Beckmann | Scholtz | Vollmer

# Investment

Handbuch für das gesamte Investmentwesen



ERICH SCHMIDT VERLAG

## ESV

# Era.-Lfa. 10/13 - XI.1;

## **Investment**

#### Ergänzbares Handbuch für das gesamte Investmentwesen

Kommentar zu den Rechtsvorschriften einschließlich der Steuerrechtlichen Regelungen, Erläuterungen und Materialien der Kapitalverwaltungsgesellschaften und der Unternehmensbeteiligungsgesellschaften

von

#### Dr. Klaus Beckmann

Abteilungspräsident im Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen i. R. Berlin

#### Dr. Rolf-Detley Scholtz

Vorstandsmitglied a.D. des Instituts "Finanzen und Steuern" Richter am Bundesfinanzhof a.D., Bonn

#### Prof. Dr. Lothar Vollmer

Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Agrarrecht an der Universität Hohenheim, Stuttgart i.R.

Leseprobe, mehr zum Werk unter ESV.info/978-3-503-00059-3

#### Band 1

#### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

#### Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter ESV:info/9783503000593

#### Hinweis für den Benutzer

#### Zitiervorschlag (Beispiele)

Beckmann, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment-Handbuch, 410 § 1 Rz 5

Paragrafenbezeichnungen ohne Zusatz sind Paragrafen des Gesetzes, das jeweils kommentiert wird. Bei 410 also z.B. Paragrafen des InvG, bei 420 Paragrafen des InvStG, bei 455 Paragrafen des UBGG.

ISBN 9783503000593

ISSN 0935-1744

Alle Rechte vorbehalten © Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2014 www.ESV.info

> Satz: paginamedia, Hemsbach Druck: Druckerei C.H. Beck, Nördlingen

#### Das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz

#### Inhaltsühersicht

		Rz		Rz
	Hintergrund der Neufassung des InvStG Ausweitung des persönlichen	1-7	Konsequenzen des Verlusts der Qualifikation als     Investmentfonds/Um-	
	Anwendungsbereichs des InvStG 1. Persönlicher Anwendungs-	8-39	wandlung eines Invest- mentfonds in eine Investi- tionsgesellschaft	65-71
	bereich InvStG nach alter Rechtslage	8-14	IV. Besteuerung der Investitions- gesellschaften und deren	
	2. Neufassung des persönlichen	0-14	Anteilseigner (§§ 18, 19)	72-104
	Anwendungsbereichs des		1. Personen-Investitions-	
	InvStG durch das		gesellschaften (§ 18)	75 - 82
	AIFMStAnpG (§ 1)	15 - 33	2. Kapital-	
	3. Zwei investmentsteuerliche		Investitionsgesellschaften	02 00
	Besteuerungssysteme – Dif- ferenzierung in steuerlich		(§ 19) 3. Umwandlung einer Inves-	83-99
	privilegierte Investment-		titionsgesellschaft in	
	fonds und Investitionsgesell-		einen Investmentfonds	
	schaften	34 - 39	(§ 20)	100-104
III.	Erhöhte Anforderungen an die		V. Weitere Neuregelungen im	
	herkömmliche Besteuerung als		Überblick	105 - 122
	privilegierter Investmentfonds	40 - 71	<ol> <li>Verhinderung von Bond-</li> </ol>	
	1. Grundsätzlich unveränderte		Stripping-Gestaltungen	
	Besteuerung der Investment-	10 11-	(§ 3 Abs. 1 a)	106-111
	fonds und deren Anleger	40-44a	2. Neuregelung des	
	2. Eigenständiger steuerlicher Anforderungskatalog für		Werbungskostenabzugs (§ 3 Abs. 3)	112-119
	die privilegierte Qualifika-		3. Erstmalige Festlegung	112 113
	tion als Investmentfonds		einer Ausschüttungs-	
	(§ 1 Abs. 1b)	45 - 58	reihenfolge (§ 3a)	120-122
	3. Die offene Investment KG		VI. Zeitlicher Anwendungsbe-	
	als Investmentfonds	59 - 64	reich (§ 22)	123-127
			VII Auchlick	128-120

#### Gesetzesmaterialien/Verwaltung/Schrifttum

Gesetzesmaterialien: Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG) vom 30. 01. 2013, BR-Drs.-Nr. 95/13 ("Regierungsentwurf"). Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) vom 12. 12. 2012/21. 12. 2012, BR-Drs.-Nr. 791/12. Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG) vom 04. 03. 2013, BT-Drs. 17/12603. Bundestag, Gesetzentwurf des Bundesrates – Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG) vom 20. 11. 2013, BT-Drs. 18/68 (neu). Bundesrat, Empfehlung des Finanzausschusses zum Entwurf des AIFM-StAnpG vom 08. 03. 2013, BR-Drs. 95/1/13 ("Empfehlungen des BR"). Bundesrat, Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-

Pfalz – Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG) vom 24. 10. 2013, BR-Drs. 740/13. Europäische Union, Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010 ("AIFM-Richtlinie"), ABI. L 174 vom 01. 07. 2011, S. 1. Europäische Union, Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) ("OGAW-Richtlinie"), ABI. L 302 vom 17. 11. 2009, S. 32.

Verwaltung: Bundesfinanzministerium (BMF), Investmentsteuergesetz: Zweifels- und Auslegungsfragen, Aktualisierung des BMF-Schreibens vom 02. 06. 2005 (BStBl. I 2005, S. 728) vom 18. 08. 2009, IV C 1 - S 1980 - 1 - 1/08/100019, BStBl. I 2009, S. 931 ("InvStErlass 2009"). BMF, Steuerliche Einordnung der nach dem Recht der Bundesstaaten der USA gegründeten Limited Liability Company, Schreibens vom 19. 03. 2004, IV B 4-S 1301 USA-22/04, BStBl. I 2004, S. 411 ("LLC-Schreiben"). BMF, Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze vom 24. 12. 1999, BStBl. I 1999, S. 1076 ("Betriebsstättenerlass"). BMF, Investmentsteuergesetz in der Fassung des AIFM-Steuer-Anpassungsgesetzes; Auslegungsfragen, Schreiben vom 04. 06. 2014, IV C 1 - S 1980-1/13/10007:002. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Rundschreiben 14/2008 vom 22. 12. 2008, WA 41-Wp 2136-2008/0001 ("Rundschreiben 14/2008"); BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des "Investmentvermögens" vom 14. 06. 2013, WA 41-Wp 2137-2013/0001.

**European Securities and Markets Authority (ESMA)**, Final report— Guidelines on key concepts of the AIFMD, ESMA/2013/600, vom 24.05.2013, abrufbar unter http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-600\_final\_report\_on\_guidelines\_on\_key\_concepts\_of\_the\_aifmd\_0.pdf

#### Kommentare/Fachliteratur:

Aufsätze: Angsten, Stefan, Aktuelle Problemstellungen bei Auslandsfonds, IWB 2014, S. 48. Bäuml, Swen O., Investmentvermögen im neuen Kapitalanlagegesetzbuch (Teil I), FR 2013, S. 640. Bäuml, Swen O., AIFM-Steueranpassungsgesetz: Die geplante Besteuerung von Investmentvermögen (Teil II), FR 2013, S. 746. Dyckmans, Jan A., Die Novellierung des Investmentsteuergesetzes durch das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz, Ubg 2014, S. 217. Elser, Thomas/Bindl, Elmar, Anmerkung zum Urteil des BFH vom 24.8. 2011 -I R 46/10, FR 2012, S. 44. Elser, Thomas/Gütle-Kunz, Jasmin, Anwendung des InvStG bei Beteiligung an ausländischen Fonds unter Berücksichtigung des neuen Investmentsteuererlasses, BB 2010, S. 414. Elser, Thomas/Gütle-Kunz, Jasmin, Ausländische Private Equity Fonds - Steuerliche Aspekte aus Sicht des deutschen Anlegers in: Wassermeyer, Franz/ Richter, Stefan/Schnittker, Helder, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht, Rz. 11.1ff. Elser, Thomas/Stadler, Rainer, Der Referentenentwurf zum AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – Ausweitung und Verschärfung der Besteuerung nach dem InvStG, DStR 2012, S. 2561. Elser, Thomas/Stadler, Rainer, Entschärfter Kabinettsentwurf zum AIFM-StAnpG verabschiedet, DStR 2013, S. 225. Elser, Thomas/Stadler, Rainer, Einschneidende Änderungen der Investmentbesteuerung nach dem nunmehr in Kraft getretenen AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz, DStR 2014, S. 233. Fiand, Andreas, Die neuen Besteuerungssysteme im aktuellen Investmentsteuergesetz, NWB 2014, S. 500. Fiand, Andreas, Neuerungen im Investmentsteuergesetz in der Fassung des AIFM-Steuer-Anpassungsgesetzes, NWB 2014, S. 592. Geurts, Matthias/Faller, Patrick, Reform oder Status Quo bei der Fondsbesteuerung?, DB 2012, S. 2898. Gottschling, Carolin/Schatz, Christian, Praktische Auswirkungen des AIFM-StAnpG insbesondere hinsichtlich ausländischer geschlossener Private Equity-, Immobilien- und Infrastrukturfonds, ISR 2014, S. 30. Haisch, Martin/Helios, Marcus, Steuerliche Produktregulierung durch das AIFM-StAnpG – Antworten auf Zweifelsfragen, FR 2014, S. 313. Haisch, Martin/Helios, Marcus, Investmentsteuerrechtsreform aufgrund AIFMD und KAGB, BB 2013, S. 23. Haisch, Martin/Helios, Marcus/Niedling, Dirk, JStG 2013 – Geplante Änderungen im Finanzierungsbereich, DB 2012, S. 2060. Jansen, Bela/Lübbehüsen, Dieter, Grundlegende Änderungen des Investmentsteuergesetzes geplant - Ausweitung der Strafbesteuerung, RdF 2013, 41. Jansen, Bela/Lübbehüsen, Dieter, Neues Investmentsteuergesetz doch noch im Jahr 2013 – auch der Steuergesetzge-

2. Elser

ber bescherte uns zu Weihnachten, RdF 2014, S. 28. Jesch, Thomas, BB-Gesetzgebungsund Rechtsprechungsreport zur Fondsregulierung 2012, BB 2012, S. 2895. Kind, Sebastian/
Haag, Stephan Alexander, Der Begriff des Alternative Investment Fund nach der AIFMRichtlinie — geschlossene Fonds und private Vermögensanlagegesellschaften im Anwendungsbereich?, DStR 2010, S. 1526. Kleutgens, Ingo/Geißler, Cornelia, Internationale
Aspekte des Investmentsteuergesetzes auf der Grundlage des AIFM-Steueranpassungsgesetzes, IStR 2014, S. 280. Patzner, Andreas/Wiese, Frank, Neuordnung der Investmentbesteuerung bei der Umsetzung der AIFM-Richtlinie durch das AIFM-Steueranpassungsgesetz, IStR 2013, S. 73. Simonis, Marco/Grabbe, Jan/Faller, Patrick, Neuregelung der
Fondsbesteuerung durch das AIFM-StanpG, DB 2014, S. 16. Tappen, Falko/Mehrkhah,
Elnaz, Die geplanten Änderungen des Investmentsteuergesetzes, IWB 2013, S. 239. Watrin,
Christoph/Eberhardt, David, Problembereiche der Anlegerbesteuerung bei Kapital-Investitionsgesellschaften, DB 2014, S. 795. Weitnauer, Wolfgang, Die AIFM-Richtlinie und ihre
Umsetzung, BKR 2011, S. 143.

#### I. Hintergrund der Neufassung des InvStG

- 1 Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-UmsG) wurde die AIFM-Richtlinie insbesondere durch die Einführung eines Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB) zum 22.07.2013 in deutsches Recht umgesetzt. Im Rahmen dieser Umsetzung wurde das deutsche Investmentgesetz (InvG) aufgehoben. Das KAGB ist nunmehr einheitlicher Regulierungsrahmen für alle Fonds, einschließlich der bisher im InvG geregelten Fondstypen.
- 2 Durch das KAGB ist die aufsichtsrechtliche Regulierung erheblich ausgeweitet worden. Neben EU-richtlinienkonformen Organismen für gemeinschaftliche Anlagen in Wertpapiere (sog. OGAW-Fonds), die vormals im InvG geregelt waren, werden nunmehr sämtliche in- und ausländischen Alternativen Investmentfonds (AIF) in die Regulierung einbezogen. Unter die Alternativen Investmentfonds fallen z.B. solche Investmentvehikel, die nicht in die traditionellen Anlageklassen wie Aktien oder festverzinsliche Wertpapiere, sondern beispielsweise in nicht-notierte Unternehmensbeteiligungen (Private Equity Fonds), Infrastruktur, erneuerbare Energien, Immobilienentwicklungsprojekte etc. investieren.
- 3 Die Einführung des KAGB führte aufgrund der bisherigen Anknüpfung des InvStG an das aufgehobene InvG zu der Notwendigkeit, den persönlichen Anwendungsbereich des deutschen Investmentsteuerrechts neu zu fassen. Als Folge der Ausweitung der aufsichtsrechtlichen Regulierung musste der Steuergesetzgeber entscheiden, welche in- und ausländischen Fonds unter die spezialgesetzlichen Regelungen des InvStG fallen sollten und welche Vehikel nach den allgemeinen steuerlichen Vorschriften zu besteuern sind.
- 4 Nachdem der von der Bundesregierung am 30. 01. 2013 vorgelegte Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Anpassung des InvStG und anderer Gesetze an das AIFM-UmsG (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz AIFM-StAnpG) Ende Juli 2013 mangels Einigung im Vermittlungsausschuss gescheitert war, reagierte das Bundesfinanzministerium mit einem BMF-Schreiben, das die Weiteranwendung des bisherigen Rechts anordnete (vgl. BMF-Schreiben vom 18. 07. 2013, BStBl. I 2013, S. 899; vgl. auch Hechtner/Wenzel, DStR 2013, S. 2370). Aufgrund der Bundestagswahl musste wegen des Grundsatzes der Diskontinuität das Gesetzgebungsverfahren komplett neu aufge-

In/Erg.-Lfg. 10/14 - VIII.14

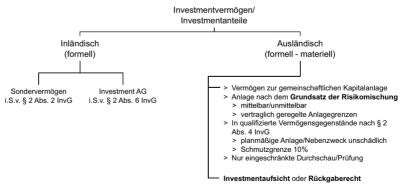
nommen werden (Gottschling/Schatz, ISR 2014, S. 30). In einem Eilverfahren wurde das AIFM-StAnpG durch Bundestag sowie Bundesrat verabschiedet und am 23. 12. 2013 im BGBl. (BGBl. 2013, S. 4318) verkündet. Das Gesetz beantwortet die Frage, welche Investmentvehikel fortan nach welchen Besteuerungsregeln besteuert werden sollen. Die hiermit verbundenen Änderungen des InvStG haben signifikante Auswirkungen auf bestehende und künftige Investments deutscher Anleger in regulierte und unregulierte Investmentstrukturen.

- 5 Der Gesetzgeber hat mit dem AIFM-StAnpG einen erheblich erweiterten persönlichen Anwendungsbereich des InvStG geschaffen. Dies betrifft insbesondere (geschlossene) Alternative Investmentfonds, die nunmehr in deutlich größerem Umfang den investmentsteuerrechtlichen Regelungen unterliegen. Zahlreiche Investmentstrukturen werden deshalb in Folge des AIFM-StAnpG auf Basis der spezialgesetzlichen Regeln des InvStG besteuert, wobei die bisher bekannten Besteuerungsregelungen für Investmentfonds künftig seltener zur Anwendung kommen und die erstmalig erfassten (Alternativen) Investmentstrukturen besonderen neuen investmentsteuerlichen Regeln unterliegen.
- 6 Daneben regelt das AIFM-StAnpG die steuerliche Behandlung der durch das KAGB neu eingeführten offenen Investmentkommanditgesellschaft (Investment KG). Ferner wurden verschiedene Korrekturen des InvStG vorgenommen, die auf die Beseitigung von Steuergestaltungsmöglichkeiten abzielen.
- **7** Nachfolgend werden die wichtigsten Änderungen dargestellt und kritisch analysiert sowie die wesentlichen Auswirkungen für deutsche Investoren und (internationale) Fonds mit deutschen Investoren aufgezeigt.

### II. Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs des InvStG

- 1. Persönlicher Anwendungsbereich InvStG nach alter Rechtslage
- 8 Das InvStG war nach alter Rechtslage als lex specialis zu den allgemeinen steuerlichen Regelungen nur sehr eingeschränkt anwendbar. Bei inländischen Kapitalanlagen fand eine Besteuerung nach dem InvStG a. F. lediglich bei Beteiligungen an inländischen, nach dem InvG regulierten Fonds (Publikumsfonds, Spezialfonds, Investmentaktiengesellschaften) Anwendung, die einer Beaufsichtigung durch die BaFin unterstanden und den Anlegern ein Rückgaberecht gewährten (formeller Investmentbegriff des§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 1a Satz 2 InvStG a. F. i. V. m. § 2 Abs. 2 und 5 InvG). Bei Investments deutscher Anleger in ausländische Investmentstrukturen war das InvStG a. F. ebenfalls nur sehr eingeschränkt anwendbar. Sofern ein ausländisches Vehikel seine Anlage nach dem Grundsatz der Risikomischung betrieb und damit als ausländisches Investmentvermögen qualifizierte und zudem entweder einer Investmentaufsicht unterstand oder den Anlegern ein Rückgaberecht gewährte, war der Anwendungsbereich des InvStG a. F. eröffnet (formell-materieller Investmentbegriff des§ 1 Abs. 1 Nr. 3 InvStG a. F. i. V. m.

- $\$  2 Abs. 8 bis 10 InvG; vgl. hierzu im Einzelnen *Elser/Gütle-Kunz*, BB 2010, S. 414ff.).
- 9 Im Ergebnis waren daher nach alter Rechtslage im Wesentlichen regulierte und/oder offene Wertpapier- oder Immobilienfonds vom InvStG a. F. erfasst. In diesen Fällen richtete sich die Besteuerung dieser Fonds nach dem Umfang bzw. der Qualität der investmentsteuerlichen Berichterstattung. Lediglich bei vollumfänglicher Ermittlung, Bekanntgabe und Veröffentlichung der Besteuerungsgrundlagen (sog. weiße Fonds) kam eine der Direktanlage angenäherte, privilegierte Besteuerung zur Anwendung. Bei fehlender Ermittlung und Bekanntgabe der Besteuerungsgrundlagen (sog. schwarze Fonds) kam es zur sog. Strafbesteuerung (§ 6).
- 10 Nach alter Rechtslage qualifizierten daher typische AIF-Strukturen (wie z. B. Anlagen in Private Equity, Mezzaninekapital, Wald, internationale Immobilienprojekte, Infrastruktur, erneuerbare Energien), bei denen der Anleger weder ein Rückgaberecht hatte noch eine Investmentaufsicht existierte, nicht als ausländische Investmentanteile mit der Folge, dass das InvStG a. F. nicht zur Anwendung kam.
- 11 Ferner war zu berücksichtigen, dass nach Auffassung der Finanzverwaltung ausländische Investmentvehikel nur dann als risikodiversifiziert anlegende Investmentvermögen anzusehen waren, wenn bestimmte Anlagegrenzen (z.B. die 20 %-Grenze für Unternehmensbeteiligungen) beachtet wurden (Tz. 5 des InvSt-Erlasses 2009 mit Verweis auf BaFin-Schreiben 14/2008). Deshalb unterlagen deutsche Anleger mit Beteiligungen an z.B. Luxemburger SICAV- oder FCP-Strukturen, trotz der hier vorliegenden Investmentaufsicht (durch die Luxemburger Aufsichtsbehörde CSSF), in der Regel nicht den Sondervorschriften des InvStG a.F., sofern über diese Vehikel unmittelbar oder mittelbar in Alternative Investments (regelmäßig Unternehmensbeteiligungen) investiert wurde (vgl. Elser/Jetter, Kz 420, § 1, Rz. 54ff.).
- 12 Nachfolgende Übersicht veranschaulicht den bisherigen persönlichen Anwendungsbereich des InvStG a.F.:



13 Typische AIF-Investmentstrukturen, die nicht vom Anwendungsbereich des InvStG a.F. erfasst waren, wurden nach den allgemeinen deutschen ertrag-

In/Erg.-Lfg. 10/14 - VIII.14

Elser

5

steuerlichen Vorschriften des EStG, des KStG und des GewStG behandelt. Je nach Ergebnis des sog. Rechtstypenvergleichs (vgl. hierzu z.B. BMF-Schreiben vom 19.3.2004, IV B 4 – S 1301 USA – 22/04, BStBl. I 2004, S. 411 zur steuerlichen Qualifizierung einer US-amerikanischen LLC) erfolgte die Besteuerung als transparente Personengesellschaft oder als intransparente (steuerlich abschirmende) Kapitalgesellschaft. Insbesondere in letzterem Fall waren auch bisher die Vorschriften des Außensteuergesetzes (AStG) zu beachten (vgl. zur Besteuerung der Kapitalbeteiligungsgesellschaften außerhalb des InvStG, Elser, Kz 456).

14 Die nachfolgende Übersicht verdeutlicht die Besteuerung von Kapitalanlagevehikeln in Abhängigkeit davon, ob sie in den Anwendungsbereich des InvStG a.F. fielen oder nicht:



- 2. Neufassung des persönlichen Anwendungsbereichs des InvStG durch das AIFM-StAnpG (§ 1)
- 15 Das neue Investmentsteuerrecht ist gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 auf sämtliche OGAW-Fonds i.S. d. § 1 Abs. 2 KAGB und auf AIF i.S. v. § 1 Abs. 3 KAGB sowie auf Anteile an diesen Investmentvermögen anzuwenden.
- 16 Zentraler neuer Anknüpfungspunkt des neu gefassten persönlichen Anwendungsbereichs des InvStG ist somit die Qualifikation eines Investmentvehikels als AIF i.S. d. § 1 Abs. 3 KAGB bzw. als OGAW. Die Frage, ob ein Investmentvehikel als AIF oder als OGAW qualifiziert, ist gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 für Teilinvestmentvermögen bzw. Teilgesellschaftsvermögen (sog. Umbrella-Strukturen, die z.B. bei einer Luxemburger SICAV möglich sind) getrennt zu prüfen. Die rechtlich getrennten Einheiten von Umbrella-Investmentvermögen sind zwar gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 nur "für Zwecke dieses Gesetzes" (d.h. für das InvStG) getrennt zu behandeln, doch können sich in Zusammenhang mit den Fiktionen i.S. d. § 11 Abs. 1 bzw § 19 Abs. 1, die nicht auf das InvStG begrenzt werden, auch Folgen außerhalb des InvStG ergeben (Jansen/Lübbehüsen, RdF 2014, S. 29)
- 17 § 1 Abs. 3 KAGB grenzt AIF dergestalt ab, dass jegliche Investmentvermögen i.S. d. § 1 Abs. 1 KAGB, die keine richtlinienkonformen Sondervermö-

**gen (OGAW) sind, als AIF qualifiziert** werden. Ausgangspunkt der Prüfung des persönlichen Anwendungsbereichs des InvStG ist somit weiterhin die Qualifikation eines Vehikels als Investmentvermögen. Die Definitionsmerkmale eines Investmentvermögens unterscheiden sich jedoch signifikant von der bisherigen Rechtslage.

- 18 Definition Investmentvermögen: Investmentvermögen ist gem. § 1 Abs. 1 KAGB jeder (i) Organismus für gemeinsame Anlagen, (ii) der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, (iii) um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie (iv) zum Nutzen der Anleger zu investieren und der (v) kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 KAGB ist von einer Mehrzahl von Anlegern auszugehen, sofern die Anlagebedingungen bzw. die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag die Anzahl möglicher Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen. Im Vergleich zur alten Rechtslage ist zunächst auffällig, dass die Qualifikation eines Investmentvermögens fortan nicht mehr die Anlage nach dem Grundsatz der Risikomischung voraussetzt. Ebenso sind die Merkmale der Aufsicht oder des Rückgaberechts im Rahmen der Definition des Investmentvermögens irrelevant. Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Anwendungsbereich des InvStG im Vergleich zur bisherigen Rechtslage signifikant ausgedehnt wird.
- 19 Zu den einzelnen kumulativ zu erfüllenden Definitionsmerkmalen eines Investmentvermögens (s. hierzu insb. BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des "Investmentvermögens" vom 14. 06. 2013, WA 41-Wp 2137-2013/0001; ESMA, Final report Guidelines on key concepts of the AIFMD vom 24. 05. 2013, ESMA/2013/600; vgl. auch Krause, Kz vor 405, Rz. 8ff.; Wollenhaupt/Beck, DB 2013, S. 1950ff.; Haisch/Helios, BB 2013, S. 23):
- 20 Organismus für gemeinsame Anlagen: Das Definitionsmerkmal "Organismus für gemeinsame Anlagen" ist nicht neu. Hierunter ist ein eigenständiges Vermögen in Form einer separaten Vermögensmasse zu verstehen, welches der gemeinsamen Ertragserzielung (pooled return) dient und sich durch das Halten, Verwalten und die Veräußerung von Vermögensgegenständen ohne Weisungs- und Kontrollrechte der Investoren gegenüber dem Management im Tagesgeschäft auszeichnet. Ein sog. managed account mit diskretionärer Einflussnahme/Entscheidung der Investoren auf die Anlagetätigkeit gualifiziert nicht als Organismus für gemeinsame Anlagen (vgl. Bäuml, FR 2013, S. 641). Die Rechtsform der Vermögensmasse ist grundsätzlich unbeachtlich, allerdings muss es sich um ein vermögens- und zugriffsmäßig separiertes Vermögen handeln (vgl. BaFin, Auslegungsschreiben vom 14.06.2013). Die Vermögensmasse muss wirtschaftlich der Renditeerzielung der Investoren dienen und darf nicht unternehmerisch bzw. eigenwirtschaftlich handeln. Vgl. zu letzterem Punkt auch die klarstellende explizite Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB (s. Rz. 25).
- 20a Das Merkmal "für gemeinsame Anlagen" setzt voraus, dass die Anleger an den Chancen und Risiken des Organismus beteiligt sind. Dies erfordert nach Auffassung der BaFin eine (ggf. auch vertraglich begrenzte) Gewinn- und Verlustbeteiligung der Anleger an der Wertentwicklung der Vermögensgegenstände (BaFin, Auslegungsschreiben vom 14.06.2013, Ziff. I. 2), z. B. im

In/Erg.-Lfg. 10/14 - VIII.14

Rahmen von Genussrechten oder stillen Beteiligungen (s. auch unten Rz. 32). Bei einem unbedingten Kapitalrückzahlungsanspruch (auch i. V.m. einem qualifizierten Rangrücktritt) liegt dieses Merkmal jedoch nicht vor.

- 21 Anzahl von Anlegern: Bereits aus der Vorgabe, dass es sich um einen Organismus für gemeinsame Anlagen (s. oben Rz. 20) handeln muss, lässt sich das Erfordernis der Kapitalanlage für mehrere Investoren ableiten. Es muss zumindest die Möglichkeit bestehen, dass sich an der Vermögensmasse mehrere Anleger beteiligen können (vgl. zu diesem auch bislang bekannten Definitionsmerkmal Elser/Jetter, Kz 420, § 1, Rz. 26ff.). Dementsprechend enthält § 1 Abs. 1 Satz 2 KAGB die Regelung, dass dieses Merkmal nur dann vorliegt, wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag die Anzahl der möglichen Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen. Diese Regelung wird bei Ein-Anleger-Fonds teilweise auch als "AIFMoptout-Möglichkeit" verstanden. Eine Konzerngesellschaft mit nur einem Anleger ist folglich auch bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen kein Investmentvermögen i.S. d. § 1 Abs. 1 KAGB, sofern in der Satzung der Konzerngesellschaft die Beschränkung auf einen Anleger festgelegt ist. Bei der Frage, was unter dem Begriff Anleger zu verstehen ist (rechtliches oder wirtschaftliches Eigentum an den Anteilen), ist nach Auffassung der ESMA und der BaFin durch Treuhandverhältnisse und sog. Feeder Fonds (Bündelungsvehikel) durchzuschauen, falls diese alleinige Investoren in dem Investmentvermögen sind. Dies bedeutet, dass die satzungsmäßige Beschränkung auf einen Anleger nicht zur Negierung des Vorliegens eines Investmentvermögens führt, wenn mittelbar über Treuhandverhältnisse oder Feeder-Gesellschaften mehrere Anleger beteiligt sind (s. ESMA, Final Report – Guidelines on key concepts of the AIFMD, Ziff. VIII. Abs. 18, 19; BaFin, Auslegungsschreiben vom 14.06.2013, Ziff. I. 4; vql. auch Wollenhaupt/Beck, DB 2013, S. 1951; Jesch/Haug, DStZ 2013, S. 775).
- 22 Einsammeln von Kapital: Investmentvermögen i.S. d. § 1 Abs. 1 KAGB ist ein Vermögen, welches von Anlegern Kapital einsammelt. Erforderlich ist ein aktives Einsammeln von Kapital am Markt durch die Vermögensmasse. Indiz für ein derartiges Einsammeln ist z.B. die geschäftliche Kommunikation zwischen dem Vermögen und dem Investor. Der Organismus oder ein Dritter muss für den Organismus direkte oder indirekte Schritte unternehmen, um bei Anlegern Kapital zu beschaffen, um es gemäß der festgelegten Anlagestrategie (s. u. Rz. 23) anzulegen. Der bloße passive Erhalt von Geldern durch eine Gesellschaft stellt kein relevantes "Einsammeln" dar. So sind typische Joint Venture-Strukturen, bei denen sich die Joint Venture-Partner dahingehend verabreden, bestimmte Investitionsbeträge einem Joint Venture-Vehikel zur Verfügung zu stellen, nicht als Einsammeln von Kapital durch das Investmentvermögen zu qualifizieren (s. Begründung zum Regierungsentwurf des AIFM-UmsG, S. 374). Gleiches gilt z.B. bei Co-Investmentstrukturen für Fondsmanager. Auch bei typischen Family Office-Vehikeln, die ausschließlich Kapital von Familienmitgliedern erhalten und dieses investieren (ohne die zusätzliche Aufnahme von externem Kapital), ist dieses Merkmal nicht erfüllt (ESMA, Final Report – Guidelines on key concepts of the AIFMD, Ziff. VII; BaFin, Auslegungsschreiben vom 14. 06. 2013, Ziff. I. 3a; Wollenhaupt/Beck, DB 2013, S. 1951).

- 23 Festgelegte Anlagestrategie: Das eingesammelte Kapital muss gemäß einer festgelegten Anlagestrategie investiert werden. Erforderlich ist eine rechtsverbindlich festgelegte und in der Dokumentation des Investmentvermögens konkretisierte Anlagestrategie zum Zeitpunkt der Investition durch den Investor. Sie muss dem Anleger gegenüber offengelegt sein. Eine relevante Anlagestrategie ist mehr als die typische Beschreibung des Gesellschaftszwecks bzw. Geschäftsgegenstands im Rahmen eines Gesellschaftsvertrags bzw. einer Satzung einer normalen Kapital- oder Personengesellschaft (vgl. Jesch/Haug, DStZ 2013, S. 775; Haisch/Helios, BB 2013, S. 25), Sie setzt darüber hinaus typischerweise voraus, dass bestimmte Anlagekriterien, Allokationen, Beschränkungen bzw. Auswahlkriterien in der Dokumentation schriftlich genau dargelegt sind. Die Anlagestrategie muss mit bestimmten Zustimmungs- bzw. Informationserfordernissen und Sanktionen verbunden sein, wenn von der Anlagestrategie abgewichen oder die Anlagestrategie geändert wird. Eine Anlagestrategie muss auf die Anlage von Kapital gerichtet sein; sie ist von einem Geschäftsplan abzugrenzen, der auf die Erzielung operativer Erträge aus einem unternehmerischen Geschäftsmodell gerichtet ist. Vehikel, die Gelder von Anlegern einsammeln, sie aber danach nicht nach einer festgelegten Anlagestrategie investieren, sind keine AIF (vgl. ESMA, Final Report – Guidelines on key concepts of the AIFMD, Ziff. IX Abs. 20; Wollenhaupt/Beck, DB 2013, S. 1950).
- 24 Keine Anlagestrategie auf Ebene nachgeschalteter Zweckgesellschaften: Sofern das Investmentvermögen über nachgeschaltete Holdinggesellschaften oder Zweckgesellschaften in einzelne Vermögensgegenstände investiert, liegt auf Ebene dieser Vehikel typischerweise keine festgelegte Anlagestrategie vor. Diese Vehikel dienen lediglich dazu, eine auf oberer Ebene des Investmentvermögens festgelegte Anlagestrategie umzusetzen. Die nachgeschalteten Zweckgesellschaften, Holdinggesellschaften oder Akquisitionsgesellschaften qualifizieren damit nach hier vertretener Auffassung nicht als Investmentvermögen. Typischerweise fehlt es auf Ebene dieser Gesellschaften auch bereits an der Voraussetzung des "Einsammelns von Kapital" (s. oben Rz. 22) vor.
- 25 Zum Nutzen der Anleger/kein operativ tätiges Unternehmen: Das eingesammelte Kapital muss zum Nutzen der Anleger investiert werden. Dieses Definitionsmerkmal dient der Abgrenzung zu Gesellschaften, die eigene Ziele verfolgen. Zielsetzung der Vermögensanlage darf ausschließlich die Erwirtschaftung einer Rendite für die Anleger sein; sonstige (z.B. gemeinnützige, eigenwirtschaftliche oder operative) Ziele stehen einer Qualifikation als Investmentvermögen entgegen. Klarstellend wird in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB ergänzt, dass das Investmentvermögen kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors sein darf. So sind z.B. operativ tätige Personengesellschaften, die im Bereich der Energieerzeugung mit erneuerbaren Energien tätig sind, keine Investmentvermögen i.S. d. KAGB. Ein Investmentvermögen ist auf die passive Kapitalanlage beschränkt, was sich gegenüber operativ tätigen Unternehmen insbesondere dadurch abgrenzen lässt, dass letztere ein eigenes operatives, über die bloße Vermögensanlage hinausgehendes Geschäftsmodell verfolgen und unternehmerische Risiken eingehen, die über die Risiken der bloßen Kapitalanlage hinausgehen. Typische Private Equity Fonds, die auf die Zielunternehmen Einfluss nehmen

(hands-on-Investments) verfolgen zwar ein operatives Geschäftsmodell. Jedoch handelt es sich bei diesen Unternehmen nicht um solche, die außerhalb des Finanzsektors tätig sind. Im **Immobilienbereich** ausgeübte operative Tätigkeiten — wie z.B. der Betriebs eines Hotels, einer Pflegeeinrichtung, eines Parkhauses, das facility management, die Projektentwicklung, Makler- oder Bewertungstätigkeiten — führen dazu, dass kein Investmentvermögen vorliegt. Wenn ein operatives Unternehmen zusätzlich noch Investitionen zu Anlagezwecken tätigt, so ist dies unschädlich, solange dies nicht die Haupttätigkeit darstellt. Vgl. hierzu und zu **börsennotierten Immobilienaktiengesellschaften** und **REITs** auch BaFin, Auslegungsschreiben vom 14. 06. 2013, Ziff. I. 7, 7a. II. 1, 2.

- 25a Emittiert z.B. eine Bank ein Zertifikat, welches die Wertentwicklung bestimmter Vermögensgegenstände widerspiegelt, liegt keine Investition zum Nutzen der Anleger vor, wenn die Bank die Anlegergelder frei investieren kann und dem Anleger nicht verspricht, in die zugrundeliegenden Vermögensgegenstände zu investieren (vgl. BaFin, Auslegungsschreiben vom 14. 06. 2013, Ziff. I. 6). In diesem Fall verfolgt die Bank eine eigene Gewinnerzielungsabsicht. Eine Investition zum Nutzen der Anleger (und damit ein Anteil an einem Investmentvermögen) liegt nach Auffassung der BaFin regelmäßig auch dann nicht vor, wenn die Bank einen Teil der aus der Zertifikatsemission eingesammelten Gelder in das Referenzportfolio investiert oder über einen Swap mit einem Dritten abbildet, soweit dies ausschließlich zu dem Zweck geschieht, die eigenen Verlustrisiken gegenüber den Zertifikateinhabern abzusichern (Hedging).
- 26 Für die Qualifikation als Investmentvermögen ist anders als unter der bislang geltenden Rechtslage (s. hierzu Elser/Jetter, Kz 420, § 1, Rz. 35 ff.) keine risikodiversifizierte Anlage erforderlich, d. h. auch die Kapitalanlage in nur einen Vermögensgegenstand durch ein Investmentvehikel qualifiziert dieses unter den obigen sonstigen Voraussetzungen als Investmentvermögen. Die vorstehende Definition führt insofern nicht nur zu einer erheblichen Ausweitung der inländischen Regulierung, als alle Investmentvermögen i.S. d. § 1 Abs. 1 KAGB sofern sie nicht bereits als OGAW-Fonds einzuordnen sind als AIF qualifizieren. Das fehlende Merkmal der Risikodiversifizierung und die damit einhergehende Ausdehnung der Qualifikation eines Investmentvehikels als Investmentvermögen führt auch dazu, dass der persönliche Anwendungsbereich des InvStG erheblich ausgedehnt wird.
- 27 KAGB-Ausnahmen: Gemäß § 1 Abs. 1a Nr. 1 ist das InvStG nicht anzuwenden auf solche Vermögen, die zwar als Investmentvermögen nach den o.g. Kriterien qualifizieren, für die jedoch nach § 2 Abs. 1 und 2 KAGB das KAGB nicht anwendbar ist. Hierzu zählen insbesondere bestimmte Holdinggesellschaften (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB), bestimmte Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 KAGB), Arbeitnehmer-Beteiligungssysteme oder Arbeitnehmer-Sparpläne (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 KAGB) und Verbriefungszweckgesellschaften (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KAGB i. V. m. § 1 Abs. 19 Nr. 36 KAGB).
- 28 Holdinggesellschaften: Bei der Ausnahme für Holdinggesellschaften gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB (vgl. hierzu Krause, Kz vor 405, Rz. 35 f) handelt es

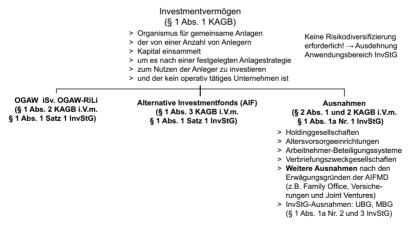
sich im Ergebnis um eine klarstellende Konkretisierung der o.g. Merkmale Anlegernutzen und Operative Gesellschaft (s. Rz. 25). Voraussetzung dieser Ausnahme ist (i) die spezielle Abfassung des Unternehmensgegenstands ("Verfolgung einer Geschäftsstrategie zur langfristigen Wertsteigerung der Tochtergesellschaften") und (ii) ein qualifiziertes Börsenlisting oder ein nachweislicher Hauptzweck, der nicht darin besteht, den Anlegern durch Veräußerung der Tochterunternehmen eine Rendite zu verschaffen.

- 29 Verbriefungszweckgesellschaften: Auf bestimmte Verbriefungszweckgesellschaften findet das KAGB und somit auch das InvStG keine Anwendung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KAGB, § 1 Abs. 1a Nr. 1). Aufgrund des Verweises in § 1 Abs. 19 Nr. 36 KAGB auf die einschlägige EZB-Verordnung zu Verbriefungszweckgesellschaften qualifiziert als Verbriefung in diesem Zusammenhang die Übertragung von Vermögensgegenständen von einem Originator auf eine Vermögensmasse, die Schuldtitel emittiert und für die die Vermögensgegenstände als Sicherheiten dienen. Eine "Tranchierung" der Schuldtitel sollte kein erforderliches Merkmal einer Verbriefung sein (vgl. Krause, Kz vor 405, Rz. 37ff.).
- 30 Gemäß § 1 Abs. 1a Nr. 2 werden darüber hinaus die spezialgesetzlich geregelten Unternehmensbeteiligungsgesellschaften vom Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen (vgl. Elser, Kz 456, Rz. 1 ff. und 115 ff.). Schließlich ist das InvStG gemäß § 1 Abs. 1a Nr. 3 auf die im Wesentlichen von der öffentlichen Hand getragenen mittelständischen Beteiligungsgesellschaften nicht anwendbar, da ihr eigentlicher Zweck nicht auf die kollektive Vermögensverwaltung gerichtet ist. Die mittelständischen Beteiligungsgesellschaften unterliegen weiterhin den allgemeinen Besteuerungsregelungen. Dagegen werden konzernverwaltete Fonds von den investmentsteuerlichen Regelungen erfasst, obwohl auf sie das KAGB keine Anwendung findet (§ 2 Abs. 3 KAGB).
- 31 Anteil an einem Investmentvermögen: Die Besteuerung nach dem InvStG auf Anlegerebene setzt voraus, dass der Anleger Anteile an OGAW oder AIF hält (§ 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 19 Abs. 2, § 2 Abs. 1). Anleger i.S. d. InvStG sind die Inhaber von Anteilen an Investmentfonds und an Investitionsgesellschaften (zu dieser Differenzierung s. unten Rz. 35 ff.), unabhängig von deren rechtlicher Ausgestaltung (§ 1 Abs. 2 Satz 2). Im Hinblick auf die Frage, was als Anteil an einem Investmentvermögen qualifiziert, kann auf die bisherige Diskussion unter Geltung des InvG verwiesen werden (s. hierzu Elser/Jetter, Kz 420, § 1, Rz. 62ff.). Im Ergebnis kommt es auf die rechtliche Ausgestaltung des Anteils (Eigenkapital oder Fremdkapital) nicht an, solange der Anleger über diesen Anteil an den Erträgen und am Vermögen (insbesondere den stillen Reserven und stillen Lasten) des Investmentvermögens partizipiert. Insofern stellt sich unverändert die Frage nach der Behandlung von strukturierten Produkten (insbesondere Zertifikaten), vor allem auch nach der Weitergeltung der Zertifikatsausnahme gem. Tz. 9 InvSt-Erlass 2009 (s. hierzu Elser/Jetter, Kz 420, § 1, Rz. 20). Vgl. hierzu auch oben Rz. 25a.
- 32 Nach Ansicht der BaFin (Auslegungsschreiben vom 14.06.2013) können auch schuldrechtliche Beteiligungsformen (etwa Genussrechte), die mit ei-

In/Erg.-Lfg. 10/14 - VIII.14

ner Gewinn- und Verlustbeteiligung des Investors ausgestaltet sind. Anteile an einem Investmentvermögen darstellen; diese Instrumente fallen dann grundsätzlich in den Anwendungsbereich des KAGB und des InvStG n.F. Zu beachten ist aber, dass die BaFin für das Vorliegen einer gemeinsamen Anlage verlangt, dass die Anleger an den Chancen und Risiken des Organismus beteiligt werden sollen. Das "Entgelt" für die Kapitalüberlassung muss insoweit erfolgsbezogen ausgestaltet sein und darf nicht betragsmäßig fixiert sein. Zudem negiert die BaFin das Vorliegen einer gemeinsamen Anlage, soweit der Anleger einen unbedingten Kapitalrückzahlungsanspruch hat. Zwar besteht auch im neuen InvStG keine formale Bindung des Steuerrechts an die aufsichtsrechtliche Beurteilung. Gleichwohl ist zu erwarten, dass sich die Finanzbehörde – wie bisher unter der alten Rechtslage – den Auffassungen der BaFin anschließt (vgl. zur alten Rechtslage BMF-Schreiben vom 18. 8. 2009, BStBl. I 2009, S. 931 Tz. 5ff.). Soweit das Genussrecht nicht als Anteil an einem AIF anzusehen ist, wird das Genussrecht als Vermögensanlage i.S. d. VermAnlG klassifiziert (§ 1 Abs. 2 VermAnlG). Falls der Emittent des Genussrechts jedoch ein AIF ist (s. hierzu obige Voraussetzungen, insb. Emission aus einer separierten Vermögensmasse mit festgelegter Anlagestrategie zum Nutzen der Anleger) und das Genussrecht infolge der eigenkapitalähnlichen Ausgestaltung (Partizipation an Gewinnen, stillen Reserven, Verlusten) als Anteil an diesem AIF qualifiziert, ist auf Anlegerebene der Anwendungsbereich des InvStG eröffnet.

33 Nachfolgende Übersicht verdeutlicht den neuen persönlichen Anwendungsbereich des InvStG:



- 3. Zwei investmentsteuerliche Besteuerungssysteme Differenzierung in steuerlich privilegierte Investmentfonds und Investitionsgesellschaften
- 34 Die Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs des InvStG hat indes nicht zur Folge, dass die bisherige Investmentfondsbesteuerung, die bei vollumfänglicher investmentsteuerlicher Erfüllung der Ermittlungs-, Bekanntgabe- und Veröffentlichungspflichten (gem. §§ 3, 5) durchaus steuerliche Privi-

