

Konrad Richter

Die Novellierung des InvStG
unter besonderer
Berücksichtigung des
Verhältnisses zum
Außensteuergesetz

Heft 133

März 2015

**Die Novellierung des InvStG unter besonderer
Berücksichtigung des Verhältnisses
zum Außensteuergesetz**

Von

Konrad Richter

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Konrad Richter M.Sc. und LL.M. oec., Absolvent des Studiengangs Business Law and Economic Law Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Promotionsstudent am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre von Prof. Dr. Carmen Bachmann an der Universität Leipzig

Christian Tietje/Gerhard Kraft (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 133

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-744-7 (print)

ISBN 978-3-86829-745-4 (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/de/node/23>

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/23>

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
B. Grundkonzeption des Investmentsteuergesetzes	6
I.Einführung – OGAW und AIF	6
II.Differenzierung zwischen Investmentfonds und Investitionsgesellschaften	7
1. Investmentfonds.....	7
2. Investitionsgesellschaften.....	10
3. Umqualifizierung	11
III.Besteuerungskonzeption.....	12
1. Einleitung.....	12
2. Transparente Besteuerung von Investmentfonds	13
3. Pauschale Besteuerung von Investmentfonds	14
4. Besteuerung von Investitionsgesellschaften	16
C. Das Verhältnis des novellierten InvStG zur Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7-14 AStG	19
I.Einleitung	19
II.Tatbestandsebene	19
1. Erfasste Rechtsgebilde	19
a) Grundlagen.....	19
b) Investmentvermögen der Vertragsform	20
2. Beteiligungsvoraussetzungen	23
3. Zwischeneinkünfte.....	25
III.Rechtsfolgenebene – § 2 Abs. 4 InvStG i.V.m. § 3 Nr. 41 lit. a EStG	27
IV.Unmittelbare Konkurrenzen	28
1. Einleitung.....	28
2. Der Vorrang des InvStG gem. § 7 Abs. 7 AStG	29
a) Grundtatbestand.....	29
b) Die Rückausnahme des § 7 Abs. 7 letzter HS AStG.....	30
c) Das Verhältnis von § 7 Abs. 7 zu § 14 AStG	33
3. Der Vorrang des AStG gem. § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG	34
a) Grundlagen.....	34
b) Problematik der Überbesteuerung	34
4. Anwendung des InvStG gem. § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG.....	36
a) Tatbestandsebene.....	36
b) Rechtsfolgenebene	38
c) Besonderheiten bei Kapital-Investitionsgesellschaften	40
D. Abschließende Bemerkungen.....	41
Schrifttum	44

A. Einleitung

Am 24. Dezember 2013 ist das Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz in Kraft getreten.¹ Durch dieses Gesetz wurde das Investmentsteuergesetz (InvStG) in wesentlichen Teilen geändert, wenngleich es jedoch in seiner grundsätzlichen (grds.) Konzeption fortbesteht. Die Änderung des InvStG wurde notwendig, da bereits einige Monate zuvor das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) eingeführt wurde,² welches das Investmentgesetz (InvG) ersetzt. Das KAGB beruht wiederum auf der Umsetzung der viel diskutierten³ EU-Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Richtlinie), welche auch als Reaktion auf die Finanzkrise der vergangenen Jahre⁴ und im Hinblick auf einen besseren Schutz von Anlegern⁵ beschlossen wurde.

Zu Beginn des Beitrags werden die Grundprinzipien des InvStG erläutert, wobei die Neuerungen im Vergleich zur alten Rechtslage im Vordergrund stehen sollen. Es werden weiterhin ausgewählte problematische Aspekte des InvStG, welche auf der Unterscheidung zwischen Investmentfonds und Investitionsgesellschaften beruhen, aufgezeigt und kritisch erörtert.

Im Hauptteil des Beitrags wird das Verhältnis des InvStG zur Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7-14 AStG untersucht. Beide Normenkomplexe führen mittels der Durchbrechung des Trennungsprinzips in ihrer Konsequenz zur transparenten Besteuerung von Erträgen. Dies darf jedoch nicht über grds. verschiedene Zielsetzungen hinwegtäuschen. Die Hinzurechnungsbesteuerung dient in erster Linie der Missbrauchsbekämpfung durch Durchsetzung einer steuerlichen Mindestbelastung.⁶ Das InvStG will hingegen die Anlage über einen Fonds mit der Direktanlage gleichstellen⁷ und die Wettbewerbsfähigkeit des Fondsstandorts Deutschland fördern.⁸ Den Schwerpunkt der Ausführungen bilden dabei die unmittelbaren Konkurrenzen. In diesem Rahmen werden bisher schon bestehende Probleme erörtert, wobei der Fokus jedoch auch auf den durch die Novellierung des InvStG entstandenen Problemen liegen soll.

¹ Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz vom 18.12.2013, BGBl. 2013 I, 4318.

² Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds vom 10.07.2013, BGBl. 2013 I, 1981.

³ Vgl. Hedgefonds droht straffe Regulierung, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.03.2013, erhältlich im Internet: <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/fonds-mehr/deutsche-fond-sindustriehedgefonds-droht-straefe-regulierung-12112324.html> (besucht am 02.08.2014); Brüssel will Hedge-Fonds ausnahmslos regulieren, Handelsblatt vom 27.09.2010, erhältlich im Internet: <http://www.handelsblatt.com/politik/international/finanzmarkt-bruessel-willhedge-fonds-ausnahmslos-regulieren/3548920.html> (besucht am 02.08.2014).

⁴ AIFM-Richtlinie 2011/61/EU vom 08.06.2011, Erwägungsgründe 2 und 3.

⁵ *Ibid.*, Erwägungsgründe 29 und 61.

⁶ *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 1.

⁷ *Brändel*, in: Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 45, Rn. 79.

⁸ BT-Drs. 15/1553, 65.

B. Grundkonzeption des Investmentsteuergesetzes

I. Einführung – OGAW und AIF

Der Anwendungsbereich des InvStG erstreckt sich gem. § 1 Abs. 1 S. 1 InvStG auf Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW) i.S.v. § 1 Abs. 2 KAGB und Alternative Investmentfonds (AIF) i.S.v. § 1 Abs. 3 KAGB, sowie auf Anteile an OGAW oder AIF. Derivative Finanzinstrumente, die Fondsanteile verbriefen (z.B. Zertifikate), stellen ihrerseits jedoch keinen Fondsanteil dar.⁹ Dies stellt eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereiches des InvStG dar, da AIF bisher nicht im InvG reguliert waren¹⁰ und sich das InvStG diesbezüglich stark am neuen KAGB orientiert.

AIF werden gem. § 1 Abs. 3 KAGB i.S. einer Negativabgrenzung als alle Investmentvermögen definiert, welche keine OGAW sind. Daher ergibt sich die Notwendigkeit, die Definition der Investmentvermögen in § 1 Abs. 1 KAGB genauer zu analysieren. Demnach müssen folgende Merkmale zwingend erfüllt sein, um als Investmentvermögen zu qualifizieren: Organismus, gemeinsame Anlagen, Einsammlung von Kapital, Anzahl von Anlegern, festgelegte Anlagestrategie, Investition zum Nutzen der Anleger und kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors.

Ein Organismus ist gegeben, wenn ein rechtlich oder wirtschaftlich verselbständigtes gepooltes Vermögen vorhanden ist.¹¹ Es ist keine bestimmte Rechtsform erforderlich und die Beteiligungsform der Anleger ist irrelevant.¹²

Eine gemeinsame Anlage verlangt, dass die Anleger an den Chancen und Risiken des Organismus beteiligt sind; folglich eine Gewinn- und Verlustbeteiligung gegeben ist.¹³ Eine vertragliche Begrenzung dieser Beteiligung schadet nicht.¹⁴ Eine gemeinsame Anlage liegt jedoch nicht vor, wenn der Anleger einen unbedingten Kapitalrückzahlungsanspruch hat; also die Kapitalrückzahlung in keiner Weise vom Erfolg des Organismus abhängt.¹⁵

Eine Einsammlung von Kapital liegt vor, wenn der Organismus oder andere für dessen Rechnung Schritte unternehmen, um gewerblich bei einem oder mehreren Anlegern Kapital zu beschaffen.¹⁶ Nicht erfasst sind daher sog. Family Offices, sofern diese nicht auch von Dritten Gelder einwerben,¹⁷ sowie eng begrenzte Investmentclubs, welche nicht nach außen auftreten.¹⁸

⁹ *Angsten*, IWB 2014, 48 (53).

¹⁰ *Ebert*, DB 2014, 8; *Gottschling/Schatz*, ISR 2014, 30 (31).

¹¹ *BaFin* Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“ vom 14.06.2013, 1, erhältlich im Internet: http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_130614_Anwendungsbereich_KAGB_begriff_invvermoegen.html (besucht am 29.07.2014).

¹² *Ibid.*, 1.

¹³ *Ibid.*, 2.

¹⁴ *Ibid.*, 2.

¹⁵ *Ibid.*, 2.

¹⁶ ESMA Guidelines on key concepts of the AIFMD vom 13.08.2013, ESMA/2013/611, 32, erhältlich im Internet: http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-611_guidelines_on_key_concepts_of_the_aifmd_-_en.pdf (besucht am 29.07.2014).

¹⁷ *Ibid.*, 30.

¹⁸ *BaFin* Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“ vom 14.06.2013, 3, erhältlich im Internet: <http://www.bafin.de>

Gem. § 1 Abs. 1 S. 2 KAGB ist eine Anzahl von Anlegern bereits gegeben, wenn der Organismus kraft seiner vertraglichen Ausgestaltung nicht auf einen Anleger begrenzt ist. Ob tatsächlich mehrere Anleger beteiligt sind, ist folglich irrelevant.

Von einer festgelegten Anlagestrategie kann ausgegangen werden, wenn der Organismus strategisch festlegt, wie das gemeinschaftliche Kapital verwaltet wird, um einen gemeinsamen Ertrag für die Anleger zu generieren.¹⁹

Eine Investition zum Nutzen der Anleger verlangt, dass der einsammelnde Organismus nicht mit eigener Gewinnerzielungsabsicht handelt und das Kapital nicht zum Hedging nutzt.²⁰

Letztlich sind Investmentvermögen operativ tätige Unternehmen außerhalb des Finanzsektors, wenn sie Immobilien entwickeln oder errichten, Güter und Handelswaren produzieren, kaufen, verkaufen, tauschen oder sonstige Dienstleistungen außerhalb des Finanzsektors anbieten.²¹

Das KAGB ist gem. § 2 KAGB für bestimmte Einrichtungen und Vehikel nicht anwendbar. Von Relevanz ist insbesondere (insb.) die Ausnahme für bestimmte Holdinggesellschaften in § 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB.

II. Differenzierung zwischen Investmentfonds und Investitionsgesellschaften

1. *Investmentfonds*

Der Begriff „Investmentvermögen“ umfasst alle OGAW und AIF i.S.d. KAGB. Als Investmentfonds qualifizieren jedoch nur solche OGAW und AIF, welche auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 1-9 InvStG erfüllen, womit sich das neue Investmentsteuerrecht vom Aufsichtsrecht löst.²² Da die steuerlichen Konsequenzen für Investmentfonds maßgeblich von denen anderer Investmentvermögen abweichen, werden die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1b InvStG nachfolgend näher erläutert.

Das Investmentvermögen muss in seinem Sitzstaat einer Investmentaufsicht unterliegen (§ 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 1 InvStG) und den Anlegern muss gem. § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 2 InvStG ein mindestens einmal jährlich ausübbares Rückgaberecht zustehen. Dies stellt eine Verschärfung der Anforderungen dar, da nach alter Rechtslage (§ 2 Abs. 9 InvG) nur eine der beiden Voraussetzungen erfüllt sein musste.²³ Die Aufsicht muss über eine bloße Registrierungspflicht hinausgehen und materielle Prüfungsmaßstäbe vorsehen.²⁴ Dadurch werden i.d.R. Private-Equity-Fonds sowie grds. geschlossene Fonds mangels Rückgaberechts nicht als Invest-

/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_130614_Anwendung_sber_KAGB_begriff_invvermoegen.html (besucht am 29.07.2014).

¹⁹ ESMA Guidelines on key concepts of the AIFMD vom 13.08.2013, ESMA/2013/611, 33, erhältlich im Internet: http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-611_guidelines_on_key_concepts_of_the_aifmd_-_en.pdf (besucht am 29.07.2014).

²⁰ *Jesch/Haug*, DSzZ 2013, 770 (776).

²¹ ESMA Guidelines on key concepts of the AIFMD vom 13.08.2013, ESMA/2013/611, 29, erhältlich im Internet: http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-611_guidelines_on_key_concepts_of_the_aifmd_-_en.pdf (besucht am 29.07.2014).

²² *Tappert/Mehrkhah*, IWB 2013, 239 (241).

²³ *Simonis/Grabbe/Faller*, DB 2014, 16 (18).

²⁴ *Haisch/Helios*, FR 2014, 313 (316).

mentfonds qualifizieren.²⁵ Wird die Rücknahme- oder Kündigungsmöglichkeit ausgesetzt, ist dies nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht schädlich, wenn die Aussetzung auf einem außergewöhnlichen Umstand i.S.d. § 98 Abs. 2 KAGB beruht und nicht mehr als 36 Monate dauert; Gleiches gilt während einer max. 60-monatigen Abwicklungsphase eines Investmentfonds.²⁶

Nach § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 3 InvStG muss das Investmentvermögen seine Vermögensgegenstände passiv und für gemeinschaftliche Rechnung der Anteilseigner verwalten, wobei dies aber für Beteiligungen an Immobiliengesellschaften ausschließlich des Gesetzeswortlautes nicht gilt. Ungewiss ist diesbezüglich, inwieweit etablierte steuerrechtliche Kriterien und Grundsätze zur Abgrenzung von gewerblicher Tätigkeit und passiver Vermögensverwaltung anzuwenden sind.²⁷ Werden diese Grundsätze nur normspezifisch übertragen,²⁸ ist aber insoweit fraglich, ob dann das eigentliche Ziel der Gleichstellung mit der Direktanlage (siehe A.) erreicht werden kann. Eine Verwaltung für gemeinschaftliche Rechnung liegt nach der Finanzverwaltung auch vor, wenn unabhängig von der tatsächlichen Zahl der Anleger, diese formell nicht auf einen Anleger begrenzt ist.²⁹

Das Vermögen muss gem. § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 4 InvStG nach dem Grundsatz der Risikomischung angelegt werden; die Anlage muss folglich in mehr als drei Vermögensgegenstände in unterschiedlichen Risikoklassen erfolgen. Das BMF sieht den Grundsatz der Risikomischung bei OGAW immer als erfüllt und eine Nichterfüllung bei AIF in der Anfangs- und Liquidationsphase als unschädlich an.³⁰

In § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 5 InvStG, wird eine 10%-ige „Schmutzgrenze“ definiert, wonach das Investmentvermögen zu mindestens 90% in die in § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 5 lit. a-j InvStG aufgezählten Vermögensgegenstände investieren muss. Weiterhin darf das Investmentvermögen gem. § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 6 InvStG max. 20% seines Wertes in Beteiligungen an Kapitalgesellschaften investieren, die weder zum Handel an einer Börse noch in einem anderen organisierten Markt zugelassen sind. Diese Begrenzung gilt nicht für OGAW oder AIF, die gem. ihren Anlagebedingungen in Immobilien investieren (§ 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 6 S. 2 InvStG). Bei Dachfondstrukturen sind weitere Investmentfonds das Anlageziel, welche selbst als Kapitalgesellschaft strukturiert sein können und dann im Widerspruch zu § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 5 lit. h InvStG stehen. Daher erkennt die Finanzverwaltung alle Investmentfonds unabhängig ihrer Rechtsform als zulässige Anlagegegenstände i.S.v. § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 5 lit. h InvStG an.³¹ Anteile an einer Kapital-Investitions-gesellschaft seien hingegen nur zulässig, wenn diese auch gesellschaftsrechtlich eine Kapitalgesellschaft darstellt.³² Dies scheint sachgerecht, stellt doch die Finanzverwaltung bei Investmentfonds ausdrücklich auf die Erfüllung der Bedingungen des § 1 Abs. 1b InvStG ab.³³ Andererseits wollte der Gesetzgeber mit § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 5 lit. j InvStG ausdrücklich Gestaltungen mittels Personenge-

²⁵ *Jansen/Lübbehüsen*, RdF 2013, 41 (43); *Fischer/Friedrich*, ZBB 2013, 153 (162).

²⁶ BMF-Schreiben vom 04.06.2014, DB 2014, 1455, Tz. 2.1.

²⁷ *Elser/Stadler*, DStR 2014, 233 (234).

²⁸ *Ibid.*, 233 (234).

²⁹ BMF-Schreiben vom 04.06.2014, DB 2014, 1455, Tz. 2.2.

³⁰ *Ibid.*, Tz. 2.3.

³¹ *Ibid.*, Tz. 2.5.

³² Vgl. *Dyckmans*, Ubg 2014, 217 (221); a.A. wohl: *Elser/Stadler*, DStR 2014, 233 (235).

³³ BMF-Schreiben vom 04.06.2014, DB 2014, 1455, Tz. 2.5.

sellschaften vermeiden,³⁴ weshalb eine Erfassung von Sondervermögen zumindest denkbar wäre. Letztlich würde § 1 Abs. 1 b S. 2 Nr. 5 InvStG aber nahezu leerlaufen, wenn man entgegen der abschließend aufgezählten Anlagegegenstände auch nicht als Kapitalgesellschaft organisierte Investitionsgesellschaften erfassen würde. Unstrittig unzulässig sind Beteiligungen an Personengesellschaften, es sei denn, diese sind vermögensverwaltend tätig und befolgen wiederum die Vorgaben des § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 5 InvStG oder die 90%-Grenze wird eingehalten.³⁵

Neben dieser anlegerbezogenen Grenze definiert § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 7 InvStG eine emittentenbezogene Grenze, wonach die Beteiligung des Investmentvermögens an einer Kapitalgesellschaft unter 10% liegen muss. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll durch die Beschränkung auf Streubesitzbeteiligungen erreicht werden, dass das Schachtelprivileg im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) sowie die Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie ausgeschlossen werden.³⁶ Weiterhin werden so typische Private-Equity-Fonds aus dem Bereich der Investmentfonds ausgeschlossen.³⁷ Nach der Gesetzesbegründung soll diese Begrenzung wohl nur für nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften gelten.³⁸ Die Finanzverwaltung verneint diese Einschränkung jedoch explizit.³⁹ Diesbezüglich ist auch § 1 Abs. 1e InvStG zu beachten, der anordnet, dass es bei einer Überschreitung der in § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 7 InvStG genannten Beteiligungsgrenzen nicht zur Anwendung von Besteuerungsregelungen kommt, welche eine über dieser Grenze liegende Beteiligungshöhe voraussetzen.

Ein Investmentfonds darf gem. § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 8 InvStG nur kurzfristige Kredite bis zu 30% seines Gesamtwertes aufnehmen. Durch diese Voraussetzung will der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Investmentfonds hauptsächlich vermögensverwaltend und nicht gewerblich tätig ist, um die Befreiung von der Gewerbesteuer (§ 11 Abs. 1 InvStG) zu rechtfertigen.⁴⁰ Keine kurzfristige Kreditaufnahme liegt vor, wenn die Laufzeit ein Jahr übersteigt.⁴¹ Durch diese Regelung werden wohl zahlreiche Hedgefonds, die i.d.R. einen hohen Leverage aufweisen, nicht als Investmentfonds qualifizieren.⁴²

Letztlich müssen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b InvStG bzw. die Anlagebestimmungen des KAGB für OGAW gem. § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 9 InvStG aus den Anlagebedingungen des Investmentvermögens hervorgehen.

Die Komplexität der erläuterten Voraussetzungen führt dazu, dass wohl der Großteil der aufgelegten Investmentvermögen nicht als Investmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b InvStG qualifiziert.⁴³ Bestehende Investmentfonds gelten allerdings

³⁴ BR-Drs. 740/13, 61.

³⁵ *Ibid.*, 61.

³⁶ BT-Drs. 18/68, 42.

³⁷ *Bäumli*, StuB 2013, 128 (130 Fn. 13); *Jesch/Haug*, DStZ 2014, 345 (348 Fn. 19); *Dyckmans*, Ubg 2014, 217 (220).

³⁸ BT-Drs. 18/68, 42; *Elser/Stadler*, DStR 2014, 233 (235); missverständlich insoweit: *Simonis/Grabbe/Faller*, DB 2014, 16 (19).

³⁹ BMF-Schreiben vom 04.06.2014, DB 2014, 1455, Tz. 2.6.

⁴⁰ BT-Drs. 18/68, 42.

⁴¹ BaFin Fragenkatalog zu § 53 Investmentgesetz vom 01.12.2009, WA 41-Wp 2136-2008/0053, Frage 8, erhältlich im Internet: http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_091201_kreditaufnahme_53invg_faq.pdf?__blob=publicationFile (besucht am 29.07.2014).

⁴² *Patzner/Wiese*, IStR 2013, 73 (74).

⁴³ Vgl. *Elser/Stadler*, DStR 2014, 233 (235); *Jesch/Haug*, DStZ 2014, 345 (348).

gem. § 22 Abs. 2 S. 1 InvStG bis zum Ende des nach dem 22. Juli 2016 endenden Geschäftsjahres als Investmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b InvStG.

Neben den „normalen“ Investmentfonds erfasst das InvStG in- und ausländische (ausl.) Spezial-Investmentfonds (§§ 15 und 16 InvStG) mit maximal 100 Anlegern sowie die offene Investmentkommanditgesellschaft (§ 15a InvStG), für die teilweise abweichende Regelungen gelten. Die Besteuerung dieser sehr spezifischen Investmentvermögen soll jedoch im Verlauf dieses Beitrags nicht weiter erörtert werden.

2. Investitionsgesellschaften

Werden die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b InvStG vom Investmentvermögen nicht erfüllt, sind gem. § 1 Abs. 1c S. 1 InvStG alle OGAW und AIF als Investitionsgesellschaft zu qualifizieren.

Wird das Investmentvermögen als Investitionsgesellschaft eingeordnet, ist weiterhin zwischen Personen- und Kapital-Investitionsgesellschaften zu differenzieren. So sind gem. § 18 InvStG Personen-Investitionsgesellschaften alle Investitionsgesellschaften in der Form der Investmentkommanditgesellschaft oder vergleichbarer ausl. Rechtsformen. Darunter fallen bspw. ausl. Private-Equity Limited Partnerships⁴⁴ wie bspw. die neue luxemburgische SCSp,⁴⁵ die Delaware LP sowie die UK LP.⁴⁶ Alle anderen Investitionsgesellschaften sind gem. § 19 Abs. 1 InvStG als Kapital-Investitionsgesellschaften zu betrachten. Aufgrund des Wortlautes ist unklar, ob ein konkret individueller Typenvergleich oder ein Vergleich mit den aufsichtsrechtlichen Vorgaben der §§ 149 ff. KAGB maßgeblich ist.⁴⁷ Das InvStG folgt jedoch einer eigenen steuerlichen Systematik (§ 1 Abs. 1b InvStG), weshalb nicht den ausschließlich aufsichtsrechtlichen Normen des KAGB zu folgen sei.⁴⁸ Auch der Gesetzgeber will nur darauf abstellen, dass die Anleger und deren Beteiligungshöhe wie bei einer Investmentkommanditgesellschaft ermittelt werden können,⁴⁹ was auf eine zivilrechtliche Vergleichbarkeit hinausläuft.⁵⁰ Im Ergebnis sind folglich alle einer KG vergleichbaren Personengesellschaften unter § 18 InvStG zu fassen, da es wohl nicht die Absicht des Gesetzgebers ist, bestimmte Personengesellschaften nicht transparent zu besteuern. Handelt es sich um inländische (inl.) Personengesellschaften, ist der Wortlaut des § 18 S. 1 InvStG eindeutig; die Vergleichbarkeit bezieht sich nur auf ausl. Gesellschaften. So ist wohl davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Investmentkommanditgesellschaft als einzige inl. als Personengesellschaft strukturierte Investmentform betrachtet.⁵¹

Ausweislich der Gesetzesbegründung sind inl. offene Fonds, inl. geschlossene Fonds in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, ausl. offene Fonds (wenn vergleichbar mit Sondervermögen oder der Investmentaktiengesellschaft mit veränder-

⁴⁴ *Bäumel*, *StuB* 2014, 456 (459 Fn. 31).

⁴⁵ *Breuer*, *IWB* 2013, 761 (762); ausführlich zur steuerlichen Behandlung der SCSp: *Neugebauer/Fort*, *IStR* 2014, 247.

⁴⁶ *Jesch/Haug*, *DStZ* 2014, 345 (348); *Götzenberger*, *NWB-EV* 2013, 82 (84).

⁴⁷ *Gottschling/Schatz*, *ISR* 2014, 30 (32); *Simonis/Grabbe/Faller*, *DB* 2014, 16 (20).

⁴⁸ Vgl. *Gottschling/Schatz*, *ISR* 2014, 30 (32).

⁴⁹ *BT-Drs.* 18/68, 64.

⁵⁰ Vgl. *Kleutgens/Geißler*, *IStR* 2014, 280 (283); *Dyckmans*, *Ubg* 2014, 217 (224).

⁵¹ *Dyckmans*, *Ubg* 2014, 217 (224).

lichem Kapital) und ausl. geschlossene Fonds in einer mit einer deutschen (dt.) Kapitalgesellschaft vergleichbaren Rechtsform von § 19 InvStG erfasst, sofern sie nicht Investmentfonds i.S.v. § 1 Abs. 1b InvStG sind.⁵² Demnach sind insb. kapitalistisch organisierte Fonds, wie bspw. die luxemburgischen SICAV⁵³, SARL, SICAR⁵⁴ und FCP⁵⁵, der schweizer Anlagefonds und der italienische Fondo Chiuso⁵⁶ sowie der französische FCPR⁵⁷ und die niederländische FGR⁵⁸ als Kapital-Investitionsgesellschaft einzuordnen, auch wenn sie im Ansässigkeitsstaat mitunter als steuerlich transparent gelten. Letztendlich werden über die Erfassung der AIF als Investitionsgesellschaft geschlossene Fondsstrukturen erfasst, welche vom InvStG a.F. nicht erfasst wurden.⁵⁹

3. Umqualifizierung

Da das novellierte InvStG zwischen Investmentfonds und Investitionsgesellschaften unterscheidet, wird auch die Umqualifizierung zwischen beiden Arten eines Investmentvermögens geregelt.

Qualifiziert das Investmentvermögen als Investmentfonds, weil es die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b InvStG anfänglich erfüllt, diese zu einem späteren Zeitpunkt jedoch nicht mehr vorliegen, greift § 1 Abs. 1d InvStG ein. Demnach kommt es zur Umqualifizierung des Investmentfonds in eine Investitionsgesellschaft für mindestens drei Jahre. Dies kann zum einen auf einer Änderung der Anlagebedingungen beruhen oder zum anderen auf einem wesentlichen Verstoß gegen die Voraussetzungen in der Anlagepraxis. Besonders bei letzterer Alternative besteht die Gefahr, dass der Investmentfonds ungewollt die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, was z.B. bei unerwarteten Wertveränderungen der Kapitalanlagen der Fall sein kann. Daher sieht der Gesetzgeber in der Vorschrift auch nur ein „letztes Mittel“, was nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen soll.⁶⁰ Inwiefern ein Verstoß als „wesentlich“ eingestuft werden kann, ist von den Gesamtumständen abhängig, wobei insb. auf folgende Merkmale abgestellt werden soll: den Verschuldensgrad des Verwalters bei der Entstehung des Verstoßes, die Zeitdauer des Verstoßes, der wertmäßige Umfang des Verstoßes im Verhältnis zum Gesamtwert des Vermögens und inwieweit sich der Verwalter um eine Beseitigung des Verstoßes bemüht hat.⁶¹ Nicht schädlich sind daher Überschreitungen der Anlagegrenzen, welche nicht durch einen Geschäftsabschluss herbeigeführt wurden.⁶² Keinen wesentlichen Verstoß auf Seiten eines Dachfonds sondern lediglich eine passive Grenzverletzung sieht das BMF, wenn der Zielfonds zur Investitionsgesellschaft umqualifiziert wird und

⁵² BT-Drs. 18/68, 64.

⁵³ *Gottschling/Schatz*, ISR 2014, 30 (32).

⁵⁴ *Jesch/Haug*, DStZ 2014, 345 (349).

⁵⁵ *Bäumel*, FR 2013, 746 (751); detailliert zum FCP: *Petzschke*, Die Besteuerung deutscher Immobilieninvestments eines Luxemburger FCP, 120 f.

⁵⁶ *Kleutgens/Geißler*, IStR 2014, 280 (283).

⁵⁷ *Elser/Stadler*, DStR 2013, 225.

⁵⁸ *Jesch/Haug*, DStZ 2014, 345 (349).

⁵⁹ *Kleutgens/Geißler*, IStR 2014, 280 (281).

⁶⁰ BT-Drs. 18/68, 43; *Simonis/Grabbe/Faller*, DB 2014, 16 (20).

⁶¹ BT-Drs. 18/68, 43; *Simonis/Grabbe/Faller*, DB 2014, 16 (20).

⁶² *Fiand*, NWB 2014, 500 (505).

der Dachfonds dann schnellstmöglich wieder die Vorgaben des § 1 Abs. 1b InvStG erfüllt.⁶³ Die Verwalter der Investmentfonds müssen in der Folge ein entsprechendes Monitoring implementieren, um die Einhaltung der Anlagebestimmungen zu überwachen.⁶⁴

Die Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b InvStG wird bei inl. Investmentfonds durch das zuständige Finanzamt und bei ausl. Investmentfonds durch das Bundeszentralamt für Steuern festgestellt (§ 1 Abs. 1d S. 1 InvStG). Die Umqualifizierung erfolgt jedoch gem. § 1 Abs. 1d S. 3 InvStG erst mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem der Feststellungsbescheid unanfechtbar geworden ist.

In Folge der Umqualifizierung gilt der Anteil am Investmentfonds gem. § 8 Abs. 8 S. 1 InvStG als veräußert. Zum selben Zeitpunkt wird gem. § 8 Abs. 8 S. 2 InvStG die Anschaffung des Anteils an der Investitionsgesellschaft fingiert. Bei dieser gesetzlichen Fiktion eines Veräußerungstatbestandes wird der Rücknahmepreis am Ende des Geschäftsjahres als Veräußerungserlös des Investmentfondsanteils und als Anschaffungskosten des Anteils an der Investitionsgesellschaft festgesetzt (§ 8 Abs. 8 S. 3 InvStG). Alternativ ist gem. § 8 Abs. 8 S. 4 InvStG der Börsen- oder Marktpreis relevant, sofern kein Rücknahmepreis festgesetzt wird. Ähnliche Regelungen sieht § 20 InvStG für den umgekehrten Fall vor, wenn eine Investitionsgesellschaft die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b InvStG erfüllt und in der Folge als Investmentfonds qualifiziert.

III. Besteuerungskonzeption

1. Einleitung

Zur Erreichung des wesentlichen Ziels des InvStG, der steuerlichen Gleichstellung des Fondsanlegers mit der Direktanlage⁶⁵ (s. A.), wird das Trennungsprinzip durchbrochen und zur transparenten Besteuerung übergegangen. Das gilt jedoch nur insoweit, wie diese Folge durch das InvStG explizit angeordnet wird; die Anleger werden nicht *per se* transparent besteuert.⁶⁶ Daher lassen sich aus dem Vergleich mit der Besteuerung der Direktanlage keine weitergehenden Steuerbefreiungen herleiten.⁶⁷ Mithin ist das Transparenzprinzip nicht als übergeordnetes Steuerprinzip der Fondsbesteuerung anzusehen.⁶⁸

Diese Maxime gilt umso mehr vor dem Hintergrund des novellierten InvStG. Im Gegensatz zum InvStG a.F. verfolgt das Besteuerungsregime des InvStG das Transparenzprinzip nur noch bei Investmentfonds und erfasst nicht mehr alle Investmentvermögen.⁶⁹ Dabei kann zwischen einer transparenten, einer semi-transparenten und einer Strafbesteuerung der Investmentfonds sowie einer transparenten oder intransparenten Besteuerung von Investitionsgesellschaften unterschied-

⁶³ BMF-Schreiben vom 04.06.2014, DB 2014, 1455, Tz. 3.

⁶⁴ *Höring*, DStZ 2014, 491 (497).

⁶⁵ *Haase*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, Einleitung, Rn. 85; *Schnitger/Schachinger*, BB 2007, 801.

⁶⁶ Vgl. *Haase*, in: Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 41, Rn. 68; *Hagen*, Ubg 2008, 337.

⁶⁷ *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 2 InvStG, Rn. 9.

⁶⁸ BFH vom 07.04.1992, BFHE 168, 111 (113).

⁶⁹ *Haisch/Helios*, BB 2013, 1687 (1695).

den werden.⁷⁰ Im Folgenden werden die einzelnen Regelungen zur Besteuerung von Investmentfonds und Investitionsgesellschaften erläutert.

2. *Transparente Besteuerung von Investmentfonds*

Das InvStG erfasst Ausschüttungen (§ 1 Abs. 3 S. 1 InvStG), ausschüttungsgleiche Erträge (§ 1 Abs. 3 S. 3 InvStG) und sog. Zwischengewinne (§ 1 Abs. 4 InvStG). Die ausschüttungsgleichen Erträge sind gem. § 1 Abs. 3 Nr. 1 InvStG z.B. nicht ausgeschüttete Nettoerträge mit Ausnahme von Veräußerungsgewinnen i.S.v. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 3 und 7 EStG. Der Zwischengewinn erfasst hingegen Zinsen und Zinssurrogate bei der unterjährigen Veräußerung von Fondsanteilen.⁷¹ Nach § 2 Abs. 1 InvStG gehören die Erträge i.S.v. § 1 Abs. 3 und 4 InvStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn die Fondsanteile im Privatvermögen gehalten werden. Dadurch sind alle Erträge aus dem Investmentfonds einheitlich unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu fassen und qualifizieren nicht als Einkünfte i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG.⁷² Bei Anteilen im Betriebsvermögen erfolgt keine Umqualifizierung in andere Einkünfte, weshalb auf die allgemeinen Grundsätze abzustellen ist.⁷³ Auf diese Erträge sind aber gem. § 2 Abs. 1 S. 1 HS 2 InvStG weder das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) noch das Dividendenprivileg (§ 8b Abs. 1 KStG) anzuwenden, sofern die Anwendung in § 2 Abs. 2 InvStG nicht ausdrücklich angeordnet wird. Nicht mehr enthalten ist in § 2 Abs. 2 S. 1 InvStG der Verweis auf § 8b KStG, wodurch nicht nur Streubesitz- sondern auch Schachteldividenden aus über Investmentfonds gehaltenen Beteiligungen erfasst sind.⁷⁴ Der Zwischengewinn gilt gem. § 2 Abs. 1 S. 5 InvStG als in den Einnahmen aus der Rückgabe oder Veräußerung des Anteils enthalten.

Für tatsächlich ausgeschüttete Erträge gilt § 11 EStG, da insofern ein tatsächlicher Zufluss stattfindet, wenn die Anteile im Privatvermögen gehalten werden oder der Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG ermittelt wird.⁷⁵ Ansonsten werden die Erträge im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs erfasst, was i.d.R. dann der Fall ist, wenn der Ausschüttungsbeschluss gefasst wird.⁷⁶ Für ausschüttungsgleiche Erträge gilt § 2 Abs. 1 S. 2 InvStG, wonach diese mit dem Abschluss des Geschäftsjahres des Investmentfonds, in dem sie vereinnahmt wurden, beim Anleger als zugeflossen gelten. Bei mehrstöckigen Fondsstrukturen ist dabei das Geschäftsjahr des Dachfonds maßgebend.⁷⁷ Bei Anlegern, welche die Anteile im Betriebsvermögen halten und den Gewinn durch Bilanzierung ermitteln, kommt es somit zu einer Divergenz zwischen Handels- und Steuerbilanz, da die Zuflussfiktion nur für die Steuerbilanz angeordnet ist.⁷⁸ Da die ausschüttungsgleichen Erträge aber auch den Wert der Fondsanteile erhöhen, käme es bei einer Veräußerung zu einer erneuten Besteue-

⁷⁰ *Haisch/Helios*, BB 2013, 1687 (1695).

⁷¹ *Wenzel*, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 2 InvStG, Rn. 72.

⁷² *Reichel/Frotscher*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 2 InvStG, Rn. 16.

⁷³ *Ibid.*, Rn. 26.

⁷⁴ *Elser/Stadler*, DStR 2014, 233 (236).

⁷⁵ *Wenzel*, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 2 InvStG, Rn. 10.

⁷⁶ BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, 931, Tz. 28.

⁷⁷ *Reichel/Frotscher*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 2 InvStG, Rn. 116.

⁷⁸ *Rockell/Patzner*, DStR 2008, 2122 (2123).

rung. Aufgrund dessen ist in der Steuerbilanz ein aktiver Ausgleichsposten zu bilden.⁷⁹ Im Fall des § 4 Abs. 3 EStG ist mangels Bilanzierung z.B. ein Merkposten zu bilden.⁸⁰ Kommt es zu Teilausschüttungen, wird gem. § 2 Abs. 1 S. 3 und 4 InvStG ein einheitlicher Zuflusszeitpunkt fingiert. Reicht der tatsächlich ausgeschüttete Teil, um die Kapitalertragsteuer einzubehalten, richtet sich der Zuflusszeitpunkt der gesamten Erträge nach den ausgeschütteten Erträgen (§ 2 Abs. 1 S. 3 InvStG). Ist der ausgeschüttete Ertrag hingegen nicht ausreichend, gilt die Teilausschüttung in voller Höhe als ausschüttungsgleicher Ertrag (§ 2 Abs. 1 S. 4 InvStG).

In logischer Konsequenz der Besteuerung beim Anteilseigner sind inl. Investmentfonds selbst gem. § 11 InvStG von der Gewerbe- und Körperschaftsteuer befreit. Dadurch wird im Zusammenhang mit der Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen und Zwischengewinnen die angestrebte transparente Besteuerung des Investmentfonds erreicht.⁸¹

Dennoch ergeben sich insb. bei Anteilen im Privatvermögen Unterschiede im Vergleich zur Direktinvestition. So hat die Qualifikation als Ausschüttung i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zur Folge, dass bspw. auch bei einem Investment in Immobilien Kapitalertragsteuer einbehalten wird und Sonderregelungen für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nicht anwendbar sind.⁸² Um eine Schlechterstellung von Privatanlegern im Vergleich zur Direktinvestition zu vermeiden, gewährt § 2 Abs. 3 InvStG eine echte Steuerbefreiung für ausgeschüttete Erträge, die Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, nicht jedoch solche i.S.v. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3 EStG enthalten. Für ausschüttungsgleiche Erträge bedarf es keiner korrespondierenden Steuerbefreiung, da diese gem. § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG keine Veräußerungsgewinne aus Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten enthalten und daher auch bei Thesaurierung steuerfrei sind.⁸³

3. Pauschale Besteuerung von Investmentfonds

Investmentfonds und deren Anleger profitieren nur dann von der transparenten Besteuerung des § 2 InvStG, wenn sie die Voraussetzungen des § 5 InvStG einhalten. Kerngehalt des § 5 InvStG ist die Bekanntmachung der Besteuerungsgrundlagen gegenüber dem Anleger (§ 5 Abs. 1 InvStG). Zwingend bekannt zu machen sind: der Betrag der Ausschüttung, sowie darin enthaltene ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a InvStG), der Betrag der ausgeschütteten Erträge (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b InvStG), die Bemessungsgrundlage für die Kapitalertragsteuer (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. d InvStG), die anrechenbare und erstattungsfähige Kapitalertragsteuer (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. e InvStG) sowie der Betrag der bei der Ermittlung der Erträge angesetzten Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. g InvStG).⁸⁴ Die Angaben sind gem. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 InvStG spätestens vier Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Ansonsten kommt es zu einer

⁷⁹ BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, 931, Tz. 29.

⁸⁰ Wenzel, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 2 InvStG, Rn. 11.

⁸¹ Vgl. Fock, FR 2006, 369.

⁸² Reichel/Frotscher, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 2 InvStG, Rn. 19.

⁸³ Wenzel, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 2 InvStG, Rn. 18.

⁸⁴ BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, 931, Tz. 91.

pauschalen Besteuerung beim Anleger gem. § 6 InvStG, da es sich dann um sog. intransparente bzw. „schwarze Fonds“ handelt.⁸⁵ Insb. bei der Erstauflegung von Investmentvermögen kommt es durchaus zu Fristüberschreitungen.⁸⁶

Nicht schädlich ist gem. § 5 Abs. 1 S. 2 InvStG hingegen, wenn lediglich die Angaben des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. c und f InvStG fehlen, dann erfolgt keine Pauschalbesteuerung, nur bestimmte Begünstigungen (bspw. §§ 2 Abs. 2 und 4 InvStG) können nicht genutzt werden.⁸⁷ In diesem Fall wird von einer semi-transparenten Besteuerung bzw. „grauen Fonds“ gesprochen.⁸⁸

Von § 6 InvStG wird nur die Besteuerung laufender Erträge, nicht jedoch die Schlussbesteuerung erfasst.⁸⁹ Die Pauschalbesteuerung kommt zur Anwendung, wenn eine Bekanntmachung i.S.v. § 5 Abs. 1 InvStG gänzlich fehlt oder wesentliche Angaben fehlen.⁹⁰ Zu den wesentlichen Angaben zählen dabei der Betrag der Ausschüttung sowie der Betrag der ausschüttungsgleichen Erträge, da nur diese zur Besteuerung der meisten Anleger benötigt werden.⁹¹ Eine Veröffentlichung fehlerhafter Daten führt in Abweichung zur fehlenden oder verspäteten Veröffentlichung nicht zur Anwendung des § 6 InvStG, was sich aus den Korrekturvorschriften (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und § 13 Abs. 4 InvStG) ergibt.⁹²

Auf der Rechtsfolgenseite ist zu beachten, dass Ausschüttungen nach h.M. trotz Versagung der §§ 2 und 4 InvStG bei Privatanlegern weiterhin als Einkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und bei betrieblichen Anlegern als Betriebseinnahmen, für die § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG nicht anwendbar sind, gelten.⁹³ Grds. steuerpflichtig sind gem. § 6 S. 1 InvStG die Ausschüttungen, der Zwischengewinn⁹⁴ und 70% des Mehrbetrags, der sich zwischen dem ersten und letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis ergibt, mindestens aber 6% des im letzten Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreises. Es ist eine Vergleichsrechnung durchzuführen und der jeweils höhere Betrag zu versteuern.⁹⁵ Durch die Besteuerung des Mehrbetrags sollen die sonst als ausschüttungsgleiche Erträge erfassten Ertragsanteile erfasst

⁸⁵ *Brändel*, in: Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 144, Rn. 105.

⁸⁶ *Büttner/Mücke*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 17.

⁸⁷ Vgl. *Gnutzmann/Welzel*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 6 InvStG, Rn. 32.

⁸⁸ *Brändel*, in: Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 147, Rn. 115.

⁸⁹ *Büttner/Mücke*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 8.

⁹⁰ *Gnutzmann/Welzel*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 6 InvStG, Rn. 34.

⁹¹ *Kloppfleisch/Niedrig*, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer (Hrsg.), Handbuch Investmentwesen, 420, § 6 InvStG, Rn. 16; a.A.: *Büttner/Mücke*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 15.

⁹² Vgl. *Kloppfleisch/Niedrig*, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer (Hrsg.), Handbuch Investmentwesen 420, § 6 InvStG, Rn. 21; *Büttner/Mücke*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 20; *Gnutzmann/Welzel*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 6 InvStG, Rn. 54.

⁹³ Vgl. *Brändel*, in: Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 145, Rn. 108; *Wenzel*, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 6 InvStG, Rn. 29; *Gnutzmann/Welzel*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 6 InvStG, Rn. 110; BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, 931, Tz. 130; a.A.: *Rohde/Neumann*, FR 2012, 247 f.; *Büttner/Mücke*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 24.

⁹⁴ Kritisch zu § 6 InvStG bzgl. des Zwischengewinns: *Rohde/Neumann*, FR 2012, 247 (248); *Büttner/Mücke*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 45.

⁹⁵ *Büttner/Mücke*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 35.

werden, da ansonsten ein Steuerstundungseffekt entsteht;⁹⁶ es kommt mithin zu einer Vorverlagerung der Besteuerung.⁹⁷ Da im Mehrbetrag des Rücknahmepreises auch unrealisierte Gewinne enthalten sein können, wird dieser „nur“ zu 70% besteuert.⁹⁸ Dabei ist nur eine positive Differenz beachtlich, da Verluste nach dem Grundsatz des § 3 Abs. 4 InvStG auf Fondsebene vorzutragen und nicht beim Anleger zu erfassen sind.⁹⁹ Allerdings erfolgt bei einer negativen Differenz eine Besteuerung über den 6%-igen Mindestbetrag. Dies wird gerechtfertigt, da trotz einer negativen Wertentwicklung laufende Erträge anfallen können.¹⁰⁰ Die Vereinbarkeit des § 6 InvStG mit der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) wird angezweifelt.¹⁰¹

4. Besteuerung von Investitionsgesellschaften

Die Besteuerung der Investitionsgesellschaften richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften. Für Personen-Investitionsgesellschaften sind die Einkünfte daher gem. § 18 S. 2 InvStG einheitlich und gesondert festzustellen und das GewStG ist prinzipiell anwendbar. Dies korrespondiert insoweit mit der alten Rechtslage vor Novellierung des InvStG.¹⁰²

Bei Kapital-Investitionsgesellschaften bleibt das Trennungsprinzip erhalten, d.h. nur tatsächliche Ausschüttungen unterliegen beim Anleger der Besteuerung.¹⁰³ Für inl. Sondervermögen wird in § 19 Abs. 1 S. 2 InvStG fingiert, dass diese Zweckvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und sonstige juristische Person i.S.d. § 2 Abs. 3 GewStG sind. Vergleichbare ausl. Rechtsformen sollen gem. § 19 Abs. 1 S. 3 InvStG als Vermögensmasse i.S.d. § 2 Nr. 1 KStG und als sonstige juristische Person i.S.d. § 2 Abs. 3 GewStG gelten. Die Folge ist, dass auch ausl. Sondervermögen beschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind.¹⁰⁴

Auf Anlegerebene gelten die Ausschüttungen gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InvStG als Einkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn der Anteil im Privatvermögen gehalten wird. Ansonsten stellen die Einkünfte Betriebseinnahmen dar. Auf diese sind nach § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG der § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG nur anzuwenden, wenn die Kapital-Investitionsgesellschaft in der EU/EWR ansässig und steuerpflichtig (Nr. 1) oder in einem Drittstaat ansässig ist und dort einer Ertragsbesteuerung von mindestens 15% unterliegt (Nr. 2). Mit Blick auf den ähnlichen § 8 Abs. 3 AStG ist anzumerken, dass aus dem Wortlaut nicht ersichtlich ist, ob die nominale¹⁰⁵ oder effektive¹⁰⁶ Ertragsteuerbelastung relevant und ggf. eine Belastungs-

⁹⁶ Wenzel, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 6 InvStG, Rn. 32.

⁹⁷ Egner/Wölfert, DStR 2013, 381 (384).

⁹⁸ Büttner/Mücke, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 6 InvStG, Rn. 31; Klopffleisch/Niedrig, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer (Hrsg.), Handbuch Investmentwesen, 420, § 6 InvStG, Rn. 30.

⁹⁹ Gnutzmann/Welzel, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 6 InvStG, Rn. 116.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Rn. 120.

¹⁰¹ EuGH (SA), Rs. C-326/12, BeckRS 2013, 82211, Rn. 69; a.A.: Brielmaier/Wünsche, IStR 2014, 104 (105 f.).

¹⁰² Vgl. Elser/Stadler, DStR 2012, 2561 (2565).

¹⁰³ Vgl. Elser/Stadler, DStR 2014, 233 (237).

¹⁰⁴ Haisch/Helios, BB 2013, 1687 (1696).

¹⁰⁵ So im Ergebnis: Elser/Stadler, DStR 2014, 233 (237); Simonis/Grabbe/Faller, DB 2014, 16 (20); Gottschling/Schatz, ISR 2014, 30 (34); Dyckmans, Ubg 2014, 217 (226).

rechnung vorzunehmen ist. Der Wortlaut „unterliegen“ könne als Indiz für eine nominale bzw. abstrakte Belastung gesehen werden, was durch den Vergleich mit § 8 Abs. 3 S. 1 AStG und § 19a Abs. 2 S. 1 REITG deutlich werde, die im Wortlaut auf eine „Belastung“ abstellen.¹⁰⁷ Der Gesetzgeber verwendet zwar auch den Begriff „Steuerbelastung“, spricht aber weiter vom „Unternehmenssteuersatz“,¹⁰⁸ weshalb wohl letztlich die nominale Belastung maßgeblich ist.

Die Nachweispflicht für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG liegt beim Anleger. Zum Nachweis sollen eine Steuerbescheinigung des Sitzstaates bzw. der ausl. Steuerbescheid der Kapital-Investmentgesellschaft genügen.¹⁰⁹

Eine Befreiung von der Besteuerung im Ausland ist ausweislich des § 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 a.E. InvStG schädlich. Damit seien persönliche Steuerbefreiungen der Kapital-Investmentgesellschaft und keine sachlichen Steuerbefreiungen einzelner Einkünfte gemeint.¹¹⁰ Dies scheint sachgerecht, bezieht sich doch § 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 a.E. InvStG mit „ihr“ auf die Kapital-Investmentgesellschaft in § 19 Abs. 2 S. 2 vor Nr. 1 InvStG.

Dass § 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 InvStG nur auf die Besteuerung der Kapital-Investmentgesellschaft abstellt, ist besonders bei Dachfondsstrukturen problematisch, bei denen die steuerliche Belastung der Gewinne auf Ebene des Zielinvestments stattfindet.¹¹¹ Dies steht dem Grundgedanken des § 8b Abs. 1 KStG,¹¹² der grds. auch auf ausl. Beteiligungserträge anwendbar ist, entgegen und ist insb. im Vergleich mit dem Inlandssachverhalt nachteilig.¹¹³ Folge ist eine unterschiedliche Besteuerung, je nachdem ob ein betrieblicher Anleger an einer ausl. „normalen“ Kapitalgesellschaft oder einer Kapital-Investmentgesellschaft beteiligt ist.¹¹⁴

Letztlich sei die Versagung von § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG bei über steuerbefreite ausl. Kapital-Investmentgesellschaften gehaltenen Beteiligungen sachlich nicht gerechtfertigt und stelle eine Schlechterstellung gegenüber dem Halten mittels einer Personen-Investmentgesellschaft dar.¹¹⁵ Auch im Vergleich mit der Beteiligung an einer inl. Investmentkapitalgesellschaft kann eine deutliche Schlechterstellung gesehen werden, wenn § 8b KStG aufgrund einer persönlichen Steuerbefreiung der ausl. Kapital-Investmentgesellschaft versagt wird.¹¹⁶ Dies scheint auch im Hinblick auf die auch auf Drittstaatenkonstellationen anwendbare Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) unionsrechtlich problematisch, ist doch die Anwendung der

¹⁰⁶ So im Ergebnis wohl: *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 (796); *Demleitner*, StBW 2013, 747 (750).

¹⁰⁷ *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 (796).

¹⁰⁸ BT-Drs. 18/68, 65.

¹⁰⁹ *Demleitner*, StBW 2013, 747 (749).

¹¹⁰ Vgl. *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 (796); *Elser/Stadler*, DStR 2013, 225 (227); *Bäumel*, FR 2013, 746 (751); *Gottschling/Schatz*, ISR 2014, 30 (34); *Jansen/Lübbehüsen*, RdF 2014, 28 (34); *Kleutgens/Geißler*, IStR 2014, 280 (285).

¹¹¹ *Elser/Stadler*, DStR 2013, 225 (227); *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 (796).

¹¹² Vgl. zur Zielsetzung: *Schnitger* in: *Schnitger/Fehrenbacher* (Hrsg.), *Kommentar KStG*, § 8b KStG, Rn. 5 f.

¹¹³ *Elser/Stadler*, DStR 2013, 225 (227).

¹¹⁴ *Tappen/Mehrkhah*, IWB 2013, 239 (243).

¹¹⁵ *Elser/Stadler*, DStR 2014, 233 (237).

¹¹⁶ *Dyckmans*, Ubg 2014, 217 (226).

Kapitalverkehrsfreiheit auch bei Beteiligungen über 10% nicht *per se* ausgeschlossen.¹¹⁷

Bei Privatanlegern fällt auf die Ausschüttungen der Kapital-Investitionsgesellschaft Abgeltungsteuer gem. § 32d EStG an und bei betrieblichen Anlegern ist gem. § 19 Abs. 2 S. 3 InvStG von der inl. auszahlenden Stelle Kapitalertragsteuer einzubehalten.

Werden die Anteile an der Kapital-Investitionsgesellschaft veräußert oder zurückgegeben, führt dies bei Privatanlegern gem. § 19 Abs. 3 S. 1 InvStG zu Einkünften i.S.d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG, die der Abgeltungsteuer unterliegen. Gehören die Anteile zum Betriebsvermögen, hängt die Anwendung des § 8b KStG und des § 3 Nr. 40 EStG gem. § 19 Abs. 3 S. 3 InvStG von den Bedingungen des § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG ab; ein Gewinn unterliegt gem. § 19 Abs. 3 S. 4 i.V.m. § 8 Abs. 6 InvStG der Kapitalertragsteuer.

Sind die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG nicht erfüllbar, können die negativen Folgen mitunter vermieden werden, wenn die Kapital-Investitionsgesellschaft in einem DBA-Staat ansässig ist und ein DBA-Schachtelprivileg für die Dividendenausschüttungen genutzt werden kann. Da § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG nur an § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG anknüpft, könne darin kein Treaty Override gesehen werden.¹¹⁸ Dabei sind jedoch die speziellen Beteiligungserfordernisse und Aktivitätsvorbehalte zu beachten, welche zahlreiche dt. DBA beinhalten.¹¹⁹ So verweist bspw. der Art. 22 Abs. 1 lit. c des DBA-Luxemburg und des DBA-Niederlande auf den Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 AStG. In älteren Abkommen wie bspw. dem DBA-Schweiz (Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) findet sich hingegen oft ein statischer Verweis auf § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG,¹²⁰ mithin wird vertreten, dass der Verweis auf § 8 Abs. 2 AStG a.F. auf die Nachfolgeregelung des § 8 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 AStG ausgedehnt werden könne.¹²¹ Ob dies dem Wortlaut – der explizit keinen dynamischen Verweis enthält – gerecht wird, ist äußerst fraglich, weshalb Gewinnausschüttungen bei einem entsprechenden Verweis im relevanten DBA wohl nicht aktiv sind. Vorteilhaft ist weiterhin, dass § 50d Abs. 3 S. 5 EStG die Anti Treaty Shopping Klausel des § 50d Abs. 3 EStG für nicht anwendbar erklärt, wenn die ausl. Gesellschaft unter das InvStG fällt. Praktisch relevant dürfte ein gewolltes Treaty Shopping jedoch nur für Investmentvermögen mit wenigen Anlegern sein, nicht aber für Publikumsinvestmentvermögen.¹²² Nach Auffassung der Finanzverwaltung sind auch nur Investmentvermögen des Kapitalgesellschaftstyps begünstigt.¹²³ Auch Kapital-Investitionsgesellschaften sind vom Wortlaut des § 50d Abs. 3 S. 5 EStG erfasst.¹²⁴ Der erweiterte Anwendungsbereich des InvStG führt somit auch zu einer Erweiterung der Ausnahme des

¹¹⁷ Vgl. *Kraft/Mengel*, IStR 2014, 309 (310); EuGH, Rs. C-282/12, IStR 2013, 871 (873).

¹¹⁸ *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 (797).

¹¹⁹ Vgl. *Schönfeld/Hack*, in: Schönfeld/Ditz (Hrsg.), Kommentar DBA, Art. 23A/B OECD-MA, Rn. 84.

¹²⁰ Vgl. *Gebhardt/Quilitzsch*, IStR 2011, 169 (170) m.w.N. wobei seitdem zahlreiche DBA neu gefasst bzw. geändert wurden; *Schönfeld/Hack*, in: Schönfeld/Ditz (Hrsg.), Kommentar DBA Art. 23A/B OECD-MA, Rn. 86.

¹²¹ Vgl. *Dietz/Liebchen*, IStR 2012, 449 (455); *Kaminski*, StuW 2007, 275 (279 f.).

¹²² *Eberhardt*, IStR 2013, 377 (378).

¹²³ BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, Tz. 9.2; a.A.: *F. Wassermeyer*, RdF 2012, 263 (269).

¹²⁴ So auch: *Klein/Hagena*, in: Herrmann/Heuer/Raupach (Hrsg.), Kommentar EStG/KStG, § 50d EStG, Rn. 61.

§ 50d Abs. 3 S. 5 EStG. Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber diese Folge bei der Novellierung des InvStG bedacht hat.

Aus den §§ 18 und 19 InvStG kann letztlich auch gefolgert werden, dass das InvStG nur noch teilweise eigene spezialgesetzliche Besteuerungstatbestände normiert und im Gegensatz zum InvStG a.F. kein abschließendes Spezialregime für die Besteuerung der Erträge aus Investmentvermögen¹²⁵ mehr darstellt.

C. Das Verhältnis des novellierten InvStG zur Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7-14 AStG

I. Einleitung

Die Hinzurechnungsbesteuerung setzt grds. die Beteiligung eines unbeschränkt Steuerpflichtigen an einer ausl. Gesellschaft (§ 7 Abs. 1 AStG), welche gem. § 8 AStG niedrig besteuerte passive Einkünfte erzielt (sog. Zwischengesellschaft), voraus. Die von der Zwischengesellschaft erzielten Einkünfte werden dann als sog. Hinzurechnungsbetrag gem. § 10 AStG den unbeschränkt steuerpflichtigen inl. Anteilseignern hinzugerechnet und dieser ist von den Beteiligten nach den allgemeinen Vorschriften des EStG und KStG zu versteuern.

Eine mögliche Konkurrenz zwischen verschiedenen Besteuerungsregimen ist grds. auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene denkbar. So ist zum einem zu fragen, ob und inwieweit bestimmte Rechtsgebilde sowohl vom InvStG als auch von den §§ 7-14 AStG erfasst werden und zum anderen, ob und inwieweit der Hinzurechnungsbetrag auch den speziellen Besteuerungsfolgen des InvStG unterliegt. Eine parallele Anwendung beider Besteuerungskonzepte könnte u.U. zu einer Doppelbesteuerung führen, die es zu vermeiden gilt.

Auch wenn Investitionsgesellschaften nach den allgemeinen steuerlichen Vorschriften besteuert werden, ergibt sich durch deren Erfassung im novellierten InvStG (siehe B.II.2.) die Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtung des Verhältnisses von InvStG und Hinzurechnungsbesteuerung, da die §§ 7-14 AStG keine Änderung im Zuge der Novellierung des InvStG erfahren haben.

Dabei wird zuerst untersucht, in welchen Konstellationen überhaupt Konkurrenzen auftreten und im Folgenden, wie unmittelbare Konkurrenzen aufgelöst werden können.

II. Tatbestandsebene

1. Erfasste Rechtsgebilde

a) Grundlagen

Auf Tatbestandsebene ist zu prüfen, welche Rechtsgebilde sowohl vom AStG als auch vom InvStG erfasst werden. Das InvStG a.F. knüpfte bei inl. Investmentvermögen an die §§ 1 und 2 InvG (sog. formeller rechtsformabhängiger Fondsbegriff) und bei ausl. Investmentvermögen an § 2 Abs. 8 bis 10 InvG an, welche rechts-

¹²⁵ Vgl. zum InvStG a.F.: *Rohde/Neumann*, FR 2012, 247 (249); FG Niedersachsen, DStRE 2011, 814 (817).

formunabhängig erfasst wurden.¹²⁶ Das InvStG erfasst in- und ausländische OGAW und AIF i.S.d. KAGB (siehe B.I.), wobei auch das KAGB nur für inl. Investmentvermögen bestimmte Rechtsformen vorschreibt (z.B. §§ 91, 139 KAGB).¹²⁷ Der § 7 AStG knüpft aufgrund der Zielsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung¹²⁸ denotwendig nur an ausl. Rechtsgebilde an. Echte Anwendungskonkurrenzen können sich somit nur bei ausl. Investmentvermögen ergeben.

Folgt das ausl. Investmentvermögen der Satzungsform und ist als Kapitalgesellschaft konstruiert, liegt unzweifelhaft eine ausl. Gesellschaft i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG vor. Dies ist z.B. bei der luxemburgischen SICAV der Fall, welche in Luxemburg für fast jeden zweiten Fonds die Rechtsform darstellt.¹²⁹ Ist das Investmentvermögen hingegen als typische Personengesellschaft ausgestaltet, liegt unstrittig keine ausl. Gesellschaft i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG vor. Die Abgrenzung hat anhand eines Rechtstypenvergleiches nach dt. Recht zu erfolgen.¹³⁰

b) *Investmentvermögen der Vertragsform*

Handelt es sich bei dem Investmentvermögen um ein ausl. Sondervermögen der Vertragsform, was in der Praxis häufig vorkommt,¹³¹ ist die Qualifikation als ausl. Gesellschaft i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG weniger eindeutig.

Gelten inl. Sondervermögen gem. § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG und R 2 Abs. 5 S. 2 KStR explizit als Zweckvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG, existiert für ausl. Sondervermögen keine entsprechende Vorschrift. Ist das inl. Sondervermögen als Kapital-Investitionsgesellschaft anzusehen, gilt es gem. § 19 Abs. 1 S. 2 InvStG als Zweckvermögen i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG. Ausl. Sondervermögen gelten dann gem. § 19 Abs. 1 S. 3 InvStG als Vermögensmasse i.S.v. § 2 Nr. 1 KStG (siehe B.III.4.).

Für ausl. Sondervermögen existiert folglich nur eine Fiktion als Körperschaftssteuersubjekt, sofern diese nicht als Investmentfonds sondern als Investitionsgesellschaft qualifizieren. Dies ist insofern folgerichtig, da § 11 Abs. 1 InvStG die zur Erreichung der steuerlichen Transparenz notwendige Steuerbefreiung auf der Fondseingangsseite kodifiziert und eine entsprechende Vorschrift für ausl. Investmentfonds mangels unbeschränkter Steuerpflicht nicht notwendig ist.¹³²

Durch die Verweisung des § 7 Abs. 1 AStG auf das KStG könnte man Zweckvermögen prinzipiell als ausl. Gesellschaft zu qualifizieren.¹³³ Ob sich der Begriff „ausl. Gesellschaft“ auf Kapitalgesellschaften beschränkt, ist jedoch umstritten.¹³⁴

¹²⁶ Vgl. *Baur*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch Kapitalanlagerecht, § 20, Rn. 87; *Haase*, DStR 2009, 957 (959) zu § 2 Abs. 8 und 9 InvG.

¹²⁷ *Wiedemann*, NZG 2013, 1041 (1046).

¹²⁸ Vgl. dazu bspw.: *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 3.

¹²⁹ *Fischer/Friedrich*, ZBB 2013, 153 (158).

¹³⁰ *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 47.

¹³¹ Vgl. *Haase*, in: Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 31, Rn. 41.

¹³² *Patzner/Kempff*, Kommentar InvStG, § 11 InvStG, Rn. 1 f.

¹³³ Vgl. *F. Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 10.

¹³⁴ Vgl. dafür: *Geurts*, in: Mössner/Fuhrmann (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 245; *Bellstedt*, FR 1972, 242; a.A.: *F. Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 230; *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 45.

Nur wenn man diese Beschränkung verneint, könnte ein ausl. Sondervermögen der Vertragsform erfasst sein. Unabhängig davon ist jedoch immer der Typenvergleich (siehe C.II.1.a)) durchzuführen. D.h. nur wenn ein ausl. Sondervermögen in seiner konkreten Ausgestaltung einem inl. Zweckvermögen privaten Rechts entspricht, könnte es vom AStG erfasst sein. Der sog. LLC-Erlass¹³⁵ kann jedoch mangels gesellschaftlicher Merkmale des Sondervermögens nicht zur Anwendung kommen.¹³⁶ Entscheidend ist vielmehr, ob dem Sondervermögen eine eigene wirtschaftliche Selbständigkeit zukommt.¹³⁷ Dies sei bei Sondervermögen der Vertragsform insb. deshalb zweifelhaft, da das Eigentum an den Anlagegegenständen dem Anteilsscheinhaber zuzurechnen und dieser somit wirtschaftlicher Eigentümer des Anlagevermögens i.S.v. § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO sei.¹³⁸ Demnach seien nur Fonds des Gesellschaftstyps erfasst, bei denen das Gesellschaftsvermögen gleichzeitig das Fondsvermögen ist und die Gesellschafter mit den Investoren identisch sind.¹³⁹

Bei ausl. Sondervermögen der Vertragsform kann der Typenvergleich mangels körperschaftlicher Organisation i.S.d. Gesellschaftsrechts¹⁴⁰ zu einem negativen Ergebnis führen,¹⁴¹ für vergleichbare inl. Sondervermögen kann jedoch aufgrund der Fiktion des § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG eine Körperschaftsteuerpflicht bestehen. Insofern wären die ausl. Sondervermögen dann körperschaftsteuerpflichtig, wenn sie in Deutschland ansässig wären.¹⁴² Dabei ist bereits umstritten, welcher Gehalt der Fiktion des § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG innewohnt. So sei aus dem Begriff „gelten“ nicht zwingend eine echte gesetzliche Fiktion herzuleiten.¹⁴³ Im Gegensatz dazu wird genau aus dieser Formulierung gefolgert, dass die Sondervermögen ohne eine solche gesetzliche Fiktion keine Zweckvermögen wären, weshalb es der Fiktion bedürfe,¹⁴⁴ es sich mithin um keine deklaratorische sondern konstitutive Vorschrift handle.¹⁴⁵ Aus der Gesetzesbegründung zur vergleichbaren Vorschrift in § 19 Abs. 1 InvStG wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Fiktion in § 19 Abs. 1 InvStG durchaus als notwendig erachtet. So kann aus der Formulierung „Für inländische Investmentaktiengesellschaften ergibt sich bereits aus ihrer Eigenschaft als Kapitalgesellschaft die Körperschaftsteuerpflicht, so dass insoweit keine spezielle Regelung im Investmentsteuergesetz erforderlich ist“¹⁴⁶ geschlossen werden, dass die zuvor erwähnten inl. Sondervermögen und vergleichbaren ausl. Rechtsformen ohne Fiktion nicht unbeschränkt bzw. beschränkt körperschaftsteuerpflichtig wären. Die Anwendung der

¹³⁵ BMF-Schreiben vom 19.03.2004, BStBl. I 2004, 411.

¹³⁶ Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 81.

¹³⁷ BFH vom 05.11.1992, BFHE 170, 62 (64); RFH vom 07.04.1936, RFHE 39, 202 (206).

¹³⁸ Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 83 f.; Obermann/Brill/Heeren, DStZ 2009, 152 (158); a.A.: Schnitger/Schachinger, BB 2007, 801 (807); Haase, in: Haase/Brändel, Investmentsteuerrecht, 32, Rn. 43.

¹³⁹ Krause, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 406; a.A.: Reiche, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 165.

¹⁴⁰ Vgl. zu den Aspekten einer dt. Körperschaft: Reiche, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 47.

¹⁴¹ Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 83.

¹⁴² Den möglichen Widerspruch von Rechtstypenvergleich und Fiktion des InvStG erkennt auch: Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 85.

¹⁴³ W. Wassermeyer, IStR 2001, 193 (197) zu § 38 I S. 1 KAGG.

¹⁴⁴ Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 83.

¹⁴⁵ Englisch, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 11 InvStG, Rn. 14.

¹⁴⁶ BT-Drs. 18/68, 65.

Hinzurechnungsbesteuerung kann insofern auch nicht gänzlich vom ausl. Recht unabhängig sein,¹⁴⁷ da auch die Gesetzesbegründung bei Sondervermögen auf einen Rechtsvergleich abstellt.¹⁴⁸ Stellt man mit der h.M. auf die Frage ab, ob die ausl. Gesellschaft körperschaftsteuerpflichtig wäre, wenn sie ihren Sitz bzw. Ort der Geschäftsleitung in Deutschland hätte,¹⁴⁹ wird deutlich, dass diese „Definition“ in diesem Fall an Grenzen stößt.

Fraglich ist, wie dieser mögliche Konflikt im Hinblick auf § 7 Abs. 1 AStG zu lösen ist. Für ein Festhalten am Ergebnis des Rechtstypenvergleichs spricht eine klare Trennung zwischen dem Anwendungsbereich des AStG und dem Besteuerungsregime des InvStG. So ist äußerst bedenklich, ob die Qualifikation der ausl. Rechtsgebilde von der konkreten Besteuerung der vergleichbaren inl. Rechtsgebilde beeinflusst werden kann. Ob eine solche Reichweite der Fiktion der gesetzgeberischen Intention entspricht, ist zweifelhaft. Auch könnte dann ein ausl. Sondervermögen aus dem Anwendungsbereich des AStG ausscheiden, weil es nicht mehr unter das InvStG fällt. Der Anwendungsbereich des InvStG würde somit auf das AStG durchschlagen.

Eine klare Trennung zwischen dem Anwendungsbereich des AStG und dem Besteuerungsregime des InvStG erscheint letztlich angemessen. So ist zwar ein Rechtstypenvergleich mit inl. Rechtsgebilden sachgerecht, dabei darf die Qualifikation der ausl. Rechtsgebilde jedoch nicht von der konkreten Besteuerung der vergleichbaren inl. Rechtsgebilde beeinflusst werden. Dass bestimmte Sondervermögen aufgrund spezieller Vorschriften des InvStG körperschaftsteuerpflichtig sind, kann nicht auf den Anwendungsbereich des AStG, der ausl. Rechtsgebilde erfassen will, durchschlagen.

Bei anderer Beurteilung der Frage, wäre das Vorliegen einer ausl. Gesellschaft i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG erneut anhand des InvStG zu beurteilen. So könnte die Steuerbefreiung dazu führen, dass das Sondervermögen als gem. § 3 Abs. 1 KStG von der Körperschaftsteuerpflicht ausgenommen gilt (§ 7 Abs. 1 AStG).¹⁵⁰ Andererseits solle § 3 Abs. 1 KStG dann keine Rolle spielen, wenn Einkünfte des ausl. Sondervermögens nach dem InvStG und nicht nach dem KStG oder EStG den Anlegern zugerechnet werden, da die betreffenden Sondervermögen mit ihren Einkünften grds. gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG bzw. § 2 Nr. 1 KStG steuerpflichtig sind und die Steuerbefreiung auf einer zweiten Stufe erfolgt.¹⁵¹ So komme es zwar darauf an, ob das Sondervermögen nicht nach § 3 Abs. 1 KStG steuerbefreit ist, die Besteuerungsvorschriften des InvStG seien aber nicht relevant, da diese lediglich eine fiktive Dividendenausschüttung begründen, welche zwingend voraussetze, dass der Investmentfonds eigene Einkünfte erzielt, die dann Gegenstand der Ausschüttung sind.¹⁵² Dennoch bleibt fraglich, ob § 7 Abs. 1 AStG mit der Erwähnung des

¹⁴⁷ In diesem Sinne jedoch: *W. Wassermeyer*, IStR 2001, 193 (197).

¹⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 18/68, 65.

¹⁴⁹ Vgl. *F. Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 234; *Mössner*, in: Brezing/Krabbe/Lempenau/Mössner/Runge (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 10; *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 Rn. 41; *Vogt*, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 7 AStG, Rn. 14; a.A.: *Protzen*, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 182.

¹⁵⁰ Vgl. zur misslungenen Formulierung dieses Hinweises: *Mössner/Rode*, in: Mössner/Fuhrmann (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 56.

¹⁵¹ *Döring*, in: Schnitger/Fehrenbacher (Hrsg.), Kommentar KStG, § 3 KStG, Rn. 46.

¹⁵² Vgl. *W. Wassermeyer*, IStR 2001, 193 (197), bzgl. der §§ 17, 18 Abs.1 und 3 AuslInvestmG.

§ 3 KStG nicht gerade solche Konstellationen erfassen will. Denn werden die Einkünfte des ausl. Sondervermögens aufgrund des InvStG den inl. Anlegern zugerechnet, sind die Einkünfte bei diesen zu versteuern, weshalb die Notwendigkeit einer Hinzurechnung zu bezweifeln ist. Dies wäre auch konsistent, wenn man den Hinweis auf § 3 Abs. 1 KStG als Abgrenzung von einem körperschaftsteuerpflichtigen Gebilde zu nicht körperschaftsteuerpflichtigen Zweckvermögen versteht.¹⁵³ Allerdings differenziert § 11 Abs. 1 InvStG nicht zwischen Sondervermögen der Vertrags- und Satzungsform und die Zurechnung kann sich bei Ersterem auch aus § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO ergeben.

Für ausl. Sondervermögen, die keine Investmentfonds sondern Investitionsgesellschaften sind, gilt jedoch keine Steuerbefreiung, vielmehr gelten diese ausdrücklich gem. § 19 Abs. 1 S. 3 InvStG als Vermögensmasse i.S.d. § 2 Nr. 1 KStG. Durch die Fiktion der beschränkten Steuerpflicht, kann es insoweit zu einem Auseinanderfallen der Behandlung von ausl. Rechtsgebilden und zur Nichtbefolgung des Rechtstypenvergleichs für Zwecke des § 7 Abs. 1 AStG kommen. Die Testfrage, „ob das ausländische Rechtsgebilde beschränkt körperschaftsteuerpflichtig wäre, wenn es inl. Einkünfte bezöge“,¹⁵⁴ wäre aufgrund des § 19 Abs. 1 S. 3 InvStG zu bejahen. Der § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG, wonach die Hinzurechnungsbesteuerung anwendbar bleibt, spricht insoweit dafür, dass sich der Gesetzgeber dieser Rechtsfolge bewusst war. Dennoch ist auch hier anzumerken, dass dann für Zwecke des AStG erst eine differenzierte Einordnung des ausl. Rechtsgebildes in das InvStG (als Investmentfonds oder Investitionsgesellschaft) nötig wäre. Der unabhängig von der Rechtsform zu prüfende § 1 Abs. 1b InvStG würde folglich auf das AStG durchschlagen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit dem § 19 Abs. 1 S. 3 InvStG die beschränkte Steuerpflicht für inl. Einkünfte sicherstellen¹⁵⁵ und nicht den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 AStG eröffnen wollte.

Im Ergebnis kann daher ein typisches ausl. Sondervermögen der Vertragsform mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine ausl. Gesellschaft i.S.d. § 7 Abs. 1 AStG sein.¹⁵⁶ Wird ein ausl. Rechtsgebilde vom InvStG erfasst, ist folglich der § 7 Abs. 1 AStG i.V.m. § 1 Abs. 1 KStG anhand eines Typenvergleiches und isoliert vom InvStG zu prüfen und erst wenn das Vorliegen einer ausl. Gesellschaft i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG bejaht wurde, kann es prinzipiell zur Konkurrenz kommen.

2. Beteiligungsvoraussetzungen

Liegt eine ausl. Gesellschaft i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG vor, müssen inl. Steuerpflichtige eine Nennkapitalbeteiligung halten.¹⁵⁷ Das Beteiligungskriterium ist bei Investmentvermögen in Form der Kapitalgesellschaft i.d.R. erfüllt, wenn die Anleger die Stellung eines Gesellschafters innehaben. Anleger kann aufgrund der Fiktion des

¹⁵³ Vgl. *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 44.

¹⁵⁴ *Mössner*, in: Brezing/Krabbe/Lempenau/Mössner/Runge (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 12.

¹⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 18/68, 65.

¹⁵⁶ Im Ergebnis so auch: *Elser/Güttele-Kunz*, BB 2010, 414 (419 f.); *Euler*, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 85; *Englisch*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 11 InvStG, Rn. 14.

¹⁵⁷ *Köhler*, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 49.

§ 11 Abs. 1 S. 1 InvStG auch ein inl. Investmentfonds sein.¹⁵⁸ Probleme ergeben sich bei einer Beteiligung an einem Sondervermögen der Vertragsform. Dieses Sondervermögen verfügt regelmäßig über kein Nennkapital im gesellschaftsrechtlichen Sinne, weshalb insoweit die Vermögensbeteiligung (§ 7 Abs. 2 S. 3 AStG) relevant sein kann. Das InvStG verlangt gerade keine mitgliedschaftliche Beteiligung,¹⁵⁹ eine rein schuldrechtliche – jedoch unmittelbare¹⁶⁰ – Beteiligung ist ausreichend.¹⁶¹ Schon mangels eigener Rechtsfähigkeit des Sondervermögens¹⁶² ist äußerst fraglich, ob an diesem überhaupt eine Beteiligung i.S.d. § 7 Abs. 2 AStG bestehen kann. Das zivilrechtliche Eigentum an den Anlagegegenständen liegt entweder direkt bei den Anlegern (sog. Miteigentümlösung) oder treuhänderisch bei der Kapitalverwaltungsgesellschaft (sog. Treuhänderlösung).¹⁶³ Für inl. Sondervermögen ergibt sich dies unmittelbar aus § 92 Abs. 1 KAGB. Dem Anleger stehen i.d.R. keinerlei Mitwirkungs- und Teilhaberechte zu, die Ausdruck einer mitgliedschaftlichen Stellung sein könnten, da diese von der Kapitalverwaltungsgesellschaft wahrgenommen werden.¹⁶⁴ Die rein wirtschaftliche Teilhabe am Gewinn und Verlust ist vielmehr mit einem Genussrecht vergleichbar, welches als schuldrechtlicher Vertrag nicht von § 7 Abs. 2 AStG erfasst ist.¹⁶⁵ Letztlich ist wohl auf Sondervermögen der Vertragsform nur § 15 AStG oder § 39 AO anwendbar und die direkte Anwendbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung scheidet aus.¹⁶⁶ Dies ergibt sich auch aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 7-14 AStG zu § 15 AStG. So kann ein Sondervermögen der Vertragsform je nach Ausgestaltung u.U. mit einer Stiftung als verselbstständigte Vermögensmasse vergleichbar sein. Für ein nennkapital- und stimmrechtsloses Vehikel scheint trotz des § 7 Abs. 2 S. 3 AStG zwischen den §§ 7 Abs. 2 und 15 AStG kaum Raum zu sein.¹⁶⁷ Ebenso scheidet eine Anwendung der §§ 7-14 AStG i.S. eines Auffangtatbestandes, wenn eine Vermögensmasse nicht die speziellen Voraussetzungen des § 15 AStG erfüllt, aus.¹⁶⁸

Da § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG die §§ 7-14 AStG für anwendbar erklärt, sei die Gefahr gegeben, dass die Finanzverwaltung eine schuldrechtliche Beteiligung an einer Kapital-Investitionsgesellschaft auch als Beteiligung i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG qualifiziert.¹⁶⁹ Diese Folge wäre jedoch äußerst zweifelhaft, da trotz des § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG die Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung iso-

¹⁵⁸ F. Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 232.

¹⁵⁹ BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, Tz. 9; BaFin Rundschreiben 14/2008 (WA) zum Anwendungsbereich des Investmentgesetzes nach § 1 Satz 1 Nr. 3 InvG vom 22. Dezember 2008, I. 1. a), I. 4. c), erhältlich im Internet: http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_0814_wa.html (besucht am 29.07.2014).

¹⁶⁰ Helios/Schmies, BB 2009, 1100 (1105).

¹⁶¹ Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 205.6.

¹⁶² Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 90.

¹⁶³ *Ibid.*, 91.

¹⁶⁴ Schnitger/Schachinger, BB 2007, 801 (806 f.).

¹⁶⁵ So im Ergebnis auch: Kraft/Richter/Moser, DB 2014, 85 (87) m.w.N.

¹⁶⁶ Vgl. Krause, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 385.

¹⁶⁷ Vgl. Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 115.

¹⁶⁸ Vgl. Kraft, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 15 Rn. 90; a.A.: Wenz/Linn, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 15 AStG, Rn. 9, wonach § 15 AStG jedoch nur *lex specialis* zu den §§ 7-14 AStG sei.

¹⁶⁹ Elser/Stadler, DStR 2014, 233 (240).

liert betrachtet erfüllt sein müssen. Eine andere Auslegung des Beteiligungsbegriffes könnte sich – wenn überhaupt – nur aus den §§ 7-14 AStG ergeben, nicht jedoch durch § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG impliziert werden. Dies macht auch der Wortlaut des § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG deutlich, wonach die §§ 7-14 AStG abweichend von § 7 Abs. 7 AStG anwendbar sein sollen. Der § 7 Abs. 7 AStG setzt aber denotwendig wiederum eine Anwendbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung voraus, bevor überhaupt eine mögliche Konkurrenz mit dem InvStG entstehen kann.

Das InvStG verlangt grds. keine Mindestbeteiligung, wohingegen § 7 Abs. 2 S. 1 AStG in seinem Grundtatbestand eine beherrschende Inländerbeteiligung verlangt. Die Beteiligungshöhe des einzelnen Anteilseigners ist jedoch irrelevant,¹⁷⁰ weshalb auch Anleger eines Publikumsfonds erfasst sein können. Weiterhin wird bei typischen Investmentvermögen § 7 Abs. 6 S. 3 AStG einschlägig sein, der keine Mindestbeteiligung mehr verlangt. Dann kann mitunter jedoch die Börsenklausel (z.B. bei ETF)¹⁷¹ greifen.

Im Zusammenspiel zwischen dem Merkmal „ausländische Gesellschaft“ und dem Beteiligungskriterium lässt sich feststellen, dass die Erfassung eines Sondervermögens der Vertragsform durch die §§ 7-14 AStG nahezu ausgeschlossen ist. Dieses müsste eine eigene wirtschaftliche Selbstständigkeit aufweisen, um mit dem inl. Zweckvermögen vergleichbar zu sein und weiterhin dem Anleger eine mitgliederschaftliche Beteiligung vermitteln. Ein solches Gebilde, was zugleich keine Kapitalgesellschaft darstellt, ist schwer vorstellbar. Anderes kann jedoch dann gelten, wenn der Inländer eine Nennkapitalbeteiligung an einer ausl. Gesellschaft über ein Sondervermögen der Vertragsform hält und ihm diese Beteiligung dann wirtschaftlich zuzurechnen ist.¹⁷² Diese Konstellation ist insofern mit der Beteiligung über eine Personengesellschaft i.S.d. § 7 Abs. 3 AStG vergleichbar.

3. Zwischeneinkünfte

Der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen nur niedrig besteuerte (§ 8 Abs. 3 AStG) passive Einkünfte (§ 8 Abs. 1 AStG); sog. Zwischeneinkünfte. Das InvStG nimmt bei Investmenterträgen keine entsprechende Differenzierung vor. Investmentvermögen können grds. aktive (z.B. Dividenden) und passive (z.B. Anleihezinsen) Einkünfte erzielen. Eine unmittelbare Anwendungskonkurrenz kann sich jedoch nur bei passiven Einkünften ergeben. Aus dem Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 AStG können in bestimmten Fällen insb. die Nr. 6 lit. b, 8 und 9 für Investmentvermögen relevant sein, wohingegen die Nr. 3 und Nr. 7 i.d.R. nicht einschlägig sind.¹⁷³

Liegen passive Einkünfte vor, kann für Investmentvermögen mit Sitz in der EU oder dem EWR die Exkulpationsklausel des § 8 Abs. 2 AStG relevant werden. Dies gilt speziell vor dem Hintergrund, dass § 8 Abs. 2 AStG seit 2013 (§ 21 Abs. 21 S. 3 AStG) auch auf Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter anwendbar ist. Maßgeblich ist, ob es sich bei der typischen Tätigkeit eines Investmentvermögens um eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d.

¹⁷⁰ Reiche, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 68.

¹⁷¹ Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 78.

¹⁷² Vgl. *Ibid.*, 97.

¹⁷³ Lübbchusen, in: Berger/Steck/Lübbchusen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff. InvStG, Rn. 119 ff.

§ 8 Abs. 2 S. 1 AStG handelt. Für Investmentfonds i.S.v. § 1 Abs. 1b InvStG scheint der Nachweis der aktiven wirtschaftlichen Tätigkeit schwierig, da § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 3 InvStG die aktive unternehmerische Bewirtschaftung explizit ausnimmt (siehe B.II.1.). Eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit scheint nur dann möglich, wenn der Investmentfonds selbst entsprechend tätig ist und nicht nur seine Vermögensanlagen passiv verwaltet. Allerdings dürfte für typische Investmentvermögen die Voraussetzung einer festen, sachlich und personell adäquat eingerichteten Geschäftseinrichtung im Ansässigkeitsstaat¹⁷⁴ oft schwer zu erfüllen sein, da der formale Sitz wohl i.d.R. anhand rein rechtlicher Kriterien gewählt wird und die Verwalter des Investmentvermögens nicht bei diesem direkt angestellt sind. Lediglich bei interner Verwaltung (im dt. Recht z.B. gem. § 17 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KAGB) könnte sich Anderes ergeben. Auch der Gesetzgeber will die Verwaltung von Beteiligungen ohne gleichzeitige Ausübung von geschäftsleitenden Funktionen nicht als tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ansehen,¹⁷⁵ was für Investmentfonds im Widerspruch zu § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 3 InvStG steht. Auch wenn der EuGH Holdinggesellschaften in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) einbezieht¹⁷⁶ und der BFH die Übertragung von Kapitalanlagegeschäften auf Managementgesellschaften anerkennt,¹⁷⁷ kann nicht davon ausgegangen werden, dass die kollektive Vermögensanlage zum Nutzen der Anleger regelmäßig eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit darstelle.¹⁷⁸ Zum einem wird bei Publikumsfonds i.d.R. schon kein maßgeblicher Einfluss gegeben und zum anderen wird der Nachweis einer entsprechenden Substanz im Sitzstaat kaum zu führen sein. Vielmehr stellt sich die Frage, ob nicht die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) die Hinzurechnungsbesteuerung bei Investmentvermögen einschränken kann.¹⁷⁹ Im Ergebnis werden Investmentfonds – auch aufgrund des § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 3 InvStG – i.d.R. keine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit i.S.v. § 8 Abs. 2 AStG ausüben und auch Kapital-Investitionsgesellschaften werden die Substanzerfordernisse nur selten erfüllen, wenn sie ein typisches Investmentvermögen darstellen. Keine Überschneidung mit dem InvStG ergibt sich bei bestimmten Holdinggesellschaften, da diese mangels Erfassung im KAGB (siehe B.I.) nicht unter das InvStG fallen.

Für Dachfondsstrukturen kommt als weiterer Nachteil hinzu, dass § 8 Abs. 2 S. 3 AStG die zuzurechnenden Einkünfte nachgeschalteter Zwischengesellschaften mit Sitz im Nicht-EU/EWR-Ausland ausschließt.

Das Merkmal der niedrigen Besteuerung wird bei ausl. Investmentvermögen i.d.R. aufgrund der durchaus üblichen Freistellung der Erträge von regulierten Investmentvermögen erfüllt sein.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Schönfeld/F. Wassermeyer: in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 8 AStG, Rn. 481 ff.

¹⁷⁵ BT-Drs. 16/6290, 92.

¹⁷⁶ EuGH, Rs. C-264/96, Slg. 1998, I-4695 Rn. 21 f.; Köhler/Haun, Ubg 2008, 73 (79).

¹⁷⁷ BFH vom 25.02.2004, BFHE 206, 5 (9).

¹⁷⁸ So jedoch: Angsten, IWB 2014, 48 (55).

¹⁷⁹ Ähnlich auch: Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 203.2; Schönfeld, DB 2007, 80 (82).

¹⁸⁰ Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 175.

III. Rechtsfolgenebene – § 2 Abs. 4 InvStG i.V.m. § 3 Nr. 41 lit. a EStG

Auf Seiten des InvStG normiert § 2 Abs. 4 InvStG die sinnngemäße Anwendung des § 3 Nr. 41 lit. a EStG auf Investorerträge. In § 3 Nr. 41 lit. a EStG werden die Einkünfte steuerfrei gestellt, die bereits im laufenden oder in den vergangenen sieben Jahren der Hinzurechnungsbesteuerung unterlagen, um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden.¹⁸¹ Eine solche Doppelbesteuerung kann sich ergeben, wenn der inl. Anleger i.S.d. § 7 Abs. 1 AStG an einem ausl. Investmentfonds beteiligt ist und § 7 Abs. 7 AStG nicht anwendbar ist. Dies kann ebenfalls der Fall sein, wenn der Anleger an einem ausl. Investmentfonds beteiligt ist, welcher Dividenden von einer ausl. Kapitalgesellschaft bezieht, die vor Ausschüttung bereits beim Anleger gem. § 10 Abs. 1 und 2 AStG hinzugerechnet wurden.¹⁸² Relevant ist ebenfalls, wenn ein inl. Investmentfonds an einer ausl. Zwischengesellschaft beteiligt ist, der Hinzurechnungsbetrag stellt dann beim Anleger mangels Ausschüttbarkeit ausschüttungsgleiche Erträge i.S.v. § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG dar.¹⁸³ Dabei bestimmt § 3 Nr. 41 lit. a EStG jedoch nur die Folgen, wenn der Hinzurechnungsbetrag beim Zurechnungsempfänger tatsächlich der Besteuerung unterlag, aber nicht, wann dies der Fall ist.¹⁸⁴ Dies regelt vielmehr § 10 Abs. 2 S. 1 AStG, der auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG verweist und so die Steuerpflicht begründet.¹⁸⁵

Der Verweis des § 2 Abs. 4 InvStG auf § 3 Nr. 41 lit. a EStG sei als Rechtsfolgenverweis¹⁸⁶ zu qualifizieren und somit auch auf Körperschaftsteuerpflichtige anzuwenden.¹⁸⁷ Angesichts des Wortlautes ist jedoch auch eine Rechtsgrundverweisung denkbar. Eine reine Rechtsfolgenverweisung würde auch die Siebenjahresfrist als Tatbestandsvoraussetzung suspendieren.¹⁸⁸ Auch die Finanzverwaltung formuliert insofern ungenau, wenn sie von einer „entsprechenden“ Anwendung des § 3 Nr. 41 lit. a EStG spricht,¹⁸⁹ § 2 Abs. 4 InvStG hingegen von einer „sinnngemäßen“ Anwendung desselbigen. So kann aufgrund einer fehlenden unmittelbaren Vergleichbarkeit – nach dem InvStG sind neben Ausschüttungen auch ausschüttungsgleiche Erträge steuerbar¹⁹⁰ – richtigerweise nur eine sinnngemäße Anwendung des § 3 Nr. 41 lit. a EStG erfolgen. In Konsequenz dessen sind auch ausschüttungsgleiche Erträge erfasst, da der § 2 Abs. 4 InvStG in seinem Wortlaut keine entsprechende Einschränkung enthält und keine sachliche Rechtfertigung für die Schlechterstellung ausschüttungsgleicher Erträge ersichtlich ist.¹⁹¹ Unbeachtlich ist die ma-

¹⁸¹ von Beckerath, in: Kirchhof (Hrsg.), Kommentar EStG, § 3 EStG, Rn. 119.

¹⁸² BT-Drs. 15/1553, 124 f.

¹⁸³ F. Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 232.

¹⁸⁴ *Ibid.*, Rn. 232.

¹⁸⁵ F. Wassermeyer, RdF 2012, 263 (266).

¹⁸⁶ Lübbchüsen, in: Berger/Steck/Lübbchüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 2 InvStG, Rn. 287, m.w.N.

¹⁸⁷ BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, Tz. 40; a.A.: Heinicke, in: Weber-Grellet (Hrsg.), Kommentar Schmidt EStG, § 3 EStG, Stichwort Hinzurechnungsbesteuerung.

¹⁸⁸ Auch Reichel/Frotscher, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 2 InvStG, Rn. 227 gehen auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Nr. 41 lit. a EStG ein.

¹⁸⁹ BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, Tz. 40.

¹⁹⁰ Lübbchüsen, in: Berger/Steck/Lübbchüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 2 InvStG, Rn. 288.

¹⁹¹ Reichel/Frotscher, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 2 InvStG, Rn. 227; a.A.: BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, Tz. 40.

terielle Identität der erfassten Erträge, d.h. die vom InvStG erfassten Erträge müssen nicht mit den passiven Einkünften deckungsgleich sein, die tatsächlich hinzuge-rechnet wurden.¹⁹²

Der § 2 Abs. 4 InvStG gilt nur für Investmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b InvStG und somit nicht für Kapital-Investitionsgesellschaften, für die § 19 Abs. 4 S. 2 InvStG die Anwendung des § 3 Nr. 41 EStG anordnet. Kommt es zur Umqualifizierung eines thesaurierenden Investmentfonds in eine Kapital-Investitionsgesellschaft (siehe B.II.3.), liegen keine ausschüttungsgleiche Erträge mehr vor, sodass § 3 Nr. 41 EStG über § 19 Abs. 4 InvStG nur noch anwendbar ist, wenn die Erträge tatsächlich ausgeschüttet werden. Insofern ist mittelfristig eine Änderung der Ausschüttungspolitik erforderlich, um die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 41 EStG innerhalb der Siebenjahresfrist zu erlangen.

Weitere Probleme bzgl. des § 3 Nr. 41 EStG werden im Rahmen des § 19 Abs. 4 InvStG näher betrachtet.

IV. Unmittelbare Konkurrenzen

1. Einleitung

Ist ein Investmentvermögen vom InvStG erfasst und erfüllt es die Tatbestands-voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung, kommt es zur unmittelbaren Anwendungskonkurrenz beider Besteuerungsregime.

Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und mit § 7 Abs. 7 AStG eine die Kon-kurrenz auflösende Norm kodifiziert. Dabei wird der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 7 AStG durch den neuen § 19 Abs. 4 InvStG eingeschränkt. Der § 7 Abs. 7 AStG ist nur noch dann relevant, wenn ein Investmentvermögen als In-vestmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b InvStG qualifiziert und gleichzeitig ausl. Gesell-schaft i.S.d. § 7 Abs. 1 AStG ist. Dies ist konsequent, da Kapital-Investitionsgesellschaften weitestgehend nach den allgemeinen Prinzipien besteuert werden (siehe B.III.4.) und auf Rechtsfolgenebene keine Konkurrenz mit speziellen Besteuerungsvorschriften des InvStG besteht. Das InvStG und die Hinzurechnungsbesteuerung stehen insoweit in einem Exklusivitätsverhältnis, wie das InvStG anstrebt, die Besteuerung der betroffenen Investmentfonds abschließend zu re-geln.¹⁹³ Eine Einschränkung dieses Exklusivitätsverhältnisses enthält § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG, der das InvStG im Rahmen der Hinzurechnungsbe-steuerung zur Anwendung kommen lässt. Daraus ergeben sich zahlreiche Konstellationen im Spannungsfeld der §§ 7 Abs. 7 und 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG sowie dem § 19 Abs. 4 InvStG, die im Folgenden eingehend betrachtet werden.

¹⁹² Schönfeld, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 3 Nr. 41 EStG, Rn. 34.

¹⁹³ BFH vom 11.10.2000, BFHE 193, 330 (334) zum damals geltenden § 17 AuslInvestmG.

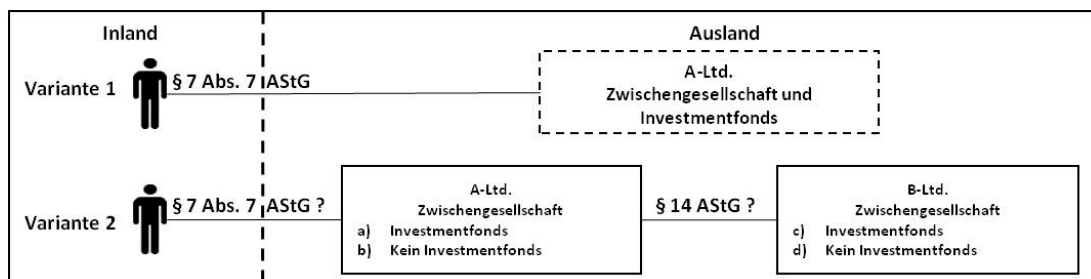
2. Der Vorrang des InvStG gem. § 7 Abs. 7 AStG

a) Grundtatbestand

Werden die Erträge des Investmentfonds auf Ebene des Anlegers in Deutschland besteuert (siehe B.III.2.), besteht kein Bedarf das dt. Besteuerungsniveau mittels der Hinzurechnungsbesteuerung sicherzustellen, weshalb § 7 Abs. 7 AStG die Hinzurechnungsbesteuerung zurückdrängt und § 7 Abs. 1 bis 6a AStG für nicht anwendbar erklärt.

Der § 7 Abs. 7 AStG setzt keine tatsächliche Besteuerung der Einkünfte nach dem InvStG voraus, es reicht wenn auf die betreffenden Einkünfte das InvStG anzuwenden ist.¹⁹⁴ Weshalb bspw. die Steuerbefreiung nach § 2 Abs. 3 InvStG für bestimmte Gewinne aus Immobilienveräußerungen unschädlich ist.¹⁹⁵ Der § 7 Abs. 7 AStG begründet die Subsidiarität der Hinzurechnungsbesteuerung gegenüber dem InvStG, weshalb auch kein Wahlrecht besteht, um bspw. der Strafbesteuerung (siehe B.III.3.) zu entgehen und stattdessen in die Hinzurechnungsbesteuerung zu gelangen.¹⁹⁶

Abb. 1: Anwendung des § 7 Abs. 7 AStG



Quelle: eigene Darstellung

In der Grundkonstellation erfasst § 7 Abs. 7 AStG die Beteiligung an einer Zwischengesellschaft, die zugleich ein Investmentfonds ist (Abb. 1 Var.1). Nicht ausdrücklich erfasst ist von § 7 Abs. 7 AStG der Fall, dass ein Investmentfonds an einer Zwischengesellschaft beteiligt ist (Abb. 1 Var. 2 Fall a und d).¹⁹⁷ Handelt es sich beim Beteiligten um einen inl. Investmentfonds profitiert dieser auf der Fondseingangsseite von § 11 Abs. 1 S. 2 InvStG,¹⁹⁸ welcher als persönliche Steuerbefreiung auch Hinzurechnungsbeträge erfasst.¹⁹⁹ Die Hinzurechnungsbesteuerung auf Ebene der Zwischengesellschaft folgt dann den generellen Vorschriften und wird nicht durch § 7 Abs. 7 AStG beeinflusst.²⁰⁰

¹⁹⁴ Dettmeier/Dörr, BB 2004, 2383 (2386 f.); Krause, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 412.

¹⁹⁵ Reiche, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 173.

¹⁹⁶ *Ibid.*, Rn. 160.

¹⁹⁷ Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 214.

¹⁹⁸ F. Wassermeyer, RdF 2012, 263 (266).

¹⁹⁹ Englisch, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, § 11 InvStG, Rn. 20.

²⁰⁰ Reiche, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 162.

b) Die Rückausnahme des § 7 Abs. 7 letzter HS AStG

Unterliegen die Einkünfte der Zwischengesellschaft dem InvStG kommt die Hinzurechnungsbesteuerung gem. § 7 Abs. 7 letzter HS AStG dennoch zur Anwendung, wenn die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge nach einem DBA von der inl. Bemessungsgrundlage auszunehmen wären. Damit wird eine dt. Besteuerung der ansonsten u.U. komplett steuerfreien Erträge sichergestellt.²⁰¹

Diese Vorschrift erfasst (im Gegensatz zu § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG) die Fondsausgangsseite,²⁰² also den inl. Anleger, der an einem ausl. Investmentfonds beteiligt ist.²⁰³ Die Rückausnahme greife jedoch nur, wenn die Steuerbefreiung aus der unmittelbaren Anwendung eines DBA herrührt, weshalb die Steuerbefreiung nach § 4 Abs. 1 S. 1 InvStG den § 7 Abs. 7 AStG nicht einschränken könne,²⁰⁴ da diese Steuerbefreiung der eines DBA nur nachgebildet sei.²⁰⁵ Dies ist richtig, wenn über § 4 Abs. 1 S. 1 InvStG der Fall erfasst wird, in dem eine DBA-Freistellung beim Anleger mangels abkommenrechtlicher Ansässigkeit des Investmentfonds scheitert,²⁰⁶ muss jedoch eingeschränkt werden, wenn der Investmentfonds selbst abkommensberechtig ist. Ist der Investmentfonds als Kapitalgesellschaft konstruiert – da liegt der Hauptanwendungsfall der Konkurrenz von AStG und InvStG (siehe C.II.1.a)) – dann wird dieser i.d.R. abkommensberechtig sein (Art. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b OECD-MA). Dann wirkt § 4 Abs. 1 S. 1 InvStG rein deklaratorisch.²⁰⁷ Da § 4 Abs. 1 S. 1 InvStG allerdings seinem Wortlaut nach nicht auf ersteren Fall beschränkt ist, muss die obige Aussage dahingehend reduziert werden, dass § 4 Abs. 1 S. 1 InvStG den § 7 Abs. 7 AStG einschränken kann, wenn die Steuerbefreiung daneben auch originär aus einem DBA herrührt. Eine eventuelle Steuerbefreiung des Investmentfonds ist wohl für die Frage der Ansässigkeit i.S.d. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA unschädlich, sofern dieser abstrakt als Steuersubjekt zu betrachten ist;²⁰⁸ ob und wie eine Besteuerung stattfindet ist für Art. 4 Abs. 1 OECD-MA mithin irrelevant.²⁰⁹

Weiterhin sei die Rückausnahme des § 7 Abs. 7 AStG teleologisch zu reduzieren, sodass eine DBA-Freistellung nur noch dann schädlich ist, wenn nicht gleichzeitig eine Freistellung durch das InvStG vorliegt, da eine Begünstigung durch das InvStG und zusätzlich durch ein DBA die Hinzurechnungsbesteuerung auslösen würde.²¹⁰ Konsequenz dieser Reduktion wäre, dass es zur vollständigen Nichtbesteuerung auch niedrig besteuert passiver Einkünfte kommen könnte. Der Gesetzgeber hatte bei der Rückausnahme das Beispiel vor Augen, in dem die Erträge eines Investmentvermögens gem. § 2 Abs. 1 InvStG erfasst und dann auf Anlegerebene auf-

²⁰¹ Reiche, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 173.

²⁰² Krause, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 411.

²⁰³ F. Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 236.

²⁰⁴ Schmitzer/Schachinger, BB 2007, 801 (804); Lübbelshausen, in: Berger/Steck/Lübbelshausen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff., Rn. 113.

²⁰⁵ Reiche, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 173.

²⁰⁶ Vgl. mit Beispiel Fock, IStR 2006, 734 (736).

²⁰⁷ Haase, in: Haase (Hrsg.), Kommentar InvStG, § 4 InvStG, Rn. 116.

²⁰⁸ BFH vom 06.06.2012, BFHE 237, 356 (359).

²⁰⁹ Lehner, in: Vogel/Lehner (Hrsg.), Kommentar DBA, Art. 4 OECD-MA, Rn. 82.

²¹⁰ Krause, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 414.

grund eines DBA-Schachtelprivilegs freigestellt werden.²¹¹ Sieht nun aber das InvStG eine Steuerfreiheit vor und tritt eine Freistellung nach einem DBA hinzu, könnte sich ohne die teleologische Reduktion ein eigentlich doppelter Vorteil in einen Nachteil wandeln. Dennoch ist zum einem fraglich, ob diese teleologische Reduktion mit der grundlegenden Intention des Gesetzgebers, wonach es nicht dazu kommen soll, „dass Einkünfte eines ausländischen Investmentvermögens, auf das die Vorschriften der §§ 7 bis 14 AStG anwendbar sind, aufgrund der Vorrangregelung [...] überhaupt keiner Besteuerung unterliegen“,²¹² vereinbar ist. Zum anderen kann das InvStG an sich nur in seltenen Fällen (z.B. § 2 Abs. 3 InvStG) eine direkte Steuerbefreiung begründen. Fällt bspw. ein bestimmter Ertrag nicht unter die Definition der ausschüttungsgleichen Erträge gem. § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG²¹³ sind diese schon nicht steuerbar.²¹⁴ Weiterhin können ursprünglich nicht von § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG erfasste thesaurierte Erträge im Fall der späteren Ausschüttung beim Anleger steuerbar oder dann u.U. nach einem DBA steuerfrei sein, weshalb § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG letztlich nicht die Rechtsfolgenseite betrifft, auf der eine Steuerfreistellung vorgenommen werden kann.

Ein DBA-Schachtelprivileg – als Hauptanwendungsfall der Rückausnahme des § 7 Abs. 7 letzter HS AStG²¹⁵ – greift nur, wenn es sich um Dividenden im abkommensrechtlichen Sinne handelt. Ob und wann Ausschüttungen und insb. ausschüttungsgleiche Erträge als Dividenden zu subsumieren sind, ist nicht eindeutig. Allein die Tatsache, dass § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG die ausschüttungsgleichen Erträge den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuordnet (siehe B.III.2.), kann diese noch nicht als Dividende i.S. eines DBA qualifizieren. Der Art. 10 Abs. 3 OECD-MA enthält eine eigenständige Definition des Dividendenbegriffs. Dass die nationale Qualifikation der Einkunftsarten mangels einer abkommensrechtlichen Definition auch auf ein DBA durchschlage,²¹⁶ kann daher nicht vorbehaltlos gelten. Vielmehr kann sich eine Erfassung von ausschüttungsgleichen Erträgen aus Art. 10 Abs. 3 letzter HS OECD-MA i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG ergeben, wonach es darauf ankommt, ob der Ansässigkeitsstaat die betreffenden Einkünfte den Einkünften aus Aktien steuerlich gleichstellt. Für Zwecke des § 7 Abs. 7 AStG kann davon ausgegangen werden, dass ein Gesellschaftsanteil²¹⁷ vorliegt, da ansonsten bereits der Anwendungsbereich der Hinzuverdienstbesteuerung nicht eröffnet ist (siehe C.II.2.). Dennoch kann nicht *per se* davon ausgegangen werden, dass Investmenterträge abkommensrechtlich als Dividenden behandelt werden. Nach Auffassung der Finanzverwaltung sind bspw. Erlöse aus der Veräußerung von Zinskupons nicht als Dividende, sondern als vorgezogene Zinserträge zu betrachten,²¹⁸ mithin sollen in den Investmenterträgen enthal-

²¹¹ Vgl. BT-Drs. 15/1553, 132.

²¹² BT-Drs. 15/1518, 16.

²¹³ Vgl. Beispiel von *Krause*, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 412.

²¹⁴ *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff., Rn. 112.

²¹⁵ Auch die Finanzverwaltung bezieht sich ausdrücklich auf das DBA-Schachtelprivileg: vgl. BMF-Schreiben vom 14.05.2004, BStBl. I 2004, Tz. 7.7.

²¹⁶ *Krause*, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 417.

²¹⁷ Vgl. *Schönfeld*, in: Schönfeld/Ditz (Hrsg.), Kommentar DBA, Art. 10 OECD-MA, Rn. 190, wonach dies grundlegende Voraussetzung des Art. 10 Abs. 3 letzter HS OECD-MA ist.

²¹⁸ BMF-Schreiben vom 02.12.2013, 1506. Dieses Schreiben bezieht sich auf das DBA-Luxemburg vom 23.08.1958. Am 30.09.2013 ist das DBA-Luxemburg vom 12.04.2013 in Kraft getreten; vgl. zum neuen DBA: *Schönfeld*, IStR 2012, 834.

tene originäre Zinsen auch nach dem entsprechenden Zinsartikel des DBA behandelt werden.²¹⁹ Eine pauschale Qualifikation von ausschüttungsgleichen Erträge als Dividende für Zwecke eines DBA wird somit seitens der Finanzverwaltung nicht mehr vertreten.²²⁰ Weiterhin soll es sich immer dann nicht um Dividenden handeln, wenn den entsprechenden Erträgen keine Vermögensmehrung zugrunde liegt, was bspw. beim Bondstripping und der Substanzaukehr der Fall sei.²²¹ Dass die nationale Dividendenfiktion des § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG generell nicht auf ein DBA zu übertragen sei,²²² kann mit Hinblick auf Art. 10 Abs. 3 OECD-MA hingegen nicht gelten. Enthält das konkrete DBA oder das entsprechende Protokoll keine spezielle Dividendendefinition ist über Art. 10 Abs. 3 OECD-MA der Rückgriff auf das nationale Recht möglich. Einschränkend ist zu bemerken, dass der BFH²²³ und die Finanzverwaltung²²⁴ das DBA-Schachtelprivileg (Art. 10 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 23 A OECD-MA) nur auf Dividenden anwenden wollen, die der Kapitalbeteiligung entspringen; es folglich zu einem Auseinanderfallen der Dividendendefinition für die Zurechnungsnormen einerseits und dem Schachtelprivileg eines DBA andererseits kommt. Ob diese Reduktion des Wortlautes eines DBA gerechtfertigt ist, muss bezweifelt werden, da ihr offensichtlich das Ziel der Verhinderung einer doppelten Nichtbesteuerung innewohnt,²²⁵ was wohl nicht zulässig ist, sofern keine spezielle Missbrauchsvorschrift existiert.²²⁶ Letztlich ist eine Einzelfallentscheidung anhand des jeweiligen DBA und unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG vorzunehmen. So enthält z.B. der neue Art. 10 Abs. 3 DBA-Luxemburg eine ausdrückliche Nennung von „Ausschüttungen auf Anteilsscheine an einem Investmentvermögen“. Da gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InvStG Ausschüttungen der Kapitalinvestitionsgesellschaft als Einkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gelten, ist die Frage der abkommensrechtlichen Dividendenqualifikation unabhängig von § 7 Abs. 7 AStG insoweit auch für diese relevant.

Aus § 7 Abs. 7 AStG wird deutlich, dass diese Norm nur auf Ausschüttungen und ausschüttungsgleiche Erträge, allerdings nicht auf Zwischengewinne und auch nicht auf Beträge, die über der tatsächlichen Ausschüttung hinaus der Besteuerung nach § 6 InvStG unterliegen, anwendbar ist.²²⁷ Jedoch können auch Zwischengewinne zu Einkünften aus Kapitalvermögen führen (siehe C.III.2.), weshalb diese Nichterfassung inkonsequent sei.²²⁸ Ob Zwischengewinne dann auch abkommensrechtlich als Dividende qualifizieren, ist zweifelhaft. Vielmehr dürften wohl Veräußerungsgewinne vorliegen, die unter Art. 13 Abs. 5 OECD-MA zu fassen sind.²²⁹

Bei gemischten Einkünften der Zwischengesellschaft ist § 7 Abs. 7 AStG nur auf die Zwischeneinkünfte anwendbar, nur insoweit kann überhaupt eine Konkurrenz bestehen. Folglich werden aktive und passive Einkünfte nach dem InvStG be-

²¹⁹ FM Hessen Erlass vom 11.12.2013, FR 2014, 86 (87).

²²⁰ Vgl. zur früheren Auffassung: BMF-Schreiben vom 21.05.1999, FR 1999, 1084.

²²¹ FM Hessen Erlass vom 11.12.2013, FR 2014, 86 (87).

²²² *Ibid.*, 86 (87).

²²³ BFH vom 04.06.2008, BFHE 222, 255 (258 f.) zum DBA-Luxemburg vom 23.08.1958.

²²⁴ Vgl. FM Hessen Erlass vom 11.12.2013, FR 2014, 86 (87).

²²⁵ Vgl. *Teuffel/Hasenberg*, IStR 2008, 724 (725 f.).

²²⁶ *F. Wassermeyer*, in: Wassermeyer (Hrsg.), Kommentar DBA, Art. 1 MA, Rn. 11, 57.

²²⁷ *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff., Rn. 112.

²²⁸ *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 175.

²²⁹ *Schmidt/Blöchle*, IStR 2002, 645 (652).

steuert. Zu einem Auseinanderfallen kann es nur kommen, wenn die passiven Einkünfte aufgrund der DBA-Rückausnahme doch der Hinzurechnungsbesteuerung unterfallen.

c) *Das Verhältnis von § 7 Abs. 7 zu § 14 AStG*

Hält die Zwischengesellschaft Anteile an einem Investmentvermögen, welches ebenfalls als Zwischengesellschaft qualifiziert, stellt sich die Frage, ob § 14 Abs. 1 AStG in Konkurrenz zu § 7 Abs. 7 AStG steht (siehe Abb. 1 Var. 2 Fall b und c). Es ist strittig, ob über den Verweis des § 14 Abs. 1 S. 1 AStG auf die §§ 7-12 AStG auch § 7 Abs. 7 AStG wieder zur Geltung kommen kann.²³⁰ So sei § 7 Abs. 7 AStG über § 14 Abs. 1 AStG rekursiv in der Investmentkette anwendbar.²³¹ Dem ist entgegenzuhalten, dass der § 7 Abs. 7 AStG in seinem Wortlaut nur auf § 7 Abs. 1 bis 6a AStG und nicht auf § 14 AStG verweist, mithin wohl nur die Hinzurechnung erfasst, welche wiederum Voraussetzung für eine Zurechnung ist. Der § 14 Abs. 1 AStG normiert selbst nur eine Zurechnung, daher sei eine „Nicht-Hinzurechnung“ wie es § 7 Abs. 7 AStG anordnet nicht relevant.²³² Dies ist konsequent, denn scheitert bereits die Hinzurechnung aufgrund des § 7 Abs. 7 AStG, kann es keine Zurechnung gem. § 14 Abs. 1 AStG geben; eine direkte Hinzurechnung von der Untergesellschaft sieht das AStG nicht vor. Zu bezweifeln ist auch, ob in der beschriebenen Konstellation überhaupt die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Abs. 7 AStG im Verhältnis zwischen Unter- und Obergesellschaft (siehe Abb. 1 Var. 2) erfüllt werden könnten. Dieses Verhältnis ist, isoliert betrachtet, ein rein ausländisches. Der § 7 Abs. 7 AStG verlangt, dass das InvStG anwendbar ist. Wie das dt. InvStG auf der Fondsausgangseite²³³ bei tiefergehenden Strukturen im Ausland anwendbar sein soll, ist unklar. So erfordert § 7 Abs. 7 AStG eine direkte und nicht nur eine sinngemäße Anwendung wie § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG. Dass die Vorschriften des InvStG den §§ 7-14 AStG in dieser Konstellation als *lex specialis* vorgehen,²³⁴ ist daher zu bezweifeln. Richtig ist hingegen, dass § 14 Abs. 1 AStG dann nicht greifen kann, wenn das nachgeschaltete Investmentvermögen nicht als Kapitalgesellschaft konstruiert ist²³⁵ oder die Obergesellschaft als Investmentfonds eben gem. § 7 Abs. 7 AStG von der Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen ist.²³⁶

²³⁰ So aber: *Krause*, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 387, 423 ff; zweifelhaft: *Euler*, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 181; *Helios/Schmies*, BB 2009, 1100 (1110).

²³¹ *Krause*, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 425.

²³² *F. Wassermeyer*, RdF 2012, 263 (265).

²³³ Vgl. *Krause*, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 7 AStG, Rn. 411.

²³⁴ *Schmitzer/Schachinger*, BB 2007, 801 (810).

²³⁵ *F. Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 7 AStG, Rn. 234.

²³⁶ *Fock*, IStR 2006, 734 (739); *Köhler*, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 214.

3. Der Vorrang des AStG gem. § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG

a) Grundlagen

Auch der § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG regelt das Verhältnis zwischen InvStG und AStG unmittelbar. Er kodifiziert eine explizite Ausnahme von § 7 Abs. 7 AStG für Kapital-Investitionsgesellschaften und erklärt die §§ 7-14 AStG für anwendbar. Ein Ausschließlichkeitsverhältnis von InvStG und AStG wird durch § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG hingegen nicht begründet; die anderen Vorschriften des § 19 Abs. 4 InvStG bleiben gem. § 19 Abs. 4 S. 3 InvStG anwendbar. Dies ist auch nicht notwendig, da für Kapital-Investitionsgesellschaften in der Rechtsfolge weitestgehend die allgemeinen Besteuerungsnormen zur Anwendung kommen (siehe B.III.4.). Ohne § 19 Abs. 4 InvStG müsste man § 7 Abs. 7 AStG seinem Wortlaut nach anwenden und passive, niedrig besteuerte Erträge einer ausl. Kapitalgesellschaft könnten mangels Erfassung von ausschüttungsgleichen Erträgen im Ausland thesauriert werden.²³⁷

Die Rechtsfolge des § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG kann insb. für Kleinanleger problematisch sein, wenn die Kapital-Investitionsgesellschaft fast ausschließlich Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt; eine Beherrschungsbeteiligung demnach nicht mehr relevant ist (siehe C.II.2.). Investiert ein Kleinanleger in ein Kapital-Investitionsgesellschaft, die fast ausschließlich Einkünfte i.S.v. § 7 Abs. 6a AStG erzielt, kann auch dieser Anleger folglich von der Hinzurechnungsbesteuerung (unbewusst) betroffen sein; dieser wird jedoch die durch die §§ 17 und 18 AStG auferlegten Pflichten – wenn überhaupt – wohl nur schwer erfüllen können.²³⁸ Weiterhin ergibt sich für Dachfondsstrukturen die Notwendigkeit, die gesamte Struktur (sämtliche Zielfonds in sämtlichen Ländern) auch im Hinblick auf nachgelagerte Zwischengesellschaften zu durchleuchten, womit ein entsprechender Aufwand und Informationsbedarf einhergeht.²³⁹ Entsprechende Risiken bestehen speziell für Investmentfonds, die sich bisher aufgrund des § 7 Abs. 7 AStG nicht mit der Problematik auseinandergesetzt haben, aber die strengeren Kriterien des § 1 Abs. 1b InvStG nicht mehr erfüllen und als Kapital-Investitionsgesellschaft qualifizieren. Nach Ablauf des Bestandsschutzes im Jahr 2016 (siehe C.II.1.) können diese dann „plötzlich“ mit der Hinzurechnungsbesteuerung konfrontiert sein.²⁴⁰

b) Problematik der Überbesteuerung

Kommt es zur Hinzurechnung, bleiben tatsächlich ausgeschüttete Erträge und Veräußerungsgewinne gem. § 19 Abs. 4 S. 2 InvStG i.V.m. § 3 Nr. 41 EStG steuerfrei. Diese Rechtsfolge ist konsequent, könnte jedoch direkt ohne den Verweis aus § 3 Nr. 41 EStG gefolgert werden, da insb. § 19 Abs. 1 bis 3 InvStG die Anwendung des § 3 Nr. 41 EStG nicht einschränkt. Mithin ist fraglich, ob der § 19 Abs. 4 S. 2 InvStG nicht nur deklaratorischen Charakter hat.

Wird der Verweis auf § 3 Nr. 41 EStG als Rechtsgrundverweisung interpretiert, kommt auch die Siebenjahresfrist des § 3 Nr. 41 EStG zur Anwendung, mit der

²³⁷ BT-Drs. 18/68, 65.

²³⁸ Vgl. *Watrin/Eberhardt*, DStR 2013, 2601 (2605) m.w.N.

²³⁹ *Elser/Stadler*, DStR 2014, 233 (239).

²⁴⁰ *Jesch/Haug*, DStZ 2013, 770 (779).

Folge, dass sich bei späteren Ausschüttungen eine Doppelbesteuerung ergibt.²⁴¹ Eine solche ergibt sich auch, wenn das InvStG nicht berührt ist, dann sind allerdings § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG grds. anwendbar. Für Streubesitzdividenden ergibt sich aufgrund des § 8b Abs. 4 KStG eine entsprechend höhere Doppelbesteuerung. Bei Ausschüttungen von Kapital-Investitions-gesellschaften versagt § 19 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 19 Abs. 4 S. 3 InvStG dagegen die Anwendung von § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG. In der Folge können sich bei Ausschüttungen nach Ablauf der Siebenjahresfrist hohe Belastungen ergeben; bei natürlichen Personen sogar kumuliert über 90%.²⁴² Ob dies der Intention des Gesetzgebers entspricht, ist höchst fraglich. Diese gravierende Folge könnte vermieden werden, wenn man in § 19 Abs. 4 S. 2 InvStG lediglich eine partielle Rechtsgrundverweisung bzw. eine reine Rechtsfolgenverweisung sieht und so die Siebenjahresfrist suspendiert.²⁴³ Dafür spricht zumindest die Interpretation des sehr ähnlichen Verweises in § 2 Abs. 4 InvStG durch Teile der Literatur (siehe C.III.). Allerdings scheint dies auch bei § 19 Abs. 4 S. 2 InvStG angesichts des eindeutigen Wortlautes zweifelhaft und auch die Gesetzesbegründung formuliert „[...] nach § 3 Nummer 41 EStG steuerbefreit [...]“, ²⁴⁴ was für eine uneingeschränkte Rechtsgrundverweisung spricht. Auch stünde diese Auslegung im Einklang mit dem vermutlich rein deklaratorischen Charakter des § 19 Abs. 4 S. 2 InvStG. Weiterhin würden sich nicht zu rechtfertigende Folgen ergeben, weil dann bspw. für Streubesitzdividenden § 8b Abs. 4 KStG und für natürliche Personen § 3 Nr. 40 EStG nicht greifen und sich so ein Vorteil gegenüber nicht unter das InvStG fallenden Beteiligten einer Zwischengesellschaft ergeben würde.²⁴⁵

Darüber hinaus sei auch eine teleologische Reduktion aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Vorschrift nicht möglich.²⁴⁶ Ziel des § 19 Abs. 2 und 4 InvStG ist die Sicherstellung einer entsprechenden Belastung der Erträge der ausl. Kapital-Investitions-gesellschaft. Erfolgt eine solche nicht im Ausland (§ 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 InvStG) soll diese beim inl. Anleger durch eine Hinzurechnung nach den §§ 7-14 AStG erreicht werden (§ 19 Abs. 4 S. 1 InvStG). Es wird deutlich, dass es primär nicht relevant sein kann, ob die Belastung auf Ebene der Gesellschaft oder des Anlegers erfolgt. Dies entspricht insoweit der Zielsetzung der §§ 7-14 AStG.²⁴⁷ Sofern eine entsprechende Belastung erfolgte, sind Ausschüttungen in der Konsequenz steuerfrei zu stellen, um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden.²⁴⁸ Der § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG könnte daher insofern teleologisch reduziert werden, dass § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG trotz des § 19 Abs. 4 S. 3 InvStG nach sieben Jahren weiterhin für Erträge anwendbar bleiben, die bereits hinzugerechnet wurden. So könnte ein Gleichlauf mit der nicht unter das InvStG fallenden Beteiligung an einer Zwischengesellschaft erreicht werden. Dies scheint auch aufgrund des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) geboten. Sachliche Gründe, die eine Ungleichbehandlung

²⁴¹ *Watrín/Eberhardt*, DB 2014, 795 (798).

²⁴² Vgl. mit ausführlichem Beispiel: *Ibid.*, 795 (798 f.).

²⁴³ *Ibid.*, 795 (799).

²⁴⁴ BT-Drs. 18/68, 66.

²⁴⁵ *Watrín/Eberhardt*, DB 2014, 795 (799).

²⁴⁶ *Ibid.*, 795 (800).

²⁴⁷ Vgl. *Schönfeld/F. Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, Vor §§ 7-14 AStG, Rn. 60.

²⁴⁸ *Intemann*, in: Herrmann/Heuer/Raupach (Hrsg.), Kommentar EStG/KStG, § 3 Nr. 41 EStG, Rn. 1.

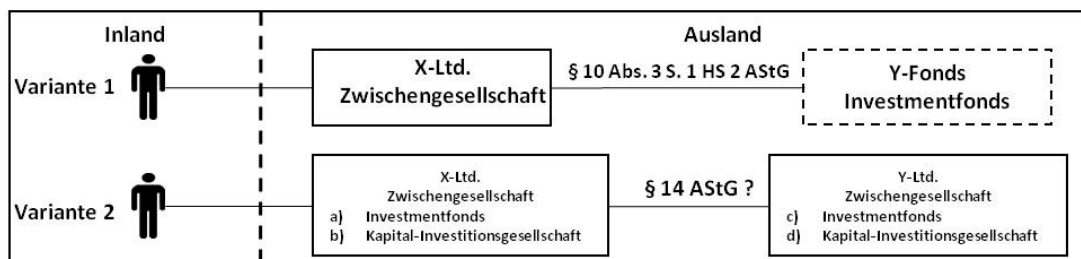
von Anlegern einer „normalen“ Zwischengesellschaft und einer Zwischengesellschaft, die auch Kapital-Investitionsgesellschaft ist, rechtfertigen, sind nicht ersichtlich. Eine solche Auslegung wäre auch systematisch konsequent, da so ein konsistentes System der Ausschüttungsbesteuerung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung geschaffen wird. Weiterhin scheint auch der Gesetzgeber die dargestellte enorme Überbesteuerung nicht intendiert zu haben. So wird zum einen explizit die Vermeidung einer Doppelbesteuerung erwähnt²⁴⁹ und zum anderen heißt es: „Wenn jedoch keine Hinzurechnungsbesteuerung erfolgt ist, [...] bleiben die Vorschriften des § 19 InvStG (insbesondere Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 Satz 3) anwendbar.“²⁵⁰ Daraus kann geschlossen werden, dass § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG eben nur dann suspendiert werden sollen, wenn keine Hinzurechnungsbesteuerung stattfand. Dem Gesetzgeber war wohl nicht bewusst, dass diese Folge auch eintreten kann, wenn eine Hinzurechnungsbesteuerung erfolgte. Dies spricht letztlich dafür, eine teleologische Reduktion zuzulassen. Dem kann auch nicht entgegenstehen, dass § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG ausschließlich auf die Ebene der Kapital-Investitionsgesellschaft abstelle, die Hinzurechnungsbesteuerung hingegen beim Anleger greife.²⁵¹ Vielmehr stellt auch § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG auf den Anleger ab und greift, wie auch die Hinzurechnungsbesteuerung in § 8 Abs. 3 AStG, nur bei der Frage der Vorbelastung auf die ausl. Gesellschaft zurück, weshalb eine Vergleichbarkeit gegeben ist. Zwar kann diese teleologische Auslegung die erwähnte Überbesteuerung teilweise vermeiden, die bestehenden Probleme im Rahmen der Ausschüttung bei „normalen“ Zwischengesellschaften²⁵² bleiben jedoch bestehen.

4. Anwendung des InvStG gem. § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG

a) Tatbestandsebene

Ist eine Zwischengesellschaft an einem Investmentvermögen beteiligt, greift der § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG, wonach die dem Hinzurechnungsbetrag zugrunde liegenden Einkünfte nach dem InvStG zu ermitteln sind. Die Vorschrift erlangt also keine Geltung im Verhältnis des inl. Anlegers zur Zwischengesellschaft.²⁵³

Abb. 2: Anwendung des § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG



Quelle: eigene Darstellung

²⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 18/68, 66.

²⁵⁰ BT-Drs. 18/68, 66.

²⁵¹ *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 (800).

²⁵² Vgl. *Lieber*, FR 2002, 139 (142); *Moser*, Ubg 2014, 263 (264); vgl. zur Problematik im Rahmen der Gewerbesteuer: *Ruff/Wohlfahrt*, Ubg 2009, 496 (500 f.).

²⁵³ *W. Wassermeyer*, IStR 2001, 193 (198).

Die Anwendung des § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG im System der Hinzurechnungsbesteuerung verlangt eine differenzierte Betrachtung: Zuerst ist zu prüfen, ob die Zwischengesellschaft auf der ersten Ebene (Abb. 2 Var. 1 X-Ltd.) als Investmentfonds qualifiziert. Ist dies der Fall, ist das AStG gem. § 7 Abs. 7 AStG nicht anwendbar (zur DBA-Rückausnahme siehe C.IV.2.b)). Der § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG kann nur dann überhaupt greifen, wenn die Hinzurechnungsbesteuerung dem Grunde nach zur Anwendung kommt.²⁵⁴ Im zweiten Schritt sind die Beteiligungen der Obergesellschaft zu untersuchen. Ist diese an einem inl. oder ausl. Investmentfonds beteiligt, greift § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG. Liegt hingegen eine Beteiligung an einer weiteren Zwischengesellschaft (siehe Abb. 2 Var. 2) vor, greift § 14 Abs. 1 AStG. Zur Konkurrenz der §§ 14 Abs. 1 und 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG kommt es nur, wenn die Untergesellschaft gleichzeitig als Investmentfonds i.S.v. § 1 Abs. 1b InvStG qualifiziert (Abb. 2 Var. 1, Fall c) oder die Untergesellschaft wiederum an einem Investmentfonds beteiligt ist. In diesem für Dachfondstrukturen relevanten Fall, habe § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG dann aufgrund der Konkurrenz zu § 14 Abs. 1 AStG auch einen normativen Charakter.²⁵⁵ Ausweislich der Gesetzesbegründung handelt es sich bei § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG hingegen um eine rein klarstellende Vorschrift, da das InvStG bereits unter § 10 Abs. 3 S. 1 HS 1 AStG subsumiert werden kann.²⁵⁶ Im Fall der Beteiligung einer Zwischengesellschaft an einem inländischen Investmentvermögen greift der § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG, da § 14 Abs. 1 AStG mangels Vorliegen einer ausl. Gesellschaft unanwendbar ist.²⁵⁷ Die Konkurrenz sei dahingehend aufzulösen, dass § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG als *lex specialis* den § 14 Abs. 1 AStG verdrängt.²⁵⁸ So solle § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG die steuerliche Transparenz herstellen, wohingegen § 14 Abs. 1 AStG grds. von einem steuerlich intransparenten Vehikel ausgeht.²⁵⁹ Dies scheint sachgerecht, allerdings kann in einer Fondskette nicht über § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG vom untersten Fonds an die Zwischengesellschaft zugerechnet werden, da die investmentsteuerliche Zurechnung auf der zweiten Stufe endet.²⁶⁰ Es sei denn, der Fonds ist eine Untergesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 1 AStG, womit § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG wieder anwendbar wäre. Weiterhin würden über § 14 Abs. 1 AStG mitunter deutlich mehr Erträge erfasst, da die Ausnahmen des § 1 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 InvStG für bestimmte Veräußerungsgewinne dann nicht greifen. Da § 14 Abs. 1 AStG jedoch nur anwendbar ist, wenn der nachgeschaltete Investmentfonds als Kapitalgesellschaft i.S.v. § 7 Abs. 1 AStG qualifiziert, könnte es bei einem Vorrang des § 14 Abs. 1 AStG dann zu einer weiteren Zurechnung kommen, als bei einem Investmentfonds in anderer Rechtsform. Dies wäre kaum zu rechtfertigen²⁶¹ und auch das InvStG will ausl. Investmentfonds grds. rechtsformunabhängig erfassen (siehe C.II.1.a)). Auch würde eine Zurechnung

²⁵⁴ So auch: *Edelmann*, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 10 AStG, Rn. 591; *F. Wassermeyer*, RdF 2012, 263 (265).

²⁵⁵ *Helios/Schmies*, BB 2009, 1100 (1109).

²⁵⁶ BT-DS 12/5630, 81.

²⁵⁷ *F. Wassermeyer*, RdF 2012, 263 (265).

²⁵⁸ *Helios/Schmies*, BB 2009, 1100 (1109); *Fock*, IStR 2006, 734 (737); im Ergebnis auch: *Geurts*, in: Mössner/Fuhrmann (Hrsg.), Kommentar AStG, § 14 AStG, Rn. 43 f.

²⁵⁹ *Fock*, IStR 2006, 734 (737 f.).

²⁶⁰ Vgl. *Helios/Schmies*, BB 2009, 1100 (1109 f.); BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, Tz. 36.

²⁶¹ *Fock*, IStR 2006, 734 (738).

nach § 14 Abs. 1 AStG dann mitunter am Beteiligungskriterium scheitern, wenn man die abgesenkten Beteiligungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 6 AStG nicht auf § 14 Abs. 1 AStG übertragen will.²⁶² Der Vorrang des § 10 Abs. 3 S. 2 HS 2 AStG scheint zu überzeugen, muss jedoch im Zusammenspiel mit dem Tatbestand des § 14 Abs. 1 AStG gesehen werden; im Fall der Konkurrenz ist § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG nur in der Rechtsfolge *lex specialis*.

Dass § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG wiederum die Anwendung des § 7 Abs. 7 AStG auslöse,²⁶³ muss stark bezweifelt werden.²⁶⁴ Vielmehr verlangt § 10 Abs. 3 S. 2 HS 2 AStG nur eine sinngemäße Anwendung des InvStG zur Ermittlung der entsprechenden Einkünfte, wohingegen § 7 Abs. 7 AStG eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften des InvStG statuiert.

b) Rechtsfolgenebene

In der Rechtsfolge des § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG wird die ausl. Zwischengesellschaft so gestellt, als ob sie selbst inl. gewerblicher Anleger in dem betreffenden Investmentvermögen wäre.²⁶⁵ Die §§ 2-4 InvStG kommen bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags grds. zur Anwendung.²⁶⁶ Somit werden auch nicht ausgeschüttete Erträge zu den Einkünften gerechnet, die in den Hinzurechnungsbetrag eingehen.²⁶⁷ Nicht zur Anwendung kommen kann jedoch die Strafbesteuerung des § 6 InvStG (siehe B.III.3.), da nur eine sinngemäße Anwendung vorgesehen ist, es folglich mangels dt. Direktanleger keine Bekanntmachungspflicht geben kann.²⁶⁸ Dies ist mit Dachfondskonstruktionen vergleichbar, bei denen § 6 InvStG wohl ebenfalls nur für den Fonds zur Anwendung gelangt, an dem ein inl. Anleger unmittelbar beteiligt ist.²⁶⁹ In Konsequenz dessen müssen bei mangelnder Bekanntmachung die Einkünfte des nachgeschalteten Fonds geschätzt werden.²⁷⁰ Folge wäre dann aber auch, dass § 6 InvStG für den Anleger zur Anwendung kommt, der neben der mittelbaren Beteiligung über die Zwischengesellschaft auch noch unmittelbar an dem Investmentfonds beteiligt ist.²⁷¹

Probleme im Bereich des § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG können sich weiterhin bei der Einkünftequalifikation ergeben, da die Hinzurechnungsbesteuerung im Gegensatz zum InvStG nur die passiven Einkünfte erfasst (siehe C.II.3.). Der über § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG anwendbare § 2 Abs. 1 InvStG fingiert ausgeschüttete, ausschüttungsgleiche Erträge und den Zwischengewinn einheitlich als Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (siehe B.III.2.). Würde man auf

²⁶² Vgl. *Uterbark*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 14 AStG, Rn. 39; a.A.: *Köhler*, IStR 1994, 105 (108 f.).

²⁶³ *Reiche*, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 164.

²⁶⁴ So wohl auch: *Fock*, IStR 2006, 734 (738).

²⁶⁵ BT-Drs. 12/5630, 81.

²⁶⁶ *Köhler*, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 211.

²⁶⁷ *Vogt*, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 10 AStG, Rn. 71; *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff. InvStG, Rn. 145.

²⁶⁸ *Fock*, IStR 2006, 734 (737); *Euler*, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 185 f.; a.A.: *F. Wassermeyer*, RdF 2012, 263 (266).

²⁶⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, Tz. 204.

²⁷⁰ Vgl. *Ibid.*, Tz. 211 zur vergleichbaren Konstellationen bei ausländischen Spezialfonds.

²⁷¹ Zweifelnd daher: *Schnitgerl/Schachinger*, BB 2007, 801 (809).

diese § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG anwenden, würden sämtliche als Dividenden qualifizierende Investmenterträge aktive Einkünfte darstellen.²⁷² Insoweit komme es auf die Auslegung des § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG an und ob dieser für Investmenterträge einzuschränken ist.²⁷³ Der § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG würde letztlich leerlaufen, da sämtliche Investmenterträge aufgrund des § 2 Abs. 1 InvStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG nicht in den Hinzurechnungsbetrag einfließen.²⁷⁴ Dies ist jedoch bereits zweifelhaft, wenn ein nachgeschalteter Investmentfonds keine Kapitalgesellschaft darstellt, § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG seinem Wortlaut nach jedoch nur auf solche anwendbar ist.²⁷⁵ So enthält § 2 Abs. 1 InvStG nur eine Einkünftefiktion, jedoch keine Rechtsformfiktion.²⁷⁶ Folglich können Erträge aus Investmentfonds, die nicht als Kapitalgesellschaft strukturiert sind, nicht von § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG erfasst werden.²⁷⁷ Auch könnten ausschüttungsgleiche Erträge nur erfasst werden, wenn man einen Gleichlauf von § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG mit § 20 I Nr. 1 EStG bejaht,²⁷⁸ was angesichts des Wortlautes fraglich ist. Eine Erfassung originär passiver Investmenterträge durch § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG sei daher systemwidrig und dieser aufgrund der planwidrigen Erfassung dieser Erträge teleologisch zu reduzieren, indem sämtliche laufende Erträge eines Investmentvermögens vom Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG ausgenommen werden.²⁷⁹

Eine Lösung des Problems ist jedoch auch abseits einer teleologischen Reduktion möglich. Dessen Ursache ist die Anwendung des § 2 Abs. 1 InvStG aufgrund des § 10 Abs. 3 S. 1 AStG,²⁸⁰ wenn bei gemischten Einkünften zuerst sämtliche Einkünfte nach dt. Steuerrecht ermittelt und von diesen dann die aktiven Einkünfte abgezogen oder alternativ die passiven Einkünfte gesondert ermittelt werden.²⁸¹ Jedoch sollte zuerst ermittelt werden, welche Einkünfte ihrem Charakter nach passiv sind. Die Frage, ob Einkünfte dem Grunde nach passiv oder aktiv sind, steht somit vor der Frage, in welcher Höhe passive Einkünfte nach dt. Steuerrecht vorliegen.²⁸² So statuiert § 10 Abs. 3 S. 1 AStG eine entsprechende Anwendung des dt. Steuerrechts bzgl. der „dem Hinzurechnungsbetrag zugrunde liegenden Einkünfte“. Da

²⁷² Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 189.

²⁷³ *Ibid.*, 189.

²⁷⁴ Vgl. Intemann, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 10 AStG, Rn. 71; Vogt, in: Heuermann/Brandis (Hrsg.), Kommentar Blümich, § 10 AStG, Rn. 72; Schönfeld/F. Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 10 AStG, Rn. 326; Schnitger/Schachinger, BB 2007, 801 (809); Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 212.

²⁷⁵ Ähnlich auch: Geurts, in: Mössner/Fuhrmann (Hrsg.), Kommentar AStG, § 14 AStG, Rn. 46.

²⁷⁶ Vgl. Lübbehusen, in: Berger/Steck/Lübbehusen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff. InvStG; Rn. 127; Köhler, in: Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 7 AStG, Rn. 212; Schnitger/Schachinger, BB 2007, 801 (809).

²⁷⁷ Vgl. Lübbehusen, in: Berger/Steck/Lübbehusen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff. InvStG; Rn. 127; a.A.: F. Wassermeyer, RdF 2012, 263 (264).

²⁷⁸ Vgl. Fuhrmann, in: Mössner/Fuhrmann (Hrsg.), Kommentar AStG, § 8 AStG, Rn. 228 m.w.N.

²⁷⁹ Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 196 f.

²⁸⁰ Vgl. Schnitger/Schachinger, BB 2007, 801 (809); Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 204.

²⁸¹ BMF-Schreiben vom 14.05.2004, BStBl. I 2004, Tz. 10.4.1.

²⁸² Ähnlich: Fuhrmann, in: Mössner/Fuhrmann (Hrsg.), Kommentar AStG, § 10 AStG, Rn. 208; Edelmann, in: Kraft (Hrsg.), Kommentar AStG, § 10 AStG, Rn. 658; Lübbehusen, in: Berger/Steck/Lübbehusen (Hrsg.), Kommentar InvG/InvStG, Vor §§ 1ff. InvStG; Rn. 127.

letztlich nur passive Einkünfte dem Hinzurechnungsbetrag zugrunde liegen, ist die Einkünftequalifikation i.S.d. § 8 Abs. 1 AStG folglich notwendige Vorfrage. Konsequenz dessen wäre, dass originär passive Einkünfte nicht durch § 2 Abs. 1 InvStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG aktiv i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG werden könnten, da § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG erst dann greift, wenn die Abgrenzung zwischen passiv und aktiv bereits vorgenommen wurde.²⁸³ Die grundlegenden Probleme bei gemischten Einkünften²⁸⁴ bleiben aber auch bei dieser Methode bestehen und die separate Beurteilung der ersten (Zwischeneinkünfte dem Grunde nach) und zweiten Frage (Zwischeneinkünfte der Höhe nach) verstärkt die Komplexität der Einkünfteermittlung.

Der § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG kann letztlich keine Umqualifizierung von Einkünften bewirken. Auch ausschüttungsgleiche Erträge können nur erfasst werden, wenn diesen passive Tätigkeiten zugrunde liegen oder diese nicht originär unter § 8 Abs. 1 Nr. 8 oder 9 AStG fallen.

c) Besonderheiten bei Kapital-Investmentgesellschaften

Dem § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG ist klar zu entnehmen, dass auch § 14 AStG zur Anwendung gelangen soll. Ist eine Kapital-Investmentgesellschaft an einer weiteren Kapital-Investmentgesellschaft beteiligt (siehe Abb. 2 Var. 2 Fall b und d), kann eine Zurechnung von Zwischeneinkünften daher nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 AStG erfolgen, sofern auch diese Gesellschaft (in Abb. 2 Var. 2 die Y-Ltd.) eine Zwischengesellschaft ist. Ein Vorrang des § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG i.S. einer *lex specialis* ist dann nicht mehr ersichtlich. Ein solcher würde wahrscheinlich auch zu keinen Unterschieden führen, da das InvStG für Investmentgesellschaften keine speziellen Einkünfteermittlungsvorschriften vorsieht (siehe B.III.4.). Sieht man hingegen in § 19 Abs. 2 S. 2 InvStG eine Einkünfteermittlungsvorschrift, würde § 10 Abs. 3 S. 4 AStG den möglichen Vorteil des § 8b KStG verhindern und § 19 Abs. 4 InvStG würde wiederum auf § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG verweisen. Ein solcher „Zirkelverweis“ wäre wohl auch nicht im Sinne des Gesetzgebers. Die Voraussetzungen der §§ 7-14 AStG müssen jedoch isoliert erfüllt sein. Daher scheidet bspw. eine Zurechnung gem. § 14 Abs. 1 AStG, wenn die Untergesellschaft eine Kapital-Investmentgesellschaft i.S.v. § 19 Abs. 1 S. 3 InvStG ist, jedoch als Sondervermögen der Vertragsform nicht die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 AStG erfüllt. Dies ist auch sachgerecht, da § 19 InvStG keine steuerliche Transparenz für entsprechende Vehikel vorsieht, eine hilfsweise Anwendung des § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG scheidet deshalb in diesem Fall aus.

Ist die Kapital-Investmentgesellschaft hingegen an einem Investmentfonds, welcher Zwischengesellschaft ist, beteiligt, kommt es erneut zur Konkurrenz mit § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG (siehe Abb. 2 Var. 2, Fall b und c). Das InvStG differenziert starr zwischen Investmentfonds und Kapital-Investmentgesellschaften und will auf letztere immer die §§ 7-14 AStG anwenden. Eine explizite Regelung für Strukturen, die beide Typen von Investmentvermögen aufweisen, enthält das In-

²⁸³ a.A.: Euler, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen, 187, der keine Differenzierung zwischen aktiv und passiv zulassen will.

²⁸⁴ Vgl. dazu z.B.: Schönfeld/F. Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Kommentar Außensteuerrecht, § 10 AStG, Rn. 224; Intemann, in: Haase (Hrsg.), Kommentar AStG/DBA, § 10 AStG, Rn. 68 ff.

vStG nicht. Bei Dachfondsstrukturen, bei denen der Charakter des Zielfonds nicht hinreichend klar ist, stellt die Finanzverwaltung auf die Erträge des Dachfonds ab und will alle Ausschüttungen der Beteiligungsgesellschaft des Zielfonds als Dividenden des Dachfonds behandeln, unabhängig davon, aus welchen Einkünften die Ausschüttung resultiert.²⁸⁵ Dies kann im Falle eines Investmentfonds als Untergesellschaft jedoch dann nicht weiterhelfen, wenn ausschüttungsgleiche Erträge vorliegen. Vielmehr ist die Situation vergleichbar mit der einer „normalen“ Zwischengesellschaft als Obergesellschaft. Weshalb auch hier der § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG aufgrund der genannten Argumente (siehe C.IV.4.a)) Vorrang haben sollte. Sofern man allerdings das Leerlaufen aufgrund des § 2 Abs. 1 InvStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG bejaht (siehe C.IV.4.a)) könnten dann Investorserträge als aktive Einkünfte in der Obergesellschaft thesauriert werden. Dies ist wohl kaum mit der Zielsetzung des § 19 Abs. 4 S. 1 InvStG vereinbar, wonach genau diese Folge verhindert werden soll (siehe C.IV.3.a)).²⁸⁶ Der Vorrang des § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG steht diesem Ziel jedoch nicht entgegen, denn die Hinzurechnung auf Ebene der Obergesellschaft ist prinzipiell möglich, sofern passive Einkünfte vorliegen. Eine Differenzierung zwischen „normalen“ Zwischengesellschaften und solchen die auch Kapital-Investitionsgesellschaft sind, ist sachlich nicht zu rechtfertigen.

Letztendlich scheint durch § 19 Abs. 4 S. 1 und 3 InvStG klargestellt, dass für Kapital-Investitionsgesellschaften die Hinzurechnungsbesteuerung in ihrer Gänze zur Anwendung gelangen und das InvStG nur im Rahmen des § 19 Abs. 2 InvStG auf Anlegerebene anwendbar bleiben soll. Nur wenn die ausl. Kapital-Investitionsgesellschaft an einem Investmentfonds i.S.v. § 1 Abs. 1b InvStG beteiligt ist, können die §§ 2-4 InvStG über § 10 Abs. 3 S. 1 HS 2 AStG zur Anwendung kommen. Ansonsten sind der ausl. Kapital-Investitionsgesellschaft die Zwischeneinkünfte einer nachgeschalteten Zwischengesellschaft nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 oder 3 AStG zuzurechnen.

D. Abschließende Bemerkungen

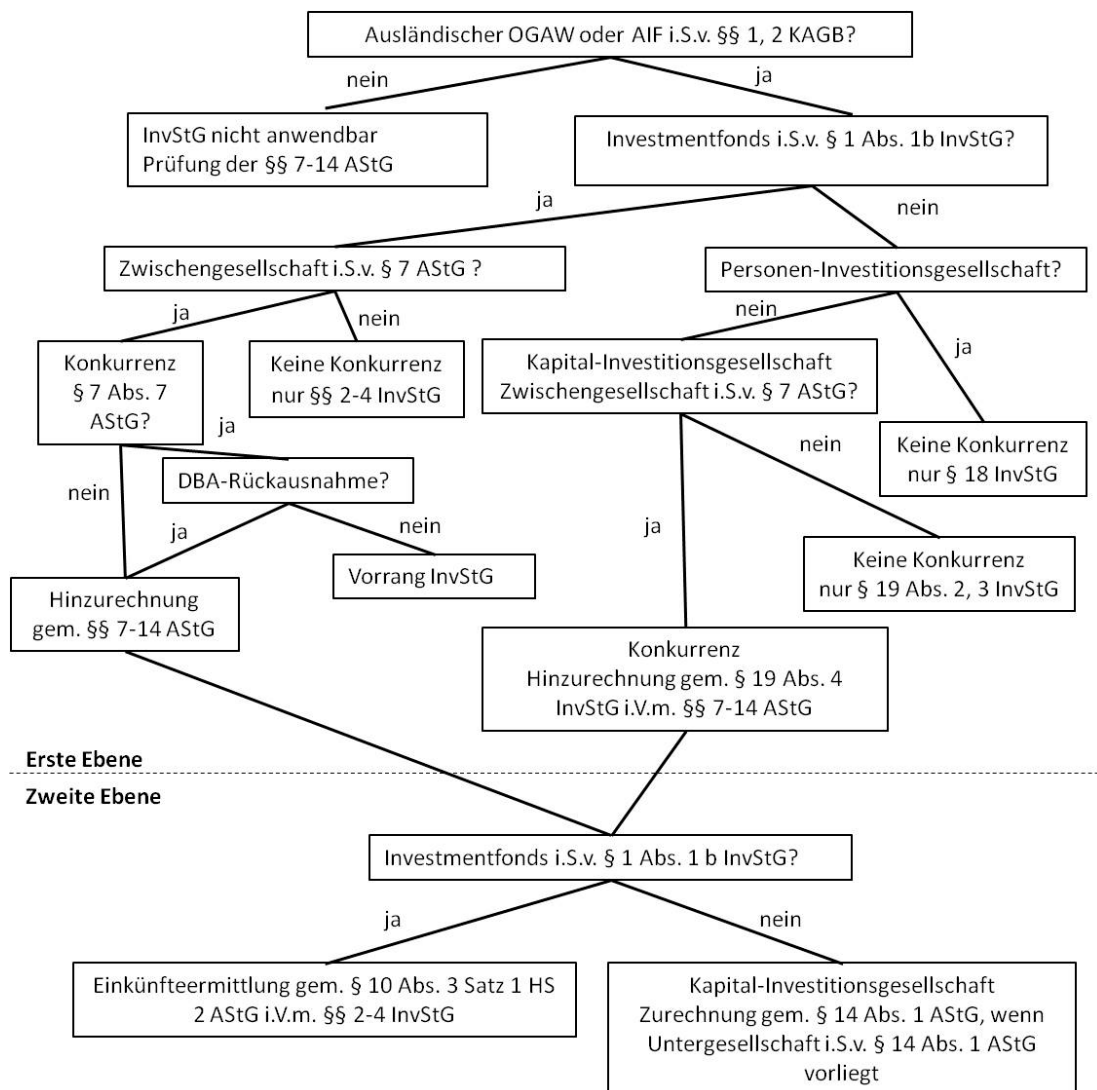
Es wurde deutlich, dass die Besteuerungskonzeption des novellierten InvStG grds. weiterhin dem Transparenzprinzip folgt und sich für Investmentfonds kaum Änderungen ergeben. Dies gilt jedoch ausschließlich für Fonds, welche die strengen Anforderungen des § 1 Abs. 1b InvStG erfüllen. Alle anderen Investmentvermögen werden als Investitionsgesellschaft erfasst. Diese deutliche Erweiterung des Anwendungsbereiches InvStG ist mit umfangreichen Konsequenzen verbunden. Eine ist die Anwendbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung auf Kapital-Investitionsgesellschaften, die den ursprünglichen Vorrang des InvStG verdrängt. Auch wenn der Gesetzgeber das Konkurrenzverhältnis zwischen AStG und InvStG versucht zu regeln, wurde aufgezeigt, dass es in komplexeren Situationen zu Unstimmigkeiten kommt. Dies gilt umso mehr, da auch das Zusammenspiel zwischen InvStG und AStG auf der einen und dem allgemeinen Ertragsteuerrecht auf der anderen Seite nur bedingt harmonisiert.

²⁸⁵ BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, Tz. 36.

²⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 18/68, 65.

Es empfiehlt sich daher das jeweilige ausl. Investmentvermögen streng anhand der vorgegebenen Kriterien in die Besteuerungsregime einzuordnen. So ist erst zu prüfen, ob ein Investmentvermögen i.S.d. § 1 Abs. 2 oder 3 KAGB vorliegt. Dann ist dieses Investmentvermögen anhand der Kriterien des § 1 Abs. 1b InvStG als Investmentfonds oder Investitionsgesellschaft einzuordnen. Auf einer zweiten Stufe sind für das Investmentvermögen die Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung abstrakt vom InvStG zu prüfen. Nur wenn diese erfüllt sind, kann sich überhaupt eine Konkurrenz ergeben. Die folgende Abbildung verdeutlicht in Form eines Prüfungsschemas die Vorgehensweise zur Identifizierung einer eventuellen Konkurrenz.

Abb. 3: Verhältnis des InvStG zu den §§ 7-14 AStG



Quelle: eigene Darstellung

Die Auflösung dieser Konkurrenz kann insb. bei komplexen Investmentstrukturen problembehaftet sein. Das parallele Vorliegen von Investmentfonds und Investitionsgesellschaften in einer mehrstufigen Struktur wurde vom Gesetzgeber nur unzureichend berücksichtigt.

Verwalter der Investmentfonds sollten spätestens bis zum Ablauf des Bestandschutzes die bestehenden Strukturen auf ihre Einordnung unter das InvStG hin

prüfen und diese gegebenenfalls so gestalten, dass eine Erfassung als Investmentfonds weiterhin möglich ist. Aber auch für Anleger gilt es, auf die Struktur des Investmentvermögens zu achten, da sich die Besteuerungsfolgen und Nachweispflichten unmittelbar auf diese beziehen. Dies kann besonders für Anleger in großen Publikumsfonds problematisch werden. Umgangen werden können evtl. Probleme durch eine nur derivative Beteiligung, z.B. mittels Zertifikaten, welche die Wertentwicklung des Investmentvermögens abbilden.

SCHRIFTTUM

- Angsten, Stefan*, Aktuelle Problemstellungen bei Auslandsfonds – Auswirkungen des AIFM-Steueranpassungsgesetzes sowie weitere neue Problemstellungen, Internationale Wirtschaftsbriefe 2014, 48-59.
- Assmann, Heinz-Dieter/Schütze, Rolf A.* (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Auflage, München 2007.
- Bäumel, Swen*, Das neue Investmentsteuerrecht nach AIFM – Überblick über die Neuregelungen, Steuern und Bilanzen (StuB) 2014, 456-462.
- AIFM-Steueranpassungsgesetz: Die geplante Besteuerung von Investmentvermögen (Teil II), Finanzrundschau (FR) 2013, 746-753.
 - Neuregelung der Besteuerung von Investmentvermögen durch das AIFM-Steueranpassungsgesetz – Darstellung am Beispiel der Investment-AG, Steuern und Bilanzen (StuB) 2013, 128-133.
- Beckmann, Klaus/Scholtz, Rolf-Detlev/Vollmer, Lothar* (Hrsg.), Investment – Ergänzbare Handbuch für das gesamte Investmentwesen (Handbuch Investmentwesen), Ergänzungslieferung Juli 2014, Berlin 2014.
- Bellstedt, Christoph*, Beteiligung an ausländischen „Zwischengesellschaften“, Finanzrundschau (FR) 1972, 242-248.
- Berger, Hanno/Steck, Kai-Uwe/Lübbehüsen, Dieter* (Hrsg.), Investmentgesetz Investmentsteuergesetz (Kommentar InvG/InvStG), 1. Auflage, München 2010.
- Breuer, Jakob*, Die Ertragsbesteuerung luxemburgischer Kommanditgesellschaften – Umsetzung der AIFM-Richtlinie und DBA Luxemburg 2012 aus Sicht deutscher Investoren, Internationale Wirtschaftsbriefe (IWB) 2013, 761-770.
- Brezing, Klaus/Krabbe, Helmut/Lempenau, Gerhard/Mössner, Jörg M./Runge, Berndt* (Hrsg.), Außensteuerrecht, 1. Auflage, Herne/Berlin 1991.
- Brielmaier, Bernhard/Wünsche, Sybille*, Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Wathelet in der Rs. van Caster, Internationales Steuerrecht (IStR) 2014, 104-106.
- Demleitner, Andreas*, Die Besteuerung von Kapital-Investitions Gesellschaften, Steuerberater Woche (StBW) 2013, 747-752.
- Dettmeier, Michael/Dörr, Ingmar*, Geplante Änderungen der Unternehmensbesteuerung in den Regierungsentwürfen zum Richtlinien-Umsetzungsgesetz und EG-Amtshilfe-Anpassungsgesetz, Betriebs Berater (BB) 2004, 2382-2387.
- Dietz, Xaver/Liebchen, Daniel*, Zur Anwendung des Betriebsstättenvorbehalts im Ansässigkeitsstaat – Der BFH rückt mit Urteil vom 24.08. 2011 die Verhältnisse wieder gerade, Internationales Steuerrecht (IStR) 2012, 449-455.
- Dyckmans, Jan*, Die Novellierung des Investmentsteuergesetzes durch das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz, Die Unternehmensbesteuerung (Ubg) 2014, 217-230.
- Eberhardt, David*, Abkommensrechtliche Missbrauchsvermeidung bei Investmentvermögen, Internationales Steuerrecht (IStR) 2013, 377-386.
- Ebert, Sabine*, Die Besteuerung alternativer Investmentfonds nach dem neuen InvStG in Deutschland, Der Betrieb (DB) 2014, 8-9.
- Egner, Thomas/Wölfert, Jessica*, Pauschalbesteuerung von Investorserträgen i.S. des § 6 InvStG, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2013, 381-388.

- Elser, Thomas/Stadler, Rainer*, Einschneidende Änderungen der Investmentbesteuerung nach dem nunmehr in Kraft getretenen AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2014, 233-241.
- Entschärfter Kabinettsentwurf zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes an das AIFM-Umsetzungsgesetz verabschiedet, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2013, 225-227.
 - Der Referentenentwurf zum AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – Ausweitung und Verschärfung der Besteuerung nach dem InvStG, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2012, 2561-2569.
- Elser, Thomas/Gütle-Kunz, Jasmin*, Anwendung des InvStG bei Beteiligung an ausländischen Fonds unter Berücksichtigung des neuen Investmentsteuererlasses, Betriebs Berater (BB) 2010, 414-420.
- Euler, Bastian*, Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen im Spannungsfeld zwischen InvStG und Hinzurechnungsbesteuerung (Die Besteuerung von ausländischen Investmentvermögen), 1. Auflage, Aachen 2012.
- Fiand, Andreas*, Die neuen Besteuerungssysteme im aktuellen Investmentsteuergesetz – Grundlegende Änderungen durch das AIFM-StAnpG, Neue Wirtschaftsbriefe (NWB) 2014, 500-507.
- Fischer, Carsten/Friedrich, Till*, Investmentaktiengesellschaft und Investmentkommanditgesellschaft unter dem Kapitalanlagegesetzbuch, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 2013, 153-163.
- Flick, Hans/Wassermeyer, Franz/Baumhoff, Hubertus/Schönfeld, Jens* (Hrsg.), Außensteuerrecht, 72. Ergänzungslieferung, Köln 2014.
- Fock, Till*, Ausländische Investmentvermögen und deutsches Transparenzprinzip, Finanzrundschau (FR) 2006, 369-372.
- Investmentsteuerrecht und Außensteuergesetz, Internationales Steuerrecht (IStR) 2006, 734-739.
- Gebhardt, Ronald/Quilitzsch, Carsten*, Aktivitätsvorbehalte im Abkommensrecht – kann § 20 Abs. 2 AStG die Freistellung aufrechterhalten?, Internationales Steuerrecht (IStR) 2011, 169-173.
- Gottschling, Carolin/Schatz, Christian*, Investmentbesteuerung: praktische Auswirkungen des AIFM-StAnpG insbesondere hinsichtlich ausländischer geschlossener Private Equity-, Immobilien- und Infrastrukturfonds, Internationale Steuerrundschau (ISR) 2014, 30-35.
- Götzenberger, Anton-Rudolf*, Neues Investmentsteuerrecht – Die wichtigsten Änderungen durch den Regierungsentwurf vom. 30.01.2013, Neue Wirtschaftsbriefe Erben und Vermögen (NWB-EV) 2013, 82-86.
- Haase, Florian*, (Hrsg.), Außensteuergesetz Doppelbesteuerungsabkommen (Kommentar AStG/DBA), 2. Auflage, Heidelberg 2012.
- Zweifelsfragen im Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2009, 957-958.
 - (Hrsg.), Investmentsteuerrecht (Kommentar InvStG), 1. Auflage, Stuttgart 2010.
 - /Brändel, Katrin, Investmentsteuerrecht, 1. Auflage, Wiesbaden 2011.
- Hagen, Alexander*, Steuerliche Behandlung und Problemfelder bei Fondsanlagen durch institutionelle Anleger, Die Unternehmensbesteuerung (Ubg) 2008, 337-344.

- Haisch, Martin/Helios, Marcus*, Steuerliche Produktregulierung durch das AIFM-StAnpG – Antworten auf Zweifelsfragen, Finanzrundschau (FR) 2014, 313-325.
- Investmentsteuerreform aufgrund KAGB und AIFM-StAnpG – Änderungen noch möglich, Betriebs Berater (BB) 2013, 1687-1700.
- Helios, Marcus/Schmies, Christian*, Ausländische Investmentanteile i. S. d. § 2 Abs. 9 InvG – Investmentrechtliche Zweifelsfragen des BaFin Rundschreiben 14/2008 (WA) vom 22.12.2008 und steuerrechtliche (Fern-)Wirkungen –, Betriebs Berater (BB) 2009, 1100-1110.
- Höring, Johannes*, Die neue Investmentbesteuerung und die ersten Anwendungs- und Auslegungsschreiben des Bundesfinanzministeriums, Deutsche Steuer-Zeitung (DStZ) 2014, 491-501.
- Herrmann, Carl/Heuer, Gerhard/Raupach, Arndt* (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz (Kommentar EStG/KStG), Lieferung 263, München 2014.
- Heuermann, Bernd/Brandis, Peter* (Hrsg.), Blümich Einkommensteuergesetz Körperschaftsteuergesetz Gewerbesteuergesetz (Kommentar Blümich), Lieferung 122, München 2014.
- Jansen, Bela/Lübbehüsen, Dieter*, Neues Investmentsteuergesetz doch noch im Jahr 2013 – auch der Steuergesetzgeber bescherte uns zu Weihnachten, Recht der Finanzinstrumente (RdF) 2014, 28-38.
- Grundlegende Änderungen des Investmentsteuergesetzes geplant – Ausweitung der Strafbesteuerung, Recht der Finanzinstrumente (RdF) 2013, 41-50.
- Jesch, Thomas/Haug, Felix*, Das neue Investmentsteuergesetz: Nach der Reform ist vor der Reform, Deutsche Steuer-Zeitung (DStZ) 2014, 345-352.
- Das neue Investmentsteuerrecht, Deutsche Steuer-Zeitung (DStZ) 2013, 770-781.
- Kaminski, Bert*, Aktivitätsvorbehalte und ihre Bedeutung für die DBA-Anwendung, Steuer und Wirtschaft (StuW) 2007, 275-284.
- Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Einkommensteuergesetz (Kommentar EStG), 13. Auflage, Köln 2014.
- Kleutgens, Ingo/Geißler, Cornelia*, Internationale Aspekte des Investmentsteuergesetzes auf der Grundlage des AIFM-Steueranpassungsgesetzes, Internationales Steuerrecht (IStR) 2014, 280-286.
- Köhler, Stefan/Haun, Jürgen*, Kritische Analyse der Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung durch das JStG 2008, Die Unternehmensbesteuerung (Ubg) 2008, 73-88.
- Köhler, Stefan*, Die relevanten Beteiligungshöhe für die Zurechnung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter nachgeschalteter Gesellschaften im AStG, Internationales Steuerrecht (IStR) 1994, 105-109.
- Kraft, Gerhard* (Hrsg.), Außensteuergesetz (Kommentar AStG), 1. Auflage, München 2009.
- */Richter, Konrad/Moser, Till*, Genussrechte als Gestaltungsinstrument im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7-14 AStG, Der Betrieb (DB) 2014, 85-88.
 - */Mengel, Andreas*, Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaatsdividenden in DBA-Situationen, Internationales Steuerrecht (IStR) 2014, 309-313.

- Lieber, Bettina*, Neuregelung der Hinzurechnungsbesteuerung durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, Finanzrundschau (FR) 2002, 139-151.
- Moser, Till*, Defizite beim Zusammenspiel des § 8b Abs. 4 KStG mit den §§ 7 bis 14 AStG – ein Belastungsvergleich von Offshore-Gestaltungen mit reinen Inlandsstrukturen, Die Unternehmensbesteuerung (Ubg) 2014, 263-265.
- Mössner, Jörg Manfred/Fuhrmann, Sven* (Hrsg.), Außensteuergesetz (Kommentar AStG), 2. Auflage, Herne 2011.
- Neugebauer, Jan/Fort, Eric*, Die neue Kommanditgesellschaft und die Umsetzung der AIFM-Richtlinie in Luxemburg, Internationales Steuerrecht (IStR) 2014, 247-254.
- Obermann, Achim/Brill, Michael/Heeren, Stefanie*, Konsolidierungen in der Fondsin-
dustrie – Eine Untersuchung der aufsichtsrechtlichen und steuerrechtlichen Be-
handlung der Verschmelzung von inländischen Sondervermögen und Investmen-
taktiengesellschaften, Deutsche Steuer-Zeitung (DStZ) 2009, 152-165.
- Patzner, Andreas/Wiese, Frank*, Neuordnung der Investmentbesteuerung bei der Um-
setzung der AIFM-Richtlinie durch das AIFM-Steueranpassungsgesetz, Internati-
onales Steuerrecht (IStR) 2013, 73-76.
- */Kempf, Ludger J.*, Investmentsteuergesetz (Kommentar InvStG), 1. Auflage, Ba-
den-Baden 2012.
- Petzschke, Ina*, Die Besteuerung deutscher Immobilieninvestments eines Luxemburger
FCP – Ertragsteuerliche Behandlung des Fonds Commun des Placement und sei-
ner deutschen Anleger (Die Besteuerung deutscher Immobilieninvestments eines
Luxemburger FCP), 1. Auflage, Berlin 2012.
- Rockel, Stefan/Patzner, Andreas*, Handels- und steuerbilanzielle Behandlung von In-
vestmentfondsanteilen im Vergleich zu den Neuregelungen des UntStRefG 2008
für die private Kapitalanlage, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2008, 2122-2128.
- Rohde, Konrad/Neumann, Steffen*, Besteuerung von Erträgen aus intransparenten
Publikums-Investmentvermögen bei Privatanlegern, Finanzrundschau (FR) 2012,
247-254.
- Ruf, Martin/Wohlfahrt, Beate*, Gewerbesteuerliche Folgen der Hinzurechnungsbeste-
uerung, Die Unternehmensbesteuerung (Ubg) 2009, 496-501.
- Schmidt, Christian/Blöchle, Daniel*, Einkünfte aus Auslandsinvestmentfonds bei An-
wendung von Doppelbesteuerungsabkommen – Zugleich grundsätzliche Überle-
gungen zur Relevanz des Abkommensrechts bei der Einkünftezurechnung, Inter-
nationales Steuerrecht (IStR) 2002, 645-652.
- Schnitger, Arnel/Fehrenbacher, Oliver* (Hrsg.), Kommentar Körperschaftsteuer KStG
(Kommentar KStG), 1. Auflage, Wiesbaden 2012.
- Schnitger, Arnel/Schachinger, Oliver*, Das Transparenzprinzip im Investmentsteuere-
gesetz und seine Bedeutung für das Zusammenwirken mit den Vorschriften über die
Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7 ff. AStG, Betriebs Berater (BB) 2007,
801-810.
- Schönfeld, Jens*, Die Besteuerung von Dividenden nach dem neuen DBA-Luxemburg,
Internationales Steuerrecht (IStR) 2012, 834-837.
- EuGH konkretisiert Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu
Drittstaaten: Mögliche Konsequenzen und offene Fragen aus steuerlicher Sicht –

- Zugleich Anmerkung zu EuGH-Urteil vom 3.10.2006 – Rs. C-452/04, Fidium Finanz AG, Der Betrieb (DB) 2007, 80-82.
- /Ditz, Xaver (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen (Kommentar DBA), 1. Auflage, Köln 2013.
 - Simonis, Marco/Grabbe, Jan/Faller, Patrick*, Neuregelungen der Fondsbesteuerung durch das AIFM-StAnpG, Der Betrieb (DB) 2014, 16-22.
 - Strunk, Günther/Kaminski, Bert/Köhler, Stefan* (Hrsg.), Außensteuergesetz, Doppelbesteuerungsabkommen (Kommentar AStG/DBA), 37. Ergänzungslieferung, Bonn 2014.
 - Tappen, Falko/Mehrkhah, Elnaz*, Die geplanten Änderungen des Investmentsteuergesetzes – Zentrale Inhalte des AIFM-StAnpG, Internationale Wirtschaftsbriefe (IWB) 2013, 239-244.
 - Teufel, Tobias/Hasenberg, Rudi*, Keine DBA-Schachtelfreistellung für Einkünfte aus typisch stiller Beteiligung an Luxemburger AG – Anmerkung zum Urteil des BFH vom 4.6.2008, I R 62/06, Internationales Steuerrecht (IStR) 2008, 724-728.
 - Vogel, Klaus/Lehner, Moris* (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen (Kommentar DBA), 5. Auflage, München 2008.
 - Wassermeyer, Franz* (Hrsg.), Doppelbesteuerung (Kommentar DBA), 126. Ergänzungslieferung, München 2014.
 - Verhältnis des InvStG zu Vorschriften des AStG und des EStG, Recht der Finanzinstrumente (RdF) 2012, 263-269.
 - Wassermeyer, Wolf*, Ausländische Investmentfonds im Internationalen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht (IStR) 2001, 193-203.
 - Watrin, Christoph/Eberhardt, David*, Problembereiche der Anlegerbesteuerung bei Kapital-Investitions Gesellschaften, Der Betrieb (DB) 2014, 795-801.
 - Ausschüttungen im System der Hinzurechnungsbesteuerung nach der Neufassung von § 8b Abs. 4 KStG, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2013, 2601-2607.
 - Weber-Grellet, Heinrich* (Hrsg.), Schmidt Einkommensteuergesetz (Kommentar Schmidt EStG), 33. Auflage, München 2014.
 - Wiedemann, Herbert*, Alte und neue Kommanditgesellschaften, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2013, 1041-1046.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5
- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1

- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krengel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0
- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5

- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0
- Heft 39 Nicole Steinat, Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group, August 2005, ISBN 3-86010-796-8

- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO), August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, Chains Across the Rhine, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a “Learning Network” into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), Philip C. Jessup's *Transnational Law* Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht, März 2006, ISBN 3-86010-828-X
- Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März 2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4
- Heft 54 Nikolai Fichtner, The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive – Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications –, April 2006, ISBN (10) 3-86010-834-4, ISBN (13) 978-3-86010-834-5
- Heft 55 Anne Reinhardt-Salcinovic, Informelle Strategien zur Korruptionsbekämpfung – Der Einfluss von Nichtregierungsorganisationen am Beispiel von Transparency International –, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-840-9, ISBN (13) 978-3-86010-840-6
- Heft 56 Marius Rochow, Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-842-5, ISBN (13) 978-3-86010-842-0
- Heft 57 Christian J. Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, Juni 2006, ISBN (10) 3-86010-843-3, ISBN (13) 978-3-86010-843-7
- Heft 58 Sandy Hamelmann, Internationale Jurisdiktionskonflikte und Vernetzungen transnationaler Rechtsregime – Die Entscheidungen des Panels und des Appellate Body der WTO in Sachen “Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages” –, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-850-6, ISBN (13) 978-3-86010-850-5
- Heft 59 Torje Sunde, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-849-2, ISBN (13) 978-3-86010-849-9

- Heft 60 Kay Wissenbach, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, August 2006, ISBN (10) 3-86010-852-2, ISBN (13) 978-3-86010-852-9
- Heft 61 Sebastian Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen – Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO?, September 2006, ISBN (10) 3-86010-860-3, ISBN (13) 978-3-86010-860-4
- Heft 62 Daniel Kirmse, Cross-Border Delisting – Der Börsenrückzug deutscher Aktiengesellschaften mit Zweitnotierungen an ausländischen Handelsplätzen, Oktober 2006, ISBN (10) 3-86010-861-1, ISBN (13) 978-3-86010-861-1
- Heft 63 Karoline Kampermann, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität, Dezember 2006, ISBN (10) 3-86010-879-4, ISBN (13) 978-3-86010-879-6
- Heft 64 Maria Pätz, Die Auswirkungen der Zinsrichtlinie innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz, April 2007, ISBN 978-3-86010-904-5
- Heft 65 Norman Hölzel, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und *Zementkartell*, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-903-8
- Heft 66 Karsten Nowrot, Netzwerke im Transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-908-3
- Heft 67 Marzena Przewlocka, Die rechtliche Regelung von Directors' Dealings in Deutschland und Polen – unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz –, Juni 2007, ISBN 978-3-86010-909-0
- Heft 68 Steffen Fritzsche, Open Skies EU-USA – an extraordinary achievement!? August 2007, ISBN 978-3-86010-933-5
- Heft 69 Günter Hirsch, Internationalisierung und Europäisierung des Privatrechts, September 2007, ISBN 978-3-86010-922-9
- Heft 70 Karsten Nowrot, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments: Complementary or Exclusionary Approaches to Good Corporate Citizenship? Oktober 2007, ISBN 978-3-86010-945-8
- Heft 71 Martin Brenncke, Is “fair use” an option for U.K. copyright legislation? November 2007, ISBN 978-3-86010-963-2
- Heft 72 Rainer Bierwagen, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten der EG – ein Meilenstein in der Reformdebatte? November 2007, ISBN 978-3-86010-966-3
- Heft 73 Murad L. Wisniewski, Employee involvement in multinational corporations – A European perspective, Februar 2008, ISBN 978-3-86010-996-0
- Heft 74 Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, March 2008, ISBN 978-3-86829-011-0

- Heft 75 Christian Tietje/Bernhard Kluttig, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und –übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Mai 2008, ISBN 978-3-86829-035-6
- Heft 76 Daniel Scharf, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, ISBN 978-3-86829-048-6
- Heft 77 Martina Franke, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, August 2008, ISBN 978-3-86829-069-1
- Heft 78 Christian Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, September 2008, ISBN 978-3-86829-071-4
- Heft 79 Martin Brenncke, The EU Roaming Regulation and its non-compliance with Article 95 EC, October 2008, ISBN 978-3-86829-078-3
- Heft 80 Katharina Winzer, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, November 2008, ISBN 978-3-86829-083-7
- Heft 81 Jürgen Bering, Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘ nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Dezember 2008, ISBN 978-3-86829-101-8
- Heft 82 Clemens Wackernagel, Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-103-2
- Heft 83 Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-105-6
- Heft 84 Martina Franke, Historische und aktuelle Lösungsansätze zur Rohstoffversorgungssicherheit, Februar 2009, ISBN 978-3-86829-127-8
- Heft 85 Hans Tietmeyer, Währungs- und Finanzmarktstabilität als Aufgabe – Rückblick und Perspektiven, März 2009, ISBN 978-3-86829-119-3
- Heft 86 Wolfgang Ramsteck, Die Germany Trade and Invest GmbH und die Reformen der Außenwirtschaftsförderung des Bundes: Eine Kopie des britischen Ansatzes?, März 2009, ISBN 978-3-86829-129-2
- Heft 87 Sven Leif Erik Johannsen, Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention, April 2009, ISBN 978-3-86829-131-5
- Heft 88 Koresuke Yamauchi, Das globale Internationale Privatrecht im 21. Jahrhundert – Wendung des klassischen Paradigmas des IPRs zur Globalisierung, Mai 2009, ISBN 978-3-86829-148-3
- Heft 89 Dana Ruddigkeit, Border Tax Adjustment an der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels, Juli 2009, ISBN 978-3-86829-151-3

- Heft 90 Sven Leif Erik Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, August 2009, ISBN 978-3-86829-155-1
- Heft 91 André Duczek, Rom II-VO und Umweltschädigung – Ein Überblick, September 2009, ISBN 978-3-86829-175-9
- Heft 92 Carsten Quilitzsch, Projektfinanzierung als Mittel zur Umsetzung inter-nationaler Rohstoffvorhaben, Oktober 2009, ISBN 978-3-86829-183-4
- Heft 93 Christian Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, Februar 2010, ISBN 978-3-86829-218-3
- Heft 94 Carsten Quilitzsch, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung bei gewerblichen Betriebsstätten und Tochterkapitalgesellschaften in der Europäischen Union – Eine ökonomische Analyse, März 2010, ISBN 978-3-86829-259-6
- Heft 95 Christian Maurer, Die gesetzlichen Maßnahmen in Deutschland zur Finanzmarktstabilisierung 2008 und 2009 – verfassungs- und europarechtliche Probleme, April 2010, ISBN 978-3-86829-273-2
- Heft 96 Karsten Nowrot, International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism, Mai 2010, ISBN 978-3-86829-276-3
- Heft 97 Diemo Dietrich/Jasper Finke/Christian Tietje, Liberalization and Rules on Regulation in the Field of Financial Services in Bilateral Trade and Regional Integration Agreements, Juni 2010, ISBN 978-3-86829-278-7
- Heft 98 Stefan Hoffmann, Bad Banks als Mittel zur Bewältigung der Wirtschaftskrise – Ein Vergleich der Modelle Deutschlands, der Schweiz, der Vereinigten Staaten und Großbritanniens, Juli 2010, ISBN 978-3-86829-283-1
- Heft 99 Alexander Grimm, Das Schicksal des in Deutschland belegenen Vermögens der Limited nach ihrer Löschung im englischen Register, September 2010, ISBN 978-3-86829-293-0
- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3

- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2
- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0
- Heft 116 Steffen Herz, Emissionshandel im Luftverkehr: Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen?, Januar 2012, ISBN 978-3-86829-447-7
- Heft 117 Maria Joswig, Die Geschichte der Kapitalverkehrskontrollen im IWF-Übereinkommen, Februar 2012, ISBN 978-3-86829-451-4
- Heft 118 Christian Pitschas/Hannes Schloemann, WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality is Enough (but May not Be Necessary) – The WTO Dispute Settlement Case “European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products”, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-484-2
- Heft 119 Karl M. Meessen, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-488-0

- Heft 120 Christian Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, Juni 2012, ISBN 978-3-86829-495-8
- Heft 121 Susen Bielech, Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers, Juli 2012, ISBN 978-3-86829-500-9
- Heft 122 Karsten Nowrot, Ein notwendiger „Blick über den Tellerrand“: Zur Ausstrahlungswirkung der Menschenrechte im internationalen Investitionsrecht, August 2012, ISBN 978-3-86829-520-7
- Heft 123 Henrike Landgraf, Das neue Komitologieverfahren der EU: Auswirkungen im EU-Antidumpingrecht, September 2012, ISBN 978-3-86829-518-4
- Heft 124 Constantin Fabricius, Der Technische Regulierungsstandard für Finanzdienstleistungen – Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 AEUV, Februar 2013, ISBN 978-3-86829-576-4
- Heft 125 Johannes Rehahn, Regulierung von „Schattenbanken“: Notwendigkeit und Inhalt, April 2013, ISBN 978-3-86829-587-0
- Heft 126 Yuan Wang, Introduction and Comparison of Chinese Arbitration Institutions, Mai 2013, ISBN 978-3-86829-589-4
- Heft 127 Eva Seydewitz, Die Betriebsaufspaltung im nationalen und internationalen Kontext – kritische Würdigung und Gestaltungsüberlegungen, August 2013, ISBN 978-3-86829-616-7
- Heft 128 Karsten Nowrot, Bilaterale Rohstoffpartnerschaften: Betrachtungen zu einem neuen Steuerungsinstrument aus der Perspektive des Europa- und Völkerrechts, September 2013, ISBN 978-3-86829-626-6
- Heft 129 Christian Tietje, Jürgen Bering, Tobias Zuber, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, März 2014, ISBN 978-3-86829-671-6
- Heft 130 Stephan Madaus, Help for Europe’s Zombie Banks? – Open Questions Regarding the Designated Use of the European Bank Resolution Regime, Juli 2014, ISBN 978-3-86829-700-3
- Heft 131 Frank Zeugner, Das WTO Trade Facilitation-Übereinkommen vom 7. Dezember 2013: Hintergrund, Analyse und Einordnung in den Gesamtkontext der Trade Facilitation im internationalen Wirtschaftsrecht, Oktober 2014, ISBN 978-3-86829-735-5
- Heft 132 Joachim Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, November 2014, ISBN 978-3-86829-739-3
- Heft 133 Konrad Richter, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuergesetz, März 2015, ISBN 978-3-86829-744-7