Investmentsteuergesetz

Kommentar

von
Florian Haase

1. Auflage

Investmentsteuergesetz – Haase

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Kapitalanlagerecht – Steuerrecht

Schäffer-Poeschel 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de
ISBN 978 3 7910 2991 7

SCHÄFFER
POESCHEL

Einleitung

		Rn.
A.	Zwecksetzung und Bedeutung	1
I.	InvStG	1
II.	InvG	8
B.	Historie	14
C.	Gesetzesüberblick	22
D.	Verhältnis zu anderen Gesetzen	48
I.	Verhältnis zum EStG, KStG und GewStG	48
II.	Verhältnis zum Außensteuergesetz (§§ 7 ff. AStG)	54
III.	Verhältnis zum DBA-Recht	60
E.	Regelungstechnik	69
I.	Trennung zwischen Fonds- und Anlegerebene	70
II.	Transparenzprinzip	75
III.	Besteuerung wie bei einer Direktanlage	82
IV.	Interdependenzen zwischen Fonds- und Anlegerebene	86
V.	Fondseingangs- und Fondsausgangsseite	90
F.	Verfassungs- und Europarechtskonformität	93
G.	Jüngste Entwicklungen	100

A. Zwecksetzung und Bedeutung

I. InvStG

Die in den vergangenen 15 Jahren besonders spürbar gewordene Produktvielfalt im Investmentwesen allgemein und an den Kapitalmärkten im Besonderen ist für den Investmentstandort Deutschland nicht ohne Folgen geblieben (zur Bedeutung von Investmentfonds prägnant *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, Frankfurt 2009, 23 ff.). Der Erfindungsreichtum von Banken, Fondsinitiatoren und nicht zuletzt Beratern (vgl. zu Steuergestaltungen mit Investmentfonds beispielsweise *Lechner*, BB 2005, 1771; *Kroschewski/Reiche*, IStR 2006, 1730), die Globalisierung der Märkte sowie der Erfolgsdruck von Emittenten und so manches Anlegers haben zu einer **Komplexität der Anlageprodukte** im Bereich der Investmentfonds geführt, die auch für den Kundigen nicht immer ohne weiteres zu durchschauen ist (zu ausgewählten Praxisfragen des Investmentsteuerrechts vgl. *Bäuml*, FR 2008, 174 sowie *Krause/Schmitt/Sradj*, DStR 2009, 2283). **1**

Nicht stets war die Fortentwicklung der angebotenen Anlageformen dabei primär steuergetrieben; auch gesellschafts-, wertpapier-, gemeinschafts- und insbesondere aufsichtsrechtliche Vorgaben erschweren den Zugang zu jener **Querschnittsmaterie**, die sich mit Investmentfonds sowie Investmentanteilen und damit Investmentvermögen im weitesten Sinne beschäftigt. Der deutsche Gesetzgeber steht zudem vor dem Problem, teilweise widerstreitende Interessen einen zu müssen: Einerseits besteht unzweifelhaft ein hoher Konkurrenzdruck am nationalen Kapitalmarkt, der auf internationalem Parkett zusätzlich durch einen Wettbewerb der Investitionsstandorte flankiert wird, andererseits darf auch der Anlegerschutz nicht aus dem Blickfeld verloren werden. **2**

Vor diesem Hintergrund verlangen sämtliche unmittelbaren oder mittelbaren Investments in Form einer Partizipation an Investmentvermögen nach besonderen Regeln, die die Besteuerungssituation des Investmentvermögens und insbesondere des jeweiligen Anlegers behandeln (zu Besonderheiten bei der Besteuerung und Bilanzierung in- und ausländischer Invest- **3**

mentvermögen *Wellisch/Quast/Lenz*, BB 2008, 490). Dies sind die Regeln des InvStG vom 15. 12. 2003 (mit späteren Änderungen). Sie müssen sich dabei an den vorgenannten Problemfeldern messen lassen: Der Gesetzgeber hatte es sich mit dem **Investmentmodernisierungsgesetz** (Gesetz vom 15. 12. 2009, BGBl I 2003, 2676), das dem InvStG zugrunde liegt, zum Ziel gesetzt, die Wettbewerbs- und Leistungsfähigkeit sowie die Attraktivität des Investmentstandortes Deutschland zu erhöhen und die Ausweichbestrebungen deutscher Investmentfonds in das europäische Ausland einzudämmen (vgl. insoweit die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 15/1553; dazu auch *Baur*, Das Investmentsteuergesetz – Besteuerung von Anteilen im Betriebsvermögen, Saarbrücken 2006, 17 f. und *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, Frankfurt 2009, 25 ff.). In diesem Kontext bietet das InvStG erstmals eine **einheitliche gesetzliche Grundlage** für die Besteuerung von in- und ausländischen Investmentfonds und von deren Anlegern.

4 Die **Zwecksetzung des InvStG** lässt sich mithin zusammenfassend wie folgt charakterisieren: (1) Schaffung eines einheitlichen, verständlichen und bei der Gesetzesanwendung einfach zu handhabenden Regelungsrahmens für steuerliche Bestimmungen bezüglich der Fonds und bezüglich privater oder betrieblicher Anleger (dazu speziell *Baur*, Das Investmentsteuergesetz – Besteuerung von Anteilen im Betriebsvermögen, Saarbrücken 2006; *Hils*, DB 2009, 1151; jüngst OFD Rheinland, Vfg. v. 08. 05. 2009, S-1980 – 1001 St 2), (2) einheitliche Kodifizierung der Regeln für in- und ausländische Investmentfonds und (3) die – im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage – jedenfalls im Grundsatz durchgehaltene Gleichbehandlung in- und ausländischer Fonds (dazu jüngst *Schönbach/Gnutzmann*, BB-Spezial 1/2010, 30).

5 Dass das Ziel der erleichterten Gesetzesanwendung tatsächlich erreicht worden ist, wird mit guten Gründen im Fachschrifttum bestritten (statt vieler *Wenzel* in Blümich, Vor § 1 Rn. 13; a. A. *Storg* NWB Fach 3 12999). Insbesondere im Bereich des Reportings bzw. der Zertifizierung nach § 5 InvStG sieht sich der Rechtsanwender vor teilweise kaum lösbare **Verständnis- und Praxisprobleme** gestellt. Als Beispiele seien der Umgang mit täglich ausschüttenden Investmentvermögen, die unterschiedliche Behandlung von Anteilsklassen sowie allgemein der Ausweis der Besteuerungsgrundlagen genannt (weitere Beispiele bei *Wenzel* in Blümich, Vor § 1 Rn. 13).

6–7 vorläufig frei

II. InvG

8 Bei dem oben angesprochenen Investmentmodernisierungsgesetz handelt es sich um ein sog. **Artikelgesetz**, das aus dem InvG und dem InvStG zusammengesetzt ist. Die dadurch vollzogene **Trennung von Aufsichtsrecht** (= InvG) **und Steuerrecht** (= InvStG) geschah nicht ohne Grund. Durch die gesonderte Kodifizierung von Aufsichts- und Steuerrecht in getrennten Gesetzen hat der Gesetzgeber nicht etwa nur die sachlich sehr unterschiedlichen Regelungsbereiche in formaler Trennung nachvollzogen, sondern in weiser Voraussicht die Weichen für zukünftige Änderungen des Investmentaufsichtsrechts ohne Zustimmung des Bundesrates gestellt. Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass allein die Neuschaffung aufsichtsrechtlicher Regeln ohne eine entsprechende Revision des InvStG wohl weitgehend ohne Wirkung geblieben wäre.

9 Was das Investmentaufsichtsrecht anbelangt, so hat der Gesetzgeber mit dem Investmentmodernisierungsgesetz neben der Umsetzung der zuvor geänderten EU-Investmentrichtlinie (RL 85/611/EWG, dazu sogleich; zum Ganzen *Geißelmeier/Gemmel*, DStR 2005, 45), mit der ein aufsichtsrechtlicher Rahmen für regulierte Investmentfonds vorgegeben wird, vor allem die Stärkung des Investmentstandortes Deutschland und eine angemessene aufsichtsrecht-

liche Regelung für sog. **Hedgefonds** (dazu *Hagen/Schmitt*, DStR 2004, 837) und deren Vertrieb angestrebt. Insoweit wird seitens des Gesetzgebers eine Brücke geschlagen von der Berücksichtigung von Anlegerschutzinteressen über die Konsultation von Marktteilnehmern bis hin zur Bewertung der Erfahrungen von Hedgefonds im Ausland. Das Ergebnis darf als ein Kompromiss zwischen der Berücksichtigung der Anforderungen des internationalen Wettbewerbs an den Fondsstandort Deutschland und der Gewährleistung und Durchsetzung eines ausreichenden, aber **maßvollen Anlegerschutzes** und Aufsichtsstandards verstanden werden.

Zu erwähnen ist v.a. die Schaffung der **Investmentaktiengesellschaft** mit veränderlichem Kapital, bei der Aktien ohne Hauptversammlungsbeschluss ausgegeben und eingezogen werden könnten. Steuerlich wird die Investmentaktiengesellschaft nunmehr erstmals als **transparentes Gebilde** behandelt (§ 11 Abs. 1 Satz 3 InvStG). Auch wenn in manchen Bereichen Nachbesserungsbedarf besteht, ist mit der Investmentaktiengesellschaft jedenfalls ein Vehikel geschaffen worden, das auch und gerade kleinen Hedgefonds den Zugang zum Investmentstandort Deutschland eröffnet (zu besonderen Problemen der Besteuerung von Hedgefonds vgl. *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, Frankfurt 2009, 275 ff.). **10**

Nicht zuletzt bestand eine der **Hauptzielsetzungen des InvG** aber darin, zwar einerseits einen wettbewerbsfähigen regulatorischen Rahmen zu schaffen, der dem Rechtsanwender ausreichende Planungssicherheit bietet, andererseits aber auch ein hinreichendes Maß an Flexibilität zu gewährleisten. So hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, jeden Sachverhalt bis ins Detail zu regeln. Er hat stattdessen die BaFin ermächtigt, Ausführungsvorschriften in Form von Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen. Damit fällt der BaFin die nicht einfache Aufgabe zu, das aufsichtsrechtliche Regelwerk an die jeweiligen Marktgegebenheiten anzupassen. Trotz man berechtigter Kritik im Einzelfall (vgl. etwa *Lang*, WM 2004, 53) wird man sagen müssen, dass die BaFin insoweit ihrer vom Gesetzgeber auferlegten Aufgabe bislang vorbildlich nachgekommen ist. Die von der Behörde gesetzten Anforderungen mögen zuweilen unbequem oder gar lästig erscheinen, jedoch hat die BaFin es geschafft, durch eine zwar manchmal eigenwillig anmutende, aber in der Sache beharrliche Rechtsauslegung bzw. -ausfüllung für ein hohes Maß an Rechtssicherheit und damit für Planungssicherheit für den Rechtsanwender zu sorgen. Einzig wäre ein höheres Maß an **Abstimmung zwischen der BaFin und dem BMF** zu wünschen, wie die derzeitige Diskussion um den Begriff des ausländischen Investmentanteils zeigt. **11**

vorläufig frei **12–13**

B. Historie

Mit dem durch das Investmentmodernisierungsgesetz eingeführten InvStG sind die steuerrechtlichen Vorschriften des KAGG (zuletzt Gesetz vom 09. 09. 1998, BGBl I 1998, 2726) und des AuslInvestmG (Gesetz vom 28. 07. 1969, BGBl I 1969, 435) erstmals in einem einheitlichen Gesetz zusammengeführt worden (zur Historie des Investmentwesens in Deutschland vgl. ausführlich *Zeller* in Brinkhaus/Scherer, KAGG/AuslInvestmG, Einl KAGG, Rn. 6 ff.). **14**

Das 1957 verabschiedete und seitdem mehrmals novellierte KAGG war über mehrere Jahrzehnte die zentrale rechtliche Grundlage für eine Kapitalanlage in deutsche Investmentfonds und verpflichtete erstmals alle deutschen Investmentgesellschaften zur Einhaltung bestimmter **Anlagegrundsätze** (z. B. Grundsatz der Risikostreuung), indem es dezidiert Anlagebestimmungen und Anlagegrenzen, Publizitätsvorschriften, Maßnahmen zum Anleger- **15**

schutz sowie Erwerbs- und Veräußerungsvorschriften vorgab. Das KAGG führte z. B. den heute in § 30 Abs. 1 Satz 2 InvG verankerten, systemtragenden Grundsatz ein, dass das Fondsvermögen getrennt von dem etwaigen anderen Vermögen der Gesellschaft bei einer unabhängigen Depotbank zu verwahren ist.

16 Das KAGG war ferner als Spezialgesetz neben dem allgemeinen, vor allem durch das KWG vorgegebenen Gesetzesrahmen zu verstehen, denn das KWG bildete die Rechtsgrundlage für die Errichtung und das Betreiben einer gewerbsmäßigen KAG. Neben Vorschriften, die – wie vorstehend angedeutet – insbesondere dem **Anlegerschutz** dienten, enthielt das Gesetz bereits besondere steuerliche Regelungen, die im Kern darauf abzielen, den Anteilsinhaber trotz der Zwischenschaltung einer KAG einem Direktanleger gleichzustellen. KAG bzw. Investmentfonds waren deshalb von der Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Vermögensteuer befreit (§ 38 KAGG). Das KAGG stand für viele, noch heute das InvG bzw. InvStG prägende Grundsätze Pate.

17 Vor Inkrafttreten des InvStG richtete sich zudem speziell die Besteuerung der Erträge aus Anteilen an ausländischen Investmentfonds nach dem AuslInvestmG (dazu historisch *Pfüller* in Brinkhaus/Scherer, KAGG/AuslInvestmG, Einl AuslInvestmG Rn. 1 ff.). Es ist letztmals auf das Geschäftsjahr des ausländischen Investmentvermögens anzuwenden, welches vor dem 01. 01. 2004 beginnt, sowie auf Erträge, die in besagtem Geschäftsjahr zugeflossen sind. Ausländische Investmentfonds i. S. d. § 1 Abs. 1 AuslInvestmG wurden für die Besteuerung in drei Gruppen, nämlich in sog. **weiße, graue und schwarze Fonds**, eingeteilt. Die Zuordnung der Fonds zu den einzelnen Gruppen war sodann entscheidend für die Ermittlung der steuerlichen Erträge. Das **Bundesamt für Finanzen** (heute: Bundeszentralamt für Steuern) hatte nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 FVerwG die Aufgabe, diese Erträge nachzuprüfen bzw. zu ermitteln.

18 Im Einzelnen unterschied das AuslInvestmG die folgenden Gruppen von Fonds: (1) **Registrierte Investmentvermögen** (weiße Fonds). Zu dieser Gruppe gehörten alle Fonds, die zum öffentlichen Vertrieb in Deutschland zugelassen waren (§ 17 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a AuslInvestmG). Eine Liste dieser Fonds war aus Gründen des Anlegerschutzes beim Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen erhältlich. Ebenfalls zu dieser Gruppe gehörten Fonds, deren Anteile an einer deutschen Börse zum amtlichen Handel oder zum geregelten Markt zugelassen waren und die einen steuerlichen Vertreter gegenüber dem Bundesamt für Finanzen bestellt hatten (§ 17 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b AuslInvestmG). Die Ermittlung der Erträge aus Anteilen an diesen Fonds erfolgte nach § 17 Abs. 1 AuslInvestmG, wenn die übrigen in § 17 Abs. 3 AuslInvestmG genannten Voraussetzungen erfüllt waren. (2) **Nichtregistrierte Investmentvermögen** (graue Fonds). Zu dieser Gruppe gehörten alle Fonds, bei denen die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 AuslInvestmG nicht vorlagen und die gegenüber dem Bundesamt für Finanzen einen steuerlichen Vertreter bestellt hatten (§ 18 Abs. 2 AuslInvestmG). Die Erträge aus Anteilen an diesen Fonds wurden nach § 18 Abs. 1 AuslInvestmG ermittelt. (3) Sämtliche anderen ausländischen Investmentvermögen (**schwarze Fonds**). Die Erträge aus Fonds, die weder zur ersten Gruppe noch zur zweiten Gruppe gehörten, wurden nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG ermittelt, sofern es sich nur um ausländische Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 AuslInvestmG handelte.

19 Die vorgenannte Gesetzessystematik wurde im Zuge des Investmentmodernisierungsgesetzes aufgegeben und gemeinsam mit dem Aufsichtsrecht den Erfordernissen des fortschreitenden **Gemeinschaftsrechts** angepasst. Insbesondere mit dem Investmentgesetz wurden daher die Änderungsrichtlinien 2001/107/EG und 2001/108/EG vom 21. 01. 2002 zur **EU-Investmentrichtlinie** 85/611/EWG (Richtlinie über Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, sog. OGAW-Richtlinie) vom 20. 12. 1985 in nationales Recht transformiert. Mit

der Umsetzung der Richtlinien wurde ein weiterer Schritt zur Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes im Investmentbereich bzw. im Investmentsteuerrecht unternommen.

vorläufig frei **20–21**

C. Gesetzesüberblick

Als **Eckpfeiler der Neuregelung** des Investmentwesens in aufsichts- bzw. steuerrechtlicher Hinsicht durch InvG bzw. InvStG sind die folgenden Regelungen zu benennen: Erstmals wurden die **Investmentaktiengesellschaft** und der Bereich der der **Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken** auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Ferner wurden, wenn auch für ausländische Investmentvermögen erst durch das Investmentänderungsgesetz (BGBl I 2007, 3089), ein **formalrechtlicher Investmentbegriff** auch für ausländische Investmentvermögen und eine Regelung zur steuerlichen Ermittlung der Erträge aus Investmentvermögen eingeführt und Letztere verfahrensrechtlich an die Einführung einer gesonderten Feststellung für inländische Erträge gekoppelt. Zudem wurde erstmals die **Bekanntgabe der Besteuerungsgrundlagen** im elektronischen Bundesanzeiger vorgesehen und Mechanismen für einen Ausgleich unrichtig bekannt gemachter Besteuerungsgrundlagen bei der nächsten Bekanntmachung geschaffen. Zu den Regelungen des InvStG nachstehend im Einzelnen. **22**

Das InvStG regelt in insgesamt vier Abschnitten und 19 Paragrafen die Besteuerung inländischer Investmentvermögen sowie die Besteuerung von Erträgen aus in- und ausländischen Fonds. Die insoweit maßgebenden Abschnitte 1 bis 3 des Gesetzes differenzieren entsprechend zwischen gemeinsamen Regelungen für in- und ausländische Investmentanteile (Abschnitt 1), Regelungen nur für inländische Investmentanteile (Abschnitt 2) und Regelungen nur für ausländische Investmentanteile (Abschnitt 3). Die im Gesetz inhaltlich angelegte Trennung zwischen der Besteuerung des Investmentvermögens selbst und der Besteuerung der Anleger kommt in dieser Systematik leider nur unzureichend zum Ausdruck. Zu beachten sind **Sonderregeln für beschränkt steuerpflichtige Anleger**, vgl. § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG, sowie die entsprechenden Regeln des Einkommensteuergesetzes (vor allem § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a und b EStG). **23**

Zentral bei der Novellierung des InvStG war die Aufgabe der Einteilung der Investmentfonds in sog. weiße, graue und schwarze Fonds und die Neueinteilung in sog. **transparente** (§§ 2–5, 7 InvStG), **semitransparente** (§§ 2, 3 7 InvStG) und **intransparente** (§§ 6, 7 InvStG) Fonds. Die Besteuerung des Anlegers wird hiernach maßgeblich von der Erfüllung bestimmter Veröffentlichungs- und Erklärungspflichten durch das Investmentvermögen bzw. von Bescheinigungen von Berufsträgern nach § 3 StBerG abhängig gemacht. **24**

§ 1 InvStG regelt den **Anwendungsbereich** des InvStG. Danach ist das Gesetz anzuwen den auf (1) inländisches Investmentvermögen, soweit es in Form eines **Investmentfonds** i. S. d. § 2 Abs. 1 InvG oder einer **Investmentaktiengesellschaft** i. S. d. § 2 Abs. 5 InvG (inländische Investmentgesellschaft) gebildet wird, sowie auf Anteile an einem inländischen Investmentvermögen (inländische Investmentanteile), und (2) auf ausländisches Investmentvermögen und ausländische Investmentanteile i. S. d. § 2 Abs. 8 und 9 InvG, wobei nunmehr bezüglich in- und ausländischer Investmentanteile ein sog. **formeller Investmentbegriff** gilt (*Sradj/Mertens*, DStR 2004, 201; *Patzner* in Feyerabend, Besteuerung privater Kapitalanlagen, 123 f.). Wegen § 1 Abs. 2 Satz 1 InvStG sind hinsichtlich der Ausfüllung der vorgenannten Tatbestandsmerkmale die Begriffsbestimmungen in § 1 Satz 2 InvG und § 2 InvG anzuwenden. **25**

Damit ist festzuhalten, dass das InvStG insoweit vollumfänglich auf das InvG Bezug nimmt. Für die Prüfung der Eröffnung des Anwendungsbereichs enthält das InvStG keine eigen- **26**

ständigen Begriffsbestimmungen und Definitionen. Insbesondere die §§ 2 ff. InvStG treffen hierzu keine Aussage. Sie differenzieren – bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des InvStG – lediglich in der Rechtsfolge zwischen verschiedenen Besteuerungskonsequenzen, je nachdem, welchen Veröffentlichungs-, Mitteilungs- und Reportingpflichten nachgekommen wird. Unabhängig davon aber müssen für die Anwendbarkeit des InvStG stets die materiellen und formellen Voraussetzungen eines Investmentvermögens nach dem InvG gegeben sein, d. h. es muss sich insbesondere um ein Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage handeln, das nach dem Grundsatz der Risikomischung in erwerbsfähige Vermögensgegenstände (»eligible assets«) gemäß § 2 Abs. 4 InvG angelegt ist und bei dem bei ausländischen Investmentvermögen entweder ein Recht zur Anteilsrückgabe besteht oder jedenfalls eine funktionsfähige ausländische Investmentaufsicht vorhanden ist.

27 § 2 InvStG trifft im Wege der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen sog. **ausgeschütteten und sog. ausschüttungsgleichen Erträ**gen Aussagen zur materiellen Steuerpflicht von Erträgen aus Investmentanteilen im Fall der Ausschüttung und Thesaurierung. Während ausgeschüttete Erträge nach § 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG alle tatsächlich an den Anleger gezahlten oder dem Anleger gutgeschriebenen Zinsen, Dividenden, Erträge aus Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechte, sonstigen Erträge und Gewinne aus Veräußerungsgeschäften darstellen, sind – vereinfacht gesagt – ausschüttungsgleiche Erträge die von einem Investmentvermögen nicht zur Ausschüttung verwendeten Erträge, soweit es sich dabei nicht um bestimmte Veräußerungsgeschäfte handelt (§ 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG). § 2 InvStG regelt die Besteuerung jeweils für im Privat- oder Betriebsvermögen anfallende Erträge sowie den Zuflusszeitpunkt. § 2 InvStG ist im Wesentlichen aber nur anwendbar, wenn das Investmentvermögen den in § 5 InvStG normierten Pflichten nachkommt. Als Grundsatz ist zu konstatieren, dass Erträge aus Investmentanteilen zu **Einkünften aus Kapitalvermögen** gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG führen, wenn sie nicht betriebliche Erträge des Anlegers darstellen.

28 § 3 InvStG ist die Zentralnorm für die Ermittlung der Erträge des Investmentvermögens. Ermittlung und Zuflusszeitpunkt folgen sinngemäß den **Überschusseinkunftsarten** gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG. Ferner werden detaillierte Aussagen zur Verlustverrechnung (Abs. 4) und zur **Zuordnung von Werbungskosten** (Abs. 3) getroffen. Der Ausschluss des Ansatzes der tatsächlich angefallenen Werbungskosten gemäß § 20 Abs. 9 EStG gilt aufgrund des sachlichen Vorrangs des § 3 InvStG nicht, weil die Einkünfte bereits auf der Fondsebene ermittelt werden. § 20 Abs. 9 EStG gilt insoweit nur für die originär dem einzelnen Anleger entstandenen Werbungskosten wie z. B. den Kosten für eine individuelle Anlage- oder Steuerberatung. Neben der danach gegebenen Abzugsfähigkeit der unmittelbar zuzuordnenden Werbungskosten (z. B. für eine Fremdfinanzierung der Beteiligung) gehören gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 InvStG auch z. B. die Absetzung für Abnutzung von Gebäuden nach § 7 EStG zu den abzugsfähigen Werbungskosten.

29 Darüber hinausgehende Werbungskosten, die nicht in einem **unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang** mit den Erträgen des Sondervermögens stehen (z. B. Verwaltungsgebühren, Depotgebühren, Veröffentlichungskosten), können nur nach einer dreistufigen Prüfung geltend gemacht werden (§ 3 Abs. 3 InvStG): Soweit die Werbungskosten mit Einnahmen im Zusammenhang stehen, für die Deutschland kein Besteuerungsrecht im Rahmen eines DBA zusteht, sind diese in einem ersten Schritt auszuscheiden. Nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 InvStG gelten sodann 10 % des verbleibenden Werbungskostenbetrags als nicht abzugsfähig, wenn sich die Anteile an dem Investmentvermögen im Privatvermögen der Anleger befinden. Die verbleibenden Werbungskosten schließlich können gemäß den allgemeinen steuerlichen Vorschriften zum Abzug gebracht werden.

§ 4 InvStG ist sedes materiae für **ausländische Einkünfte** des Investmentvermögens und regelt die Anwendung der aus dem allgemeinen Ertragsteuerrecht bekannten Methoden zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen (namentlich insbesondere Freistellungs- und Anrechnungsmethode sowie generell die Anwendung von DBA). § 4 InvStG ist beispielsweise bei semitransparenten Fonds (also Fonds, bei denen hinsichtlich der Berichtspflichten des § 5 InvStG andere Angaben als Pflichtangaben verletzt werden) nicht anwendbar. Bei diesen Fonds werden nach § 4 InvStG i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 2 InvStG bestimmte ausländische Einkünfte, für die die Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines DBA kein Besteuerungsrecht besitzt, anders als bei transparenten Fonds gleichwohl in die inländische Besteuerung einbezogen. **30**

§ 5 InvStG bestimmt die **Bekanntmachungspflichten**, denen das Investmentvermögen hinsichtlich der Besteuerungsgrundlagen unterliegt. Nur bei Erfüllung dieser Pflichten richtet sich die Besteuerung des Anlegers nach den §§ 2, 4 InvStG. Bleibt das Investmentvermögen hinter zentralen Pflichten zurück, kommt es zur Anwendung des § 6 InvStG (sog. Strafbesteuerung). Sind es keine **Pflichtangaben**, die nicht veröffentlicht werden, gehen dem Anleger Steuervorteile nur teilweise verlustig. Für ein **ordnungsgemäßes Reporting** nach § 5 InvStG muss das Sondervermögen im Wesentlichen die folgenden Reportingpflichten erfüllen: Es muss bekannt gemacht werden der Betrag der Ausschüttung, aufgegliedert in steuerfreie, steuerpflichtige und der Abgeltungsteuer unterliegende Erträge (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 InvStG), ferner spätestens vier Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres die ausschüttungsgleichen Erträge mit den entsprechenden Angaben (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 InvStG) sowie der Betrag der ausschüttungsgleichen Erträge, die noch nicht dem Steuerabzug unterworfen wurden, sowie der Rücknahmepreis dieser Erträge (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 InvStG). Das Sondervermögen muss auch die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit der Anleger die erforderlichen Informationen gemäß § 5 InvStG erhält (§ 131 InvG). Nach § 5 Abs. 1 Nr. 5 InvStG muss das Sondervermögen schließlich nach Aufforderung gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern innerhalb von drei Monaten die Richtigkeit der Angaben gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 InvStG nachweisen. **31**

§ 6 InvStG ist Nachfolger der schon seinerzeit stark umstrittenen Regelung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG und regelt die **Straf- oder Pauschalbesteuerung** des Anlegers, wenn das Investmentvermögen den Pflichtangaben des § 5 Abs. 1 InvStG nicht oder nicht fristgemäß nachkommt. In diesem Fall müsste der Anleger neben den laufenden Ausschüttungen 70 % des Kursanstieges seines Investmentanteils zwischen dem Kalenderjahresanfang und -ende, mindestens aber 6 % des am Kalenderjahresende festgesetzten Rücknahme- oder Marktpreises versteuern. Dieser Mehrbetrag würde ferner mit Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres als ausgeschüttet gelten. **32**

§ 7 InvStG gibt für die Fälle der Ausschüttung, Thesaurierung und Rückgabe von Anteilsscheinen Aufschluss über die Bemessungsgrundlage für Zwecke der **Kapitalertragsteuer**. Zudem regelt die Vorschrift das Verhältnis zum allgemeinen Recht des Kapitalertragsteuerabzugs und das **Erstattungsverfahren auf der Fondseingangsseite**. **33**

§ 8 InvStG setzt das Transparenzprinzip analog zu den Regeln über die laufende Besteuerung in Bezug auf Veräußerungsgewinne (dazu speziell *Wengenroth/Maier*, ErbStB 2008, 154) um und behandelt den sog. **Aktiengewinn**. Die Vorschrift gewährleistet daher auch hinsichtlich der Veräußerungsgewinne eine Gleichstellung des Fondsanlegers mit dem Direktanleger. Über den Verweis auf § 4 InvStG wird auch die DBA-Ebene und damit die Steuerfreiheit ausländischer Einkünfte einbezogen. **34**

§ 9 InvStG ist für alle Geschäftsjahre von Investmentfonds beginnend im Jahr 2004 die Zentralnorm über die steuerliche Berücksichtigung des sog. Ertragsausgleichs, der dem **35**

Steuerrecht an sich fremd ist. Unter dem **Ertragsausgleich** (dazu *Pätsch/Fischer*, DStR 2009, 2646) versteht man einen Sachverhalt, bei dem die bei der Ausgabe oder Rücknahme von Investmentanteilen ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge und die anrechenbaren bzw. abziehbaren ausländischen Quellensteuern je Investmentanteil konstant gehalten werden. Ob ein Ertragsausgleich durchgeführt wird, steht im Ermessen der Investmentgesellschaft. Zumindest bei inländischen Fonds ist der auf § 43 Abs. 4 Nr. 6 InvG basierende Ertragsausgleich durchaus üblich.

36 § 10 InvStG betrifft die Besteuerung von **sog. echten und sog. unechten Dach-Sondervermögen**, wenn auch nur sehr fragmentarisch. Die Norm überträgt die Bekanntmachungsanforderungen des § 5 Abs. 1 InvStG auf die Ebene des Dach-Sondervermögens mit den entsprechenden positiven oder negativen (Strafbesteuerung!) Auswirkungen für die Anleger.

37 § 11 InvStG verwirklicht das **Transparenzprinzip**, indem die Bestimmung inländische Investmentvermögen und Investmentaktiengesellschaften von der Körperschaft- und Gewerbesteuer sowie auf der Fondseingangsseite auch von der Kapitalertragsteuer befreit. Die Vorschrift ist ferner Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung von **Außenprüfungen** beim Investmentvermögen.

38 § 12 InvStG legt fest, dass inländische Investmentgesellschaften über die Verwendung der zur Ausschüttung zur Verfügung stehenden Beträge einen schriftlichen Beschluss zu fassen haben (**Ausschüttungsbeschluss**). Der Vorschrift kommt nur eine deklaratorische Wirkung zu, da sich weder hinsichtlich § 5 InvStG noch hinsichtlich § 13 InvStG eine Bindungswirkung des Ausschüttungsbeschlusses ergibt.

39 § 13 InvStG enthält abweichend von den allgemeinen Vorschriften der §§ 179 ff. AO investmentsteuerliche Sonderregeln über ein gesondertes **Feststellungs- und Korrekturverfahren** für die Besteuerungsgrundlagen gemäß § 5 InvStG. Zu beachten ist, dass für Spezial-Sondervermögen nur die Abs. 2 und 5 der Norm zur Anwendung kommen.

40 § 14 InvStG beinhaltet Spezialvorschriften über die Übertragung von Investmentvermögen und Teilen von Investmentvermögen, auf die UmwG und UmwStG grundsätzlich keine Anwendung finden.

41 § 15 InvStG ist in zweierlei Hinsicht eine Ausnahmevorschrift. Erstens wird hinsichtlich des Anwendungsbereichs nicht auf das InvG zurückgegriffen, sondern Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift regelt den Anwendungsbereich selbst, und zweitens ist von ihrem Regelungsgehalt nur das sog. **Spezial-Investmentvermögen** (d. h. das Spezial-Sondervermögen oder die Spezial-Investmentaktiengesellschaft) betroffen. § 15 InvStG enthält in diesem Zusammenhang einen Katalog von Vorschriften, die aufgrund des begrenzten Anlegerkreises nicht oder nur modifiziert anzuwenden sind.

42 § 16 InvStG ist das (ausländische) Pendant zu § 15 und enthält Sonderregeln für **ausländische Spezial-Investmentvermögen**. Ebenso wie bei § 15 InvStG wird dabei der Anwendungsbereich von der Norm selbst definiert.

43 § 17 InvStG legt im Wege einer gesetzlichen Fiktion (»gilt«) fest, dass der **Repräsentant** einer ausländischen Investmentgesellschaft nicht als deren ständiger Vertreter i. S. d. § 13 AO bzw. des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG gilt. Damit wird eine beschränkte Steuerpflicht der ausländischen Investmentgesellschaft im Inland vermieden.

44 § 17 a InvStG beinhaltet besondere Regeln über die steuerlichen Auswirkungen der **Übertragung von ausländischen Investmentvermögen** und Teilen eines solchen Investmentvermögens auf ein anderes ausländisches Investmentvermögen oder Teile eines solchen Investmentvermögens.

45 Die §§ 18, 19 InvStG schließlich regeln Anwendungs- und Übergangsvorschriften.

46–47 vorläufig frei

D. Verhältnis zu anderen Gesetzen

I. Verhältnis zum EStG, KStG und GewStG

Das InvStG beinhaltet ein **besonderes Besteuerungsregime**, das sich über das deutsche nationale Ertragsteuerrecht legt und dieses modifiziert, soweit es durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Geschieht dies nicht ausdrücklich oder unzureichend (so z. B. früher für Veräußerungsgewinne und die Anteilsrückgabe, vgl. *Witt/Tiede*, DStR 2004, 1021), entstehen Schwierigkeiten bei der Gesetzesanwendung, wie die Einführung der Abgeltungsteuer (§ 32 d EStG) für ab dem 01. 01. 2009 zufließende Kapitalerträge im Privatvermögen und ihr umstrittenes Verhältnis zum InvStG belegt (hierzu *Behrens/Grabbe*, DStR 2008, 950; *Ernst/Spengel*, DStR 2008, 835; *Helios/Link*, DStR 2008, 386; *Feyerabend/Vollmer* DB 2008, 1088; BMF v. 05. 05. 2008, IV C 1 – S 1980–1/08/10008; BMF v. 05. 02. 2009, IV C 1 – S 1980–1/08/10011). Nur soweit das InvStG keine Sonderregel bereithält, greift das allgemeine Ertragsteuerrecht Platz (BFH v. 07. 04. 1992, VIII R 79/88, BStBl II 1992, 786). **48**

BEISPIEL **49**

Für Erträge aus Investmentvermögen sei dies anschaulich exemplarisch wie folgt erläutert: Vermietet ein Steuerpflichtiger in seinem Privatvermögen, sei es direkt oder über eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, eine Immobilie an einen fremden Dritten, erzielt der Steuerpflichtige Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Beteiligt sich hingegen der nämliche Steuerpflichtige an einem offenen Immobilienfonds und rechnet die nämliche Immobilie zu dessen Immobilien-Sondervermögen, dann erzielt der Steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG. Für diesen Fall enthält das InvStG eine eindeutige besondere Bestimmung (im Beispiel § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG), die das allgemeine Ertragsteuerrecht überlagert.

BEISPIEL **50**

Ein Beispiel für eine weniger eindeutige Bestimmung zum Rangverhältnis aus jüngerer Zeit ist die Anwendung der **gewerbesteuerlichen Hinzurechnung** bei Investmentanteilen und damit konkret die Frage, ob Dividenden, die an ein Investmentvermögen ausgeschüttet und dessen Anlegern steuerlich zugerechnet werden, zur gewerbesteuerlichen Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG führen (dazu *Steinmüller*, DStR 2009, 1564). Dies hat unlängst der BFH mit Urteil vom 03. 03. 2010 negativ beschieden (I R 109/08; Vorinstanz FG Düsseldorf vom 23. 10. 2008, 14 K 1079/05, DStRE 2009, 494).

Zuweilen finden sich im allgemeinen Ertragsteuerrecht auch Verweisungen auf das InvStG, bei deren Eingreifen oder Nichteingreifen bestimmte Steuerfolgen eintreten, die wiederum das Rangverhältnis der Steuerregime im Allgemeinen betreffen. Ein Beispiel ist § 50 d Abs. 3 Satz 4 EStG. § 50 d Abs. 3 EStG (s. § 4 InvStG Rn. 77 ff.) ist eine gesetzgeberische Maßnahme gegen das sog. «**Treaty-**» **und** «**Directive Shopping**«, das auf der Zwischenschaltung funktionsloser oder funktionsarmer ausländischer Gesellschaften beruht. Solchen Gesellschaften wird bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen die ihnen (z. B. nach einem DBA) eigentlich zustehende völlige oder teilweise Entlastung von deutscher Quellensteuer (z. B. Kapitalertragsteuer auf Dividenden) versagt. Dies gilt jedoch nicht, wenn »für die ausländische Gesellschaft die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes gelten« (sog. **InvStG-Ausnahme**; dazu *Häussermann/Rengier*, IStR 2008, 679). Hierzu muss lediglich der Anwendungsbereich des InvStG eröffnet sein. In diesem Fall ist die ausländische Gesellschaft unabhängig vom Umfang ihrer Tätigkeit und der Entlastungsberechtigung ihrer Gesellschafter stets zur Entlastung von deutschen Quellensteuern berechtigt. Die InvStG-Ausnahme ist eine Regelung jüngeren Datums und war erstmals im VZ 2007 anzuwenden. **51**

vorläufig frei **52–53**

II. Verhältnis zum Außensteuergesetz (§§ 7 ff. AStG)

54 Die sog. **Hinzurechnungsbesteuerung** des Außensteuergesetzes, deren Tatbestand in den §§ 7 und 8 AStG geregelt ist, hat nach herkömmlicher Lesart drei positive Voraussetzungen: Erstens eine Beteiligung von unbeschränkt Steuerpflichtigen an einer ausländischen Basisgesellschaft zu mehr als der Hälfte (§ 7 Abs. 1 AStG; sog. **Inländerbeherrschung**), zweitens muss die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft für bestimmte sog. **passive Einkünfte** (§ 8 Abs. 1 AStG) sein und drittens muss eine **niedrige Besteuerung** der passiven Einkünfte (§ 8 Abs. 3 AStG) vorliegen. Sodann müssen für das Eingreifen der Hinzurechnungsbesteuerung noch ungeschriebene negative Anwendungsvoraussetzungen wie z. B. das Nichtvorliegen einer Scheingesellschaft gegeben sein.

55 Eine geschriebene **negative Anwendungsvoraussetzung** findet sich sodann in § 7 Abs. 7 AStG: Auf die Einkünfte der ausländischen Zwischengesellschaft darf nicht das InvStG anwendbar sein, es sei denn, Ausschüttungen oder sog. ausschüttungsgleiche Erträge wären nach einem DBA von der inländischen Bemessungsgrundlage auszunehmen (im Einzelnen *Fock*, IStR 2006, 734; *Schmitt/Hagen*, DStR 2004, 837, 840; *Eimermann* NWB Fach 3, 12721, 12724; sehr ausführlich *Reiche* in Haase, AStG/DBA, § 7 AStG Rn. 159 ff.). Damit soll eine doppelte Berücksichtigung der Beträge verhindert werden, die bereits vom InvStG erfasst werden. Die Befreiung von der Hinzurechnungsbesteuerung gilt für alle Einkünfte, auf die das InvStG anzuwenden ist. Nicht erforderlich ist es, dass es tatsächlich zu einer Besteuerung nach dem InvStG gekommen ist, sodass die grundsätzliche Anwendbarkeit des InvStG ausreichend, aber auch erforderlich ist, um die Anwendung der §§ 7 ff. AStG zu sperren (BT-Drucks. 15/3677, 47). Die Anwendungsbereiche des InvStG und der Hinzurechnungsbesteuerung sind damit trennscharf voneinander abgegrenzt.

56 Die **Rückausnahme** des § 7 Abs. 7 AStG, d. h. die Anordnung der Hinzurechnungsbesteuerung für den Fall, dass Ausschüttungen oder ausschüttungsgleiche Erträge, die das Sondervermögen vermittelt, nach einem DBA von der inländischen Bemessungsgrundlage auszunehmen wären, hat in diesem Zusammenhang den Sinn, das deutsche Steuerniveau auch in den Konstellationen sicherzustellen, in denen es aufgrund der gleichzeitigen Anwendung von InvStG und etwaigen DBA (vgl. nur § 4 InvStG) zu einer unerwünschten Niedrigbesteuerung kommt. Die Steuerfreiheit von Erträgen muss aber auf einem DBA beruhen. Eine Steuerfreiheit nach nationalem Steuerrecht ist nicht ausreichend, um der Hinzurechnungsbesteuerung zur Anwendung zu verhelfen.

57 Es ist zu beachten, dass § 7 Abs. 7 AStG im Anwendungsbereich des **§ 20 Abs. 2 AStG** keine Auswirkungen hat. Ferner ist zu beachten, dass die Hinzurechnungsbesteuerung hinsichtlich der Zielinvestments eines Investmentvermögens stets zu prüfen ist (z. B. bei Investitionen in unternehmerische Beteiligungen in Niedrigsteuerländern).

58–59 vorläufig frei

III. Verhältnis zum DBA-Recht

60 Das DBA-Recht überlagert, wie auch sonst im allgemeinen Ertragsteuerrecht, als **lex specialis** im Grundsatz die Besteuerung sowohl auf der **Fondseingangsseite** als auch die Besteuerung auf der **Fondsausgangsseite**. Die zentrale Frage in Bezug auf das Verhältnis des InvStG zum DBA-Recht aber ist diejenige, ob ein Investmentvermögen selbst **abkommensberechtigt** ist (*Zinkeisen/Walter*, IStR 2007, 583; undifferenziert bejahend *Jacob/Geese/Ebner*, Handbuch für die Besteuerung von Fondsvermögen, 2007, 45). Hierfür müsste ein Investmentvermögen

erstens »Person« i. S.e. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a OECD-MA entsprechenden Vorschrift sein, und zweitens müsste es sich um eine »ansässige« Person gemäß einer Art. 4 OECD-MA entsprechenden Vorschrift handeln.

In Bezug auf inländische Investmentvermögen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 InvStG st unmittelbar einsichtig, dass es sich um Personen gemäß einer Art. 3 Abs. 1 Buchst. a und b OECD-MA entsprechenden Vorschrift handeln muss. Investmentfonds sind nach deutschem Verständnis **Sondervermögen** gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG, unterliegen mithin dem KStG und werden jedenfalls für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt. **Investmentaktiengesellschaften** sind Körperschaftsteuersubjekte gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG und selbstverständlich auch juristische Personen. In Bezug auf ausländische Investmentvermögen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 InvStG wäre nach Art eines modifizierten **Rechtstypenvergleichs** zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Art. 3 Abs. 1 Buchst. b OECD-MA entsprechenden Vorschrift erfüllt sind. In der Regel wird dies der Fall sein. **61**

Sodann ist in einem zweiten Schritt die Frage der Ansässigkeit zu klären. Für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs eines DBA muss stets die abkommensrechtliche **Ansässigkeit** der jeweils betrachteten Person hinzukommen. Nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA zählen zu den solchermaßen abkommensberechtigten, d. h. den »in einem Vertragsstaat ansässigen Personen«, nur jene Personen, die in diesem Vertragsstaat nach dem Recht dieses Staates aufgrund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthalts, ihres Ortes der Geschäftsleitung oder eines anderen ähnlichen Merkmals steuerpflichtig sind. Aus den genannten Anknüpfungsmerkmalen sowie einem Umkehrschluss aus Satz 2 der Norm erschließt sich, dass die Zuerkennung der Ansässigkeit eng mit der unbeschränkten Steuerpflicht einer Person verwoben ist, und zwar unabhängig davon, auf welchem Anknüpfungsmerkmal diese unbeschränkte Steuerpflicht gründet. Die Ansässigkeit einer Person setzt daher regelmäßig deren unbeschränkte Steuerpflicht im jeweils betrachteten Staat voraus. **62**

Betrachtet man vor diesem Hintergrund inländische Investmentvermögen und insbesondere deren Steuerbefreiung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG, ist fraglich, wie der Passus »aufgrund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthalts, ihres Ortes der Geschäftsleitung oder eines anderen ähnlichen Merkmals steuerpflichtig« in Art. 4 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA zu verstehen ist. Stellt er – m. E. im Ergebnis zutreffend – auf die grundsätzlich vorgesehene Steuerpflicht, d. h. die **Körperschaftsteuersubjektfähigkeit** als solches ab und lässt etwaige **persönliche Steuerbefreiungen** außer Betracht (so mit guten Gründen *Kroschewski* in Haase, AStG/DBA, Art. 4 OECD-MA Rn. 40; a. A. wohl *Hammer* in Blümich, § 4 InvStG, Rn. 2), oder kommt es auf das materielle Ergebnis einer Besteuerung an? **63**

Der inländische Investmentfonds ist Körperschaftsteuersubjekt nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG, die inländische Investmentaktiengesellschaft Körperschaftsteuersubjekt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, jedoch sind beide wegen § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG **persönlich steuerbefreit** für Körperschaft- und Gewerbesteuerzwecke (dazu *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, Frankfurt 2009, 122 ff.). Wegen § 1 KStG besteht jedoch zunächst kein Zweifel, dass das Investmentvermögen aufgrund des Ortes der Geschäftsleitung bzw. aufgrund des Satzungssitzes (ähnliches Merkmal i. S. d. Art. 4 OECD-MA) im Inland steuerpflichtig ist und dass die Steuerbefreiung in § 11 InvStG nicht aufgrund der Nichterfüllung der in Art. 4 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA genannten Merkmale erfolgt, sondern aus anderen Gründen (Durchsetzung des Transparenzgedankens). Umgekehrt fragt sich, weshalb eine Person die Abkommensvergünstigungen in Anspruch nehmen können soll, wenn sie ohnehin steuerbefreit ist und im materiellen Ergebnis keine Steuern zahlt. **64**

Die Frage der Abkommensberechtigung von Investmentfonds muss vor diesem Hintergrund als offen bezeichnet werden. Auch in der **Rechtsprechung** hat sich noch keine klare **65**