentfonds begründen, ist, ob das vom Anleger eingesammelte Kapital gem. einer festgelegten Anlagestrategie „zum Nutzen der Anleger investiert“ wird (§ 1 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 InvStG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB). Bereits nach bisheriger Auffassung der FinVerw.⁹ liegt kein ausländischer Investment-

1 So auch *Gottschling* in Moritz/Jesch/Mann², § 2 InvStG Rz. 13; *Dyckmans*, Ubg 2016, 62 (63); *Kempff/Hirtz*, DStR 2016, 1 (2).

2 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.3.

3 BT-Drucks. 18/8045, 69.

4 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.4.

5 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.3; *Moroni* in Moritz/Klebeck/Jesch, § 92 KAGB Rz. 1; *Gottschling* in Moritz/Jesch/Mann², § 2 InvStG Rz. 20.

6 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.3.

7 *Gottschling* in Moritz/Jesch/Mann², § 1 InvStG Rz. 36.

8 *Gottschling* in Moritz/Jesch/Mann², § 1 InvStG Rz. 36.

9 BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019 – DOK 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931.

anteil vor, wenn der Emittent nicht dazu verpflichtet ist, den Emissionserlös in Vermögensgegenstände i.S.d. § 2 Abs. 4 InvG anzulegen, und der Wertpapierinhaber keinen Anspruch auf das jeweilige Bezugsobjekt hat sowie keine Rechte an diesem erwirbt, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den jeweiligen Emittenten auf eine Leistung hat, die sich nach der Entwicklung des jeweiligen Bezugsobjekts bemisst. Die BaFin hat diese Sichtweise übernommen.¹ Hiernach liege bei Schuldverschreibungen in Form eines Zertifikats, dessen Wertentwicklung an verschiedene Wertpapiere oder an einen selbst erstellten Index gekoppelt ist, keine Investition zum Nutzen der Anleger vor, wenn die Bank in der Verwendung der Anlegergelder frei ist und dem Anleger nicht verspricht, die Anlegergelder etwa in die dem selbst erstellten Index oder dem Referenzportfolio zugrunde liegenden Vermögenswerte zu investieren. Maßgebend ist, ob die Zertifikate die gesamte Wertentwicklung sowie etwaige stille Reserven des Investmentvermögens auf die Zertifikateinhaber transportieren.² Anhaltspunkte, die dafür sprechen würden, dass sich die FinVerw. von dieser Rechtsauffassung löst und die Einordnung des Zertifikats unter der Geltung des neuen InvStG anders beurteilen würde, ergeben sich weder aus dem Wortlaut der Norm, der Gesetzesbegründung noch aus dem Anwendungserlass. Vielmehr wird hiernach der Begriff des Investmentvermögens nicht erfüllt, wenn die Höhe der Anlagesumme und des Rückzahlungsanspruchs aus der Schuldverschreibung in Relation zur Wertentwicklung anderer Finanzinstrumente steht.³ Zudem sind nach dem BMF-Schreiben ausdrücklich Zertifikate und Schuldverschreibungen vom Anwendungsbereich ausgenommen, die von einer Verbriefungszweckgesellschaft nach Art. 2 Abs. 3 Buchst. g i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der RL 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Richtlinie) begeben werden.⁴

III. Verbriefungen

- 24 Verbriefungen bzw. asset backed securities (ABS) sind **handelbare Verbindlichkeiten** in Form von z.B. Pfandbriefen. Verbriefungen bzw. ABS sind jedoch keine Investmentanteile, denn nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 InvStG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 7 KAGB sind Verbriefungszweckgesellschaften keine Investmentfonds i.S.d. InvStG (vgl. vertiefende Ausführungen zu § 1 InvStG Rz. 82 ff.). Fehlt es an einem Rechtsträger eines Investmentvermögens, können von ihm ausgegebene Beteiligungen begriffsnotwendigerweise keine Investmentanteile i.S.d. § 2 Abs. 4 InvStG begründen.⁵

IV. Genussrechte

- 25 Die Beteiligung des Anlegers kann gesellschaftsrechtlicher, mitgliedschaftlicher oder schuldrechtlicher Natur sein, sodass grds. jede Art der Beteiligung, mithin auch Genussrechte, denkbar ist. Bei Genussrechten ist **zwischen Eigenkapital- und Fremdkapital-Genussrechten zu unterscheiden**. Maßgebend ist auch hier wiederum, ob die Rechtsbeziehung zwischen einem Investmentvermögen und einer Vertragspartei derart ausgestaltet ist, dass diese als Investmentanteil qualifiziert werden muss.
- 26 Dass Genussrechte Anteile an Investmentfonds sein können, ergibt sich bereits aus dem Umkehrschluss der Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 5 VermAnlG. Hiernach sind Vermögensanlagen

1 BaFin v. 14.6.2013 (geändert am 9.3.2015) – Q 31 – Wp 2137 – 2013/0006, Tz. I.6.

2 Krause/Klebeck, RdF 2013, 4 (11).

3 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 1.4.; vgl. § 1 InvStG Rz. 24, 40.

4 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 1.4.

5 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 1.4.

i.S.d. VermAnlG nicht als Anteile an Investmentvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 KAGB ausgestaltete Genussrechte. Die Charakterisierung der Genussrechte als Investmentanteil wird daher durch die **Ausgestaltung der Gewinn- und Verlustbeteiligung** bestimmt. Genussrechte vermitteln nur dann einen Investmentanteil, wenn neben der Gewinn- und Verlustteilnahme auch eine Beteiligung an den stillen Reserven gegeben ist.¹

V. Collateralized debt obligations (CDO)

Collateralized debt obligations (CDO) sind **festverzinsliche Wertpapiere, die die Zweckgesellschaft zur Finanzierung des Portfolios herausgibt**. Die CDO sind in verschiedene Tranchen unterteilt, die sich u.a. in der Höhe der Verzinsung, dem Vorrang bei der Verteilung der laufenden Erträge und Liquidationserlöse oder den Gläubigerrechten unterscheiden.² Der Rückzahlungsbetrag und die Zinszahlungen werden aus den Cashflows der zugrunde liegenden Finanzinstrumente finanziert. Für die Schuldtitel sind als Bezeichnung z.B. gebräuchlich bei der Verbriefung von Konsumentenkrediten „Consumer ABS“, von grundpfandrechtlich gesicherten gewerblichen Krediten „commercial mortgage-backed securities (CMBS)“, von Schuldverschreibungen „collateralised bond obligations (CBO)“, von Darlehensforderungen „collateralised loan obligations (CLO)“ oder von Schuldverschreibungen „collateralised debt obligations (CDO)“.³ Unter Hinzuziehung der aufsichtsrechtlichen Regelungen sind nach Auffassung der FinVerw. CDO regelmäßig keine Investmentanteile, wenn der Geschäftszweck nicht hauptsächlich auf die gemeinschaftliche Kapitalanlage gerichtet ist.⁴

F. Dach-Fonds (Abs. 5)

Ein **Dach-Investmentfonds** ist ein Investmentfonds, der Investmentanteile an einem anderen Investmentfonds (Ziel-Investmentfonds) hält (§ 2 Abs. 5 Satz 1 InvStG). Ein **Dach-Spezial-Investmentfonds** ist ein Spezial-Investmentfonds, der Spezial-Investmentanteile an einem anderen Spezial-Investmentfonds (Ziel-Spezial-Investmentfonds) hält (§ 2 Abs. 5 Satz 2 InvStG).⁵ Der Investmentfonds „hält“ einen Anteil, wenn er Anleger i.S.d. § 2 Abs. 10 InvStG ist. Eine bestimmte Anlagequote enthält § 2 Abs. 5 InvStG nicht. Die aufsichtsrechtlichen Vorgaben der zu § 4 Abs. 2 KAGB ergangenen Fondskategorien-RL v. 22.7.2013 (geändert am 8.4.2020)⁶ sind insoweit unbeachtlich.⁷ Nach Art. 3 der RL zur Festlegung von Fondskategorien gem. § 4 Abs. 2 KAGB und weiteren Transparenzanforderungen setzt die Verwendung der Fondskategorie „Dachfonds“ voraus, dass nach den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % des Werts des Investmentvermögens in Zielfondsanteilen angelegt sein müssen. Dieses Erfordernis setzt das InvStG nur für die Charakterisierung als „Aktienfonds“ nach § 2 Abs. 6 Satz 1 InvStG voraus. Mithin ist der Begriff des Dach-Investmentfonds weiter gefasst als nach dem Aufsichtsrecht.

1 So wohl auch *Gottschling* in Moritz/Jesch/Mann², § 1 InvStG Rz. 36; *Krause/Klebeck*, RdF 2013, 4 (12).

2 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 1.2; BaFin v. 22.12.2008 – WA 41-Wp 2136-2008/0001, Tz. I. 4 b).

3 BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019 – DOK 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Anh. 7 I. Nr. 4b.

4 BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019 – DOK 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 5 sowie Anh. 7 I. Nr. 4b.

5 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.5.

6 https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Richtlinie/rl_130722_fondskategorien.html.

7 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.5.

- 29 Grundgedanke eines Dach-Investmentfonds ist es, das Vermögen in verschiedene andere Investmentfonds anzulegen, um das Risiko durch eine Streuung in verschiedene Zielfonds (z.B. Aktien-, Renten-, Geldmarkt- oder Immobilienfonds) zu minimieren.¹ Der Dach-Investmentfonds selbst ist ein selbstständiges Investmentvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB und nicht mit den sog. Umbrella-Fonds zu verwechseln, die selbst keine Sondervermögen sind.
- 30 Dach-Investmentfonds, die als Zweckvermögen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG (inländische Investmentfonds) bzw. als Vermögensmassen nach § 2 Nr. 1 KStG gelten, sind **unbeschränkt bzw. beschränkt körperschaftsteuerpflichtig**. Soweit an einem Investmentfonds Anleger beteiligt sind, die die Voraussetzungen des § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG erfüllen, oder vergleichbare ausländische Anleger mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat, sind die Einkünfte nach § 6 Abs. 2 InvStG auf Antrag steuerbefreit (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 InvStG). Anleger i.S.d. § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG ist eine inländische Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG oder Stiftung des öffentlichen Rechts, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken dient, oder juristische Person des öffentlichen Rechts, die ausschließlich und unmittelbar kirchlichen Zwecken dient. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG sind solche, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 AO).
- 31 § 2 Abs. 5 InvStG lässt es genügen, wenn der Dach-Spezial-Investmentfonds nicht nur Anteile an Spezial-Investmentfonds, sondern auch Anteile an Investmentfonds hält, die **keine Spezial-Investmentfonds** i.S.d. § 26 InvStG sind.² Ein solches Normverständnis ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 2 Abs. 5 InvStG. Wäre es die Intention des Gesetzgebers gewesen, dass die Charakterisierung als Dach-Spezial-Investmentfonds das ausschließliche Halten von Spezial-Investmentanteilen voraussetzt, wäre eine entsprechende Formulierung („nur“) angezeigt gewesen. Für das vorgenannte Begriffsverständnis spricht zudem, dass nach § 26 Nr. 4 Buchst. h InvStG ein Spezial-Investmentfonds „nur“ mindestens 90 % seines Werts in die genannten Vermögensgegenstände anlegen muss. Diese Sichtweise wurde entsprechend in Rz. 2.5 des BMF-Schreibens³ ergänzt.
- 32 Sind an einem Dach-Investmentfonds oder einem Dach-Spezial-Investmentfonds **ausschließlich steuerbefreite Anleger i.S.d. § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG beteiligt**, sind diese Dachfonds rein nach dem Wortlaut des § 8 InvStG grds. nicht als steuerbegünstigte Anleger zu qualifizieren („kann“). Daher sind an dem Ziel-Investmentfonds nicht unmittelbar steuerbefreite Anleger beteiligt, sodass der Ziel-Investmentfonds keine steuerbefreiten Erträge erzielen könnte. Um die nach bisherigem Recht mögliche durchgängige steuerbefreite Anlage über einen Dach-Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds auch nach neuem Recht im Anwendungsbereich des § 8 InvStG zu ermöglichen („doppelte Transparenz“)⁴, sieht das BMF-Schreiben⁵ vor, dass Dach-Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds, an denen sich nach den Anlagebedingungen ausschließlich steuerbegünstigte Anleger i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 InvStG beteiligen dürfen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 InvStG), selbst als steuerbegünstigte

1 Haase/Dorn, Investmentsteuerrecht, 2. Aufl. 2015, 192 f.

2 So auch Behrens, RdF 2017, 297 (299); Bindl/Stadler, BB 2017, 1943 (1945); zweifelnd Ebner, RdF 2017, 305 (308).

3 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.5.

4 BT-Drucks. 15/1553, 128; Ackert/Füchsl in Haase², § 10 InvStG Rz. 51 ff.; Boxberger in Moritz/Jesch/Mann, InvStG, Bd. 2, 2015, § 10 Rz. 14; Bindl/Mager, DStR 2017, 465; Bindl/Mager, BB 2016, 2711 (2720).

5 BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 8.10 f.

Anleger i.S.d. § 8 Abs. 1 InvStG gelten.¹ Eine Steuerbegünstigung des Dach-Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds soll aber dann ausgeschlossen sein, wenn sich an einem Dach-Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds neben den steuerbegünstigten Anlegern auch nicht steuerbegünstigte Anleger beteiligen dürfen.²

Demgegenüber greift die „**doppelte Transparenz**“ wohl im Anwendungsbereich des § 33 Abs. 2 Satz 3 und 4 InvStG bei **Dach-Investmentfonds bzw. Dach-Spezial-Investmentfonds** zumindest **auf der ersten Stufe**.³ Bereits mit dem Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz v. 23.6.2017⁴ hat § 33 InvStG eine Änderung erfahren. Nach § 33 Abs. 2 Satz 1 InvStG gelten die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländischen Immobilienerträge bei einem vereinnehmenden Dach-Spezial-Investmentfonds als Erträge nach § 6 Abs. 4 InvStG (vgl. zu den weitergehenden Einzelheiten § 33 InvStG Rz. 38 ff.). Diese Erträge werden auf Ebene des Dachfonds nicht in Spezial-Investmenterträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG umqualifiziert. Die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen inländischen Immobilienerträge behalten vielmehr ihre Rechtsnatur als Einkünfte nach § 6 Abs. 4 InvStG, d.h. inländische Immobilienerträge.⁵ Als solche unterliegen sie nach § 29 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 2 und 4 InvStG der Besteuerung. Die Änderungen des § 33 InvStG zielen darauf ab, etwaige Steuerumgebungsmöglichkeiten rechtssicher auszuschließen und potentielle Regelungslücken zu schließen (weitergehend hierzu § 33 InvStG Rz. 37).⁶

G. Aktienfonds (Abs. 6)

I. Vorbemerkung

Aktienfonds sind gem. § 2 Abs. 6 InvStG Investmentfonds, die nach ihren Anlagebedingungen fortlaufend **mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen** anlegen („Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote“). Die Investition in Aktien und damit die Qualifikation als Aktienfonds ist nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 6 InvStG sowie der Gesetzesbegründung davon unabhängig, ob der Investmentfonds aus der Beteiligung tatsächlich Beteiligungseinnahmen generiert.

Was **Kapitalbeteiligungen** sind, ergibt sich aus § 2 Abs. 8 InvStG. Die Qualifikation als Aktienfonds muss sich aus den Anlagebedingungen i.S.d. § 2 Abs. 12 InvStG ergeben. Unter Berücksichtigung von § 1 Abs. 4 InvStG, wonach Teilsondervermögen und Teilgesellschaftsvermögen für Zwecke der Anwendung des InvStG als eigenständige Investmentfonds gelten, sind für jeden getrennten Teil eines Investmentfonds getrennte Anlagebedingungen zu erstellen und i.S.d. § 2 Abs. 6, 7 und 9 InvStG zu würdigen.

Das Vorliegen eines Aktienfonds ist maßgebend für die in § 20 InvStG normierte **Aktienteilfreistellung**. § 2 Abs. 6 InvStG formuliert die Mindestquote für die Qualifikation als Aktienfonds („Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote“)⁷, die notwendig ist, um in den Genuss der Teilfreistellung nach § 20 Abs. 1 InvStG zu gelangen. Die Teilfreistellung auf Ebene des Anlegers soll die steuerliche Vorbelastung auf Ebene des Investmentfonds pauschal kompensieren. Daher ist es unbeachtlich, ob der Investmentfonds das Wertänderungsrisiko aus den gehaltenen Kapitalbeteiligungen absichert, da Sicherungsgeschäfte keine Auswirkung auf die steuerli-

¹ Vgl. weitergehende Ausführungen zu § 8 InvStG.

² *Schneider-Deters* in Moritz/Jesch/Mann², § 8 InvStG Rz. 59.

³ So auch *Haug*, Ubg 2017, 303 (307).

⁴ StUmgBG v. 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1682.

⁵ BT-Drucks. 18/12127, 40, 65.

⁶ BT-Drucks. 18/12127, 65.

⁷ BMF-Anwendungsschreiben (konsolidierte Fassung), Rz. 2.6.