

Kapitel 1

Allgemeine Regelungen (§§ 1–5a)

§ 1 Anwendungsbereich

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050)

- (1) Dieses Gesetz ist anzuwenden auf Investmentfonds und deren Anleger.
- (2) ¹Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs. ²Für Zwecke dieses Gesetzes besteht keine Bindungswirkung an die aufsichtsrechtliche Entscheidung nach § 5 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs. ³Als Investmentfonds im Sinne dieses Gesetzes gelten auch
1. Organismen für gemeinsame Anlagen, bei denen die Zahl der möglichen Anleger auf einen Anleger begrenzt ist, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs erfüllt sind,
 2. Kapitalgesellschaften, denen nach dem Recht des Staates, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung haben, eine operative unternehmerische Tätigkeit untersagt ist und die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen oder die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, und
 3. von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften verwaltete Investmentvermögen nach § 2 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs.
- (3) ¹Keine Investmentfonds im Sinne dieses Gesetzes sind
1. Gesellschaften, Einrichtungen und Organisationen nach § 2 Absatz 1 und 2 des Kapitalanlagegesetzbuchs,
 2. Investmentvermögen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsform, es sei denn, es handelt sich um Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren nach § 1 Absatz 2 des Kapitalanlagegesetzbuchs oder um Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53,
 3. Unternehmensbeteiligungsgesellschaften nach § 1a Absatz 1 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften,
 4. Kapitalbeteiligungsgesellschaften, die im öffentlichen Interesse mit Eigenmitteln oder mit staatlicher Hilfe Beteiligungen erwerben, und
 5. REIT-Aktiengesellschaften nach § 1 Absatz 1 des REIT-Gesetzes und andere REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen nach § 19 Absatz 5 des REIT-Gesetzes.
- ²Sondervermögen und vergleichbare ausländische Rechtsformen gelten nicht als Personengesellschaft im Sinne des Satzes 1 Nummer 2. ³Investmentvermögen in der Rechtsform einer Personengesellschaft sind auch dann keine Investmentfonds, wenn sie nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben.
- (4) Haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds gelten für die Zwecke dieses Gesetzes als eigenständige Investmentfonds.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Mathias *Link*, LL.M., Rechtsanwalt/Steuerberater,
PricewaterhouseCoopers GmbH, Frankfurt am Main

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 1 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:

Anwendungsbereich: Investmentfonds und deren Anleger 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:

Definition Investmentfonds/fiktive Investmentfonds

**I. Definition des Investmentfonds
(Abs. 2 Sätze 1 und 2)**

- 1. Investmentvermögen nach § 1
Abs. 1 KAGB 6
- 2. Ausnahmen (insbesondere nach
§ 1 Abs. 3 KAGB) 7
- 3. Ausländische Investment-
vehikel 8

**II. Fiktive Investmentfonds (Abs. 2
Satz 3)**

- 1. Überblick 9
- 2. Ein-Personen-Fonds (Abs. 2 Satz 3
Nr. 1) 9a

**III. Nicht operativ unternehmerisch
tätige steuerbefreite Kapitalge-
sellschaften (Abs. 2 Satz 3 Nr. 2) 9b**

**IV. Konzerneigene Investment-
vermögen (Abs. 2 Satz 3 Nr. 3) 9c**

D. Erläuterungen zu Abs. 3:

Ausnahmen vom Begriff des Investmentfonds

I. Überblick 10

**II. Ausnahme 1: Gesellschaften, Ein-
richtungen und Organisationen
nach § 2 Abs. 1 und 2 KAGB
(Abs. 3 Satz 1 Nr. 1) 11**

**III. Ausnahme 2: Personengesell-
schaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und
Sätze 2 und 3)**

- 1. Überblick 12
- 2. Personengesellschaft/vergleich-
bare ausländische Rechtsform 13
- 3. Sondervermögen sind keine Per-
sonengesellschaften 14

**4. Sonderfall: Option zur Körper-
schaftsbesteuerung 15**

**5. Anwendungsfälle der Personen-
gesellschaftsausnahme 15a**

**IV. Ausnahme 3: Unternehmens-
beteiligungsgesellschaft (Abs. 3
Satz 1 Nr. 3) 16**

**V. Ausnahme 4: Kapitalbeteiligungs-
gesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 4) 17**

**VI. Ausnahme 5: REIT-Gesellschaf-
ten (Abs. 3 Satz 1 Nr. 5) 18**

E. Erläuterungen zu Abs. 4:

**Fiktion der steuerlichen Eigenständigkeit von Teilen
eines Investmentfonds**

I. Fiktion der Eigenständigkeit 19

**II. Haftungs- und vermögensrecht-
lich voneinander getrennte Teile
eines Investmentfonds 20**

III. Rechtsfolge der Fiktion 21

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 1

Grundinformation zu § 1: § 1 regelt den Anwendungsbereich des ab dem 1.1. 2018 geltenden InvStG und ist somit dessen Grundnorm. § 1 führt den stl. Begriff „Investmentfonds“ ein und erklärt das Gesetz einheitlich für sämtliche (in- und ausländ.) Investmentfonds und deren Anleger als anwendbar. Was „Investmentfonds“ sind, wird von § 1 abschließend definiert. Dabei verweist § 1 InvStG auf die aufsichtsrechtl. Definition des „Investmentvermögens“ iSv. § 1 KAGB, jedoch ergänzt um Ausnahmen in die eine wie die andere Richtung (s. Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 für sog. fiktive stl. Investmentfonds, s. Anm. 6 und 11, sowie Abs. 3 für Investmentvermögen, die stl. nicht als Investmentfonds gelten sollen, s. Anm. 10).

Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 1:

- ▶ *InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)*: Die Norm wurde durch das InvStRefG neu gefasst. Die Vorgängernorm des § 1 InvStG aF definierte zwar auch den Anwendungsbereich des InvStG aF. Von Begrifflichkeiten und Konzeption her war das InvStG aF (und insbes. dessen Grundnorm § 1 InvStG aF) deutlich komplexer. Zwar wurden durch § 1 Abs. 1 InvStG aF zunächst grds. auch alle Investmentvermögen im aufsichtsrechtl. Sinne vom InvStG aF erfasst, wobei dann allerdings zwischen Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) und Alternativen Investmentfonds (AIF) unterschieden wurde. Ferner unterschieden sich die Besteuerungsfolgen grundlegend, je nachdem ob es sich um einen Investmentfonds im engeren stl. Sinne (nach Maßgabe des engen Kriterienkatalogs des § 1 Abs. 1b InvStG aF) oder um sog. Investitionsgesellschaften handelte, wobei bei Letzteren zwischen den Steuerfolgen bei Personen-Investitionsgesellschaften (§ 18 InvStG aF) und Kapital-Investitionsgesellschaften (§ 19 InvStG aF) unterschieden wurde. Zweck der seinerzeitigen Unterscheidungen war es, das anlegerfreundliche Konzept der Besteuerung als „Investmentfonds“ auf bestimmte Rechtsformen offener Investmentvermögen (Sondervermögen, Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital, offene Investmentkommanditgesellschaften) zu beschränken. Demgegenüber werden vom neuen (und weiteren) Begriff des „Investmentfonds“ iSv. § 1 InvStG grds. auch vom KAGB geregelte geschlossene Investmentvermögen (wie Investmentaktiengesellschaften mit fixem Kapital, geschlossene Investmentkommanditgesellschaften, vorbehaltlich ihres praktisch weitgehenden Ausschlusses nach Abs. 3, s. Anm. 10) oder vergleichbare ausländ. Vehikel erfasst (vgl. BTDrucks. 18/8045, 54). Für all diese offenen und geschlossenen Anlagevehikel gilt nun der einheitliche stl. Begriff des Investmentfonds und grds. ein einheitliches Besteuerungsregime, wobei das neue Recht, wie bereits das InvStG aF, Sonderregelungen für sog. Spezial-Investmentfonds (s. §§ 25 ff.) bereithält.
- ▶ *JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6)*: Abs. 2 wird um einen Satz ergänzt, wonach für die Frage, ob ein „Investmentfonds“ im Sinne des InvStG vorliegt, keine Bindung an die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAGB bestehen soll (s. Anm. 6).
- ▶ *KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050)*: Abs. 3 wird um einen Satz ergänzt, wonach Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes. auch dann keine Investmentfonds sind, wenn sie nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben (s. Anm. 12).
- ▶ *Diskussionsentwurf des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur v. 21.5.2024* (s. auch Einf.

Anm. 4): Nach dem neu einzufügenden § 1 Abs. 2 Satz 2 soll es für die Qualifikation als Investmentfonds unschädlich sein, wenn ein Investmentvermögen, das die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 KAGB erfüllt, alle oder einen Teil der von ihm gehaltenen Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Mit dieser Regelung soll Rechtssicherheit geschaffen werden, dass Investmentfonds sich grds. im aufsichtsrechtlich zulässigen Rahmen als Mitunternehmer an gewerblich tätigen PersGes. beteiligen dürfen. Darüber hinaus soll es grds. zulässig sein, dass Investmentfonds unmittelbar selbst eine gewerbliche Tätigkeit ausüben dürfen (zB durch das Betreiben einer Photovoltaik-Anlage auf einem vermieteten Gebäude).

- *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 1 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Der durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) um einen Satz 3 ergänzte Abs. 3, wonach Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes. auch dann keine Investmentfonds sind, wenn sie nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, gilt ab dem 1.1.2022 (§ 57 Abs. 6 Nr. 1, der allerdings versehentlich auf „§ 1 Absatz 3 Satz 2“ verweist).

Geltungsbereich des § 1: § 1 (und damit das gesamte InvStG) gilt für Investmentfonds (§ 1 Abs. 2 und 4, s. Anm. 6, 11) und deren Anleger (zur Definition s. § 2 Abs. 10, s. § 2 Anm. 21).

Verhältnis des § 1 zu anderen Vorschriften: § 1 ist die Grundnorm des InvStG und beinhaltet eine grundlegende Weichenstellung: Nur wenn es sich bei einem in- oder ausländ. Anlagevehikel um einen „Investmentfonds“ im Sinne der Norm handelt, sind die Besteuerungsfolgen des InvStG auf das Anlagevehikel und seine Anleger anwendbar.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendungsbereich: Investmentfonds und deren Anleger

Der Anwendungsbereich des InvStG erstreckt sich auf Investmentfonds und deren Anleger.

Investmentfonds: Zur Definition s. Abs. 1 Satz 2, s. Anm. 6.

Anleger: Zur Definition s. § 2 Abs. 10, § 2 Anm. 21.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition Investmentfonds/fiktive Investmentfonds

I. Definition des Investmentfonds (Abs. 2 Sätze 1 und 2)

6 1. Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 KAGB

Investmentfonds sind zunächst Investmentvermögen iSd. § 1 Abs. 1 KAGB, wobei – abweichend von der aufsichtsrechtl. Definition – bestimmte Vehikel (Abs. 2 Satz 2, s. Anm. 6) bzw. Teile bestimmter Vehikel (Abs. 4, s. Anm. 11) per Fiktion zusätzlich als Investmentfonds gelten oder aus dem Begriff des Investmentfonds ausgenommen werden sollen (Abs. 3, s. Anm. 10).

Investmentvermögen: Ein Investmentvermögen ist in § 1 KAGB definiert als jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Geld einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist (s. ausführl. *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 1 Rz. 29 ff. [3/2023]; *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 1 InvStG 2018 Rz. 13 ff. [3/2022]; *Behrens/Kammeter in Kretschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 1 Rz. 10 ff.).

Bindung ans Aufsichtsrecht: Die bereits nach dem InvStG aF bestehende Anknüpfung an einen auslegungsbedürftigen aufsichtsrechtl. Begriff und das Fehlen einer eigenständigen stl. Definition wurde trotz der entsprechend geäußerten Kritik zum alten Recht zunächst (bis zur Änderung durch das JStG 2020) beibehalten (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [4] mwN). Das Dilemma zwischen dem einerseits geboten erscheinenden Gleichlauf zwischen Aufsichts- und StRecht und der Unsicherheit im Hinblick auf einen offenen Rechtsbegriff bestand somit fort. Schon bislang wollte die FinVerw. dieses Dilemma dadurch lösen, dass zwar einerseits für das StRecht keine Bindung an aufsichtsrechtl. Entsch. bestehen soll, andererseits zur Auslegung des Begriffs „Investmentvermögen“ auf die aufsichtsrechtl. Verwaltungsverlautbarungen, insbes. das Auslegungsschreiben der BaFin v. 14.6.2013 (zuletzt geändert am 9.3.2015 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006) zurückgegriffen werden könne (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.2; s. auch *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 1 KAGB Rz. 4). Nunmehr sieht der durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) eingefügte Satz 2 ausdrücklich vor, dass für Zwecke dieses Gesetzes keine Bindungswirkung an die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAGB bestehe. Dies bringt zwar theoretische Klarheit, löst aber nicht die Subsumtionsprobleme im Einzelfall. Unseres Erachtens besteht darüber hinaus ein Wertungswiderspruch zu § 2 Abs. 1, wonach die Begriffsbestimmungen des KAGB entsprechend geltend sollen. Nimmt man diese Regelung ernst, müsste zwangsläufig die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAG auch strechtl. „richtig“ und damit bindend sein. Trotz dieser dogmatischen Unsauberkeit ist uE als Faustformel weiterhin davon auszugehen, dass ein Vehikel, das aufsichtsrechtl. als Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) oder als Alternativer Investmentfonds (AIF) qualifiziert, auch ein Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 2 InvStG ist (es sei denn, es greifen die in § 1 Abs. 2 bis 4 genannten Ausnahmen). Zum Sonderfall der „Investment-GmbH“ s. unten. Nachfolgend werden die von der BaFin (BaFin v. 14.6.2013, zuletzt geändert am 9.3.2015 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006) entwickelten Kriterien zur Auslegung des Begriffs „Investmentvermögen“ iSv. § 1 KAGB näher dargestellt.

Organismus: Nach Auffassung der BaFin muss ein Vehikel vorliegen, in dem das externe, von den Investoren eingesammelte Kapital „gepoolt“ wird. Unverzichtbar sei somit, dass ein rechtl. oder wirtschaftlich (zB durch einen getrennten Rechnungskreis) verselbständigt gepooltes Vermögen aufgelegt wird. Auf eine bestimmte Rechtsform komme es nicht an, so dass alle denkbaren Rechtsformen (zB KapGes., PersGes., GbR) vom Begriff des Organismus erfasst sind. Auch komme es nicht darauf an, in welcher Form der Anleger am Vermögen beteiligt ist, dh., die Beteiligung kann gesellschaftsrechtl., mitgliedschaftlicher oder schuldrechtl. Natur sein.

Für gemeinsame Anlagen: Unter Bezugnahme auf die Leitlinien der *European Securities and Markets Authority ESMA (Final Report „Guidelines on key concepts of the AIFMD“* v. 24.5.2013, ESMA/2013/600) muss nach Auffassung der BaFin ein

Vehikel vorliegen, welches das externe von den Investoren eingesammelte Kapital poolt, um eine gemeinschaftliche Rendite für die Investoren zu generieren, die daraus resultiert, dass gemeinschaftliche Risiken durch das Kaufen, Halten und Verkaufen von Vermögensgegenständen eingegangen werden. Der Anleger müsse also an den Chancen und Risiken des Organismus beteiligt sein; dies sei selbst dann gegeben, wenn die Gewinn- und/oder Verlustbeteiligung vertraglich begrenzt sei, solange dem Anleger nur kein unbedingter Kapitalrückzahlungsanspruch zustehe.

Einsammeln von Geld: Unter Bezugnahme auf die Leitlinien der ESMA ist nach Auffassung der BaFin ein Einsammeln von Geld gegeben, wenn ein Organismus oder eine Person oder ein Unternehmen für Rechnung dieses Organismus direkte oder indirekte Schritte unternimmt, um gewerblich bei einem oder mehreren Anlegern Kapital zu beschaffen. Regelmäßig keine Investmentvermögen stellen in Abgrenzung von dieser Definition daher (*Single-Family Office Vehikel* dar (Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, 3. Aufl. 2021, § 1 KAGB Rz. 5).

Von einer Anzahl von Anlegern: Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 KAGB ist eine Anzahl von Anlegern gegeben, wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des Organismus die Anzahl der möglichen Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen. Es kommt damit nach Auffassung der BaFin nicht darauf an, ob tatsächlich mehrere Anleger an dem Organismus beteiligt sind, solange nur die theoretische Möglichkeit der Beteiligung mehrerer Anleger (unmittelbar oder zB über einen Treuhänder) besteht. Ist dagegen die Aufnahme weiterer Anleger nach den Anlagebedingungen, der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen (sog. Ein-Personen-Fonds), liegt aufsichtsrechtl. kein Investmentvermögen vor (s. aber zur stl. Fiktion eines Investmentfonds in diesem Fall § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Anm. 6).

Festgelegte Anlagestrategie: Nach Auffassung der BaFin können die folgenden Merkmale einzeln oder kumulativ auf das Vorliegen einer Anlagestrategie hindeuten: (i) Die Strategie ist spätestens zu dem Zeitpunkt festgelegt, zu dem die Beteiligung des Anlegers bindend geworden ist; (ii) Die Strategie ist in einem Dokument ausgeführt, das Teil der Anlagebedingungen oder der Satzung des Organismus ist oder auf das in den Anlagebedingungen oder der Satzung Bezug genommen wird; (iii) Der Organismus hat eine rechtl. bindende und von den Anlegern durchsetzbare Verpflichtung, die Strategie den Anlegern gegenüber einzuhalten; (iv) Die Strategie konkretisiert die Richtlinien, nach denen die Anlage zu erfolgen hat (zB Anlage in bestimmte Kategorien von Vermögensgegenständen, Beschränkungen bei der *Asset Allocation*, Verfolgung bestimmter Strategien, Anlage in bestimmte geographische Regionen, Beschränkungen des *Leverage*, bestimmte Haltefristen oder sonstige Risikodiversifikationsvorgaben).

Investition zum Nutzen der Anleger: Nach Auffassung der BaFin bedeutet dies, dass das eingesammelte Geld nicht zum Nutzen des eigenen Unternehmens investiert werden darf, dh., der Organismus darf nicht eigenwirtschaftlich, sondern nur für Rechnung der Anleger tätig werden.

Kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors: Nach Auffassung der BaFin sind insbes. solche Unternehmen ausgenommen, die Immobilien entwickeln oder errichten, Güter oder Handelswaren produzieren, kaufen, verkaufen, tauschen oder sonstige Dienstleistungen außerhalb des Finanzsektors anbieten. Wenn ein operatives Unternehmen zusätzlich Investitionen zu Anlagezwecken tätigt, sei dies unschädlich, solange diese lediglich untergeordnete Neben- oder Hilfstätigkeiten darstellen (ausführl. zu diesem Kriterium Hoffmann in Korn, § 1 Rz. 34 ff.

[5/2020]; Bödecker in BeckOK, § 1 Rz. 29.5 ff. [12/2023]). Zu *Private Equity Fonds* s. auch Wenzel in Brandis/Heuermann, § 1 InvStG 2018 Rz. 20 [3/2022]; Behrens/Kammeter in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 1 Rz. 52.

2. Ausnahmen (insbesondere nach § 1 Abs. 3 KAGB)

7

Gesetzlich im KAGB geregelte Ausnahmen: Wie bereits in § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 InvStG aF werden durch § 1 Abs. 3 Nr. 1 InvStG ausdrücklich die in § 2 Abs. 1 und 2 KAGB genannten Ausnahmen vom Begriff „Investmentvermögen“ auch für das StRecht als verbindlich erklärt (s. ausführl. Anm. 10).

Sonstige wichtige Ausnahmen: Keine Investmentvermögen liegen uE darüber hinaus insbes. in den folgenden Fällen vor (s. auch „ABC der potenziellen Investmentvermögen“ bei Behrens/Kammeter in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 1 Rz. 137 ff.):

- ▶ *Joint Venture Vereinbarungen und Investment Clubs*, denn dort kann es uU (noch) an der für das Vorliegen eines Organismus notwendigen Poolung von Geldern in einem Vehikel fehlen (vgl. BaFin v. 14.6.2013 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006). Die aufsichtsrechtl. Behandlung dieser Fälle ist jedoch in der Literatur umstritten (vgl. Bödecker in BeckOK, § 1 Rz. 29.4 [12/2023]), teilweise wird zumindest die Geltung dieser Ausnahmen für Zwecke des InvStG (uE ohne dogmatische Grundlage) in Zweifel gezogen (vgl. Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, 3. Aufl. 2021, § 1 KAGB Rz. 5, 33).
- ▶ *Managed Accounts* und andere Vermögensverwaltungsmandate, denn dort sind die Vermögensgegenstände den Anlegern weiterhin rechtl. im Sinne einer Eigentumsposition zuzurechnen, so dass es an einer verselbständigten Vermögensmasse im Sinne eines Organismus fehlt (so BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.3).
- ▶ *Schuldverschreibungen/Zertifikate*: Es fehlt uE zum einen an der für einen „Organismus“ erforderlichen Trennung von der übrigen Vermögensmasse, zum anderen an einer Investition zum Nutzen der Anleger, wenn zB eine Bank eine Schuldverschreibung in Form eines Zertifikats emittiert, dessen Wertentwicklung an verschiedene Wertpapiere als *Underlying* oder an einen selbst erstellten Index gekoppelt ist, und die Bank in der Verwendung der Anlegergelder frei ist und dem Anleger nicht verspricht, die Anlegergelder etwa in den selbsterstellten Index oder dem Referenzportfolio zugrundeliegende Vermögenswerte zu investieren. Dies gilt nach uE zutreffender Auffassung der BaFin selbst dann, wenn die Bank einen Teil der eingenommenen Gelder zum Zwecke des *Hedging* tatsächlich in das Referenzportfolio investiert (BaFin v. 14.6.2013 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006). Auch die FinVerw. scheint Schuldverschreibungen/Zertifikate generell aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausnehmen zu wollen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.4). Ausdrücklich ausgenommen werden jedenfalls Zertifikate und Schuldverschreibungen, die von einer Verbriefungszweckgesellschaft nach Art. 2 Abs. 3g iVm. Art. 4 Abs. 1 RL 2011/61/EU v. 8.6. 2011 (ABl. EU 2011 Nr. L 174, 1) begeben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.4). Davon abzugrenzen sind uE jedoch nach (ausländ.) Aufsichtsrecht mögliche Strukturen, bei denen das für einen „Organismus“ notwendige verselbständigte gepoolte Vermögen gegeben ist und die Beteiligung den Anlegern daran nicht über Eigenkapitalinstrumente, sondern über Schuldtitel vermittelt wird (vgl. dazu bereits Anm. 6).

- *Interne Fonds nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VAG* stellen nach Auffassung der Fin-Verw. ebenfalls keinen rechtl. verselbständigten Organismus dar (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.5).

Sonderfall Investment-GmbH: Für Spezial-AIF, die von „kleinen“ AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften iSv. § 2 Abs. 4 KAGB verwaltet werden, gilt aufsichtsrechtl. kein Rechtsformzwang, sondern vielmehr der rechtsformunabhängige Begriff des Investmentvermögens. Diese Spezial-AIF können daher in jeder Rechtsform aufgelegt werden, sofern sie nur die Merkmale eines Investmentvermögens in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB erfüllen (dh. nicht nur in Form eines Sondervermögens, einer Investmentaktiengesellschaft oder einer Investmentkommanditgesellschaft). In der Praxis wird dabei häufiger die Rechtsform einer „normalen“ GmbH verwendet und als Investment GmbH bezeichnet. Unseres Erachtens zählen auch diese Investment-GmbH zu den Investmentfonds im Sinne der Vorschrift (so auch die Regierungsbegründung zum JStG 2020 im Zusammenhang mit einer Ergänzung des § 44 Abs. 1 Satz 4 EStG, BTDrucks. 19/22850, 85). Insbesondere greifen die Ausschlussstatbestände des Abs. 3 (s. Anm. 10) nicht. Es gelten für sie daher die allgemeinen Regelungen des InvStG. Allerdings können sie wegen des Rechtsformzwangs des § 27 (s. § 27 Anm. 5) keine Spezial-Investmentfonds sein.

8 3. Ausländische Investmentvehikel

Auch bei ausländ. Vehikeln ist der Maßstab des § 1 Abs. 1 KAGB (entsprechend) heranzuziehen. Dies gilt sowohl bei Vehikeln innerhalb der EU/des EWR als auch in Drittstaaten. Die aufsichtsrechtl. Qualifikation im jeweiligen Ansässigkeitsstaat ist formal zwar irrelevant, uE jedoch ein Indiz für die auch inländ. aufsichtsrechtl. Qualifikation als Investmentvermögen. Bei Vehikeln, die in ihrem Ansässigkeitsstaat als OGAW/AIF gelten, sollte der Maßstab des § 1 Abs. 1 KAGB grds. ohne Weiteres erfüllt sein. Diskussionswürdig erscheint uE jedoch eine Ausnahme für den Fall, in denen ein „unteres“ reguliertes Vehikel in einer mehrstöckigen Fondsstruktur faktisch die Funktion einer Holdinggesellschaft einnimmt, so dass es bei diesem (eigentlich) am Merkmal des Einsammelns von Kapital fehlen könnte (vgl. auch *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 1 Rz. 47 [3/2023]).

II. Fiktive Investmentfonds (Abs. 2 Satz 3)

9 1. Überblick

Abs. 2 Satz 3 erklärt darüber hinaus bestimmte Organismen/Anlagevehikel, die aufsichtsrechtl. nicht unter den Begriff des Investmentvermögens fallen, zu Investmentfonds im stl. Sinne (Fiktion, „gelten als“).

9a 2. Ein-Personen-Fonds (Abs. 2 Satz 3 Nr. 1)

Dies sind Organismen für gemeinsame Anlagen, bei denen die Zahl der möglichen Anleger nach den Anlagebedingungen, der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auf einen Anleger begrenzt ist, die aber die übrigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KAGB erfüllen. Solche Ein-Personen-Fonds ieS fallen mangels Erfüllung des Merkmals „Anzahl von Anlegern“ aufsichtsrechtl. nicht unter den Begriff des Investmentvermögens (und damit eigentlich auch nicht unter das InvStG), während Anlagevehikel, die theoretisch mehrere Anleger haben können,

aber faktisch nur einen Anleger haben, Investmentvermögen im aufsichtsrechtl. Sinne darstellen (und damit bereits nach Abs. 2 Satz 1 unter das InvStG fallen). Mit der Fiktion dieser Ein-Personen-Fonds als Investmentfonds im stl. Sinne soll verhindert werden, dass ein Anlagevehikel (wie noch unter dem InvStG aF) durch bloße Satzungsänderung entscheiden kann, ob es unter den Anwendungsbereich des InvStG fällt oder nicht (BTDrucks. 18/8045, 67).

III. Nicht operativ unternehmerisch tätige steuerbefreite Kapitalgesellschaften (Abs. 2 Satz 3 Nr. 2)

9b

Kapitalgesellschaften, denen nach dem Recht des Staats, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung haben, eine operative unternehmerische Tätigkeit untersagt ist und die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen oder die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, gelten ebenfalls fiktiv als Investmentfonds im stl. Sinne. Mit dieser im InvStG aF nicht enthaltenen Fiktion löst sich das Fondssteuerrecht, uE systemwidrig, vollständig vom Aufsichtsrecht (für eine einschränkende Auslegung daher *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 1 Rz. 71 [3/2023]; *Behrens/Kammeter in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 1 Rz. 62). Begründet wird dieser Systembruch fast zirkelschlussartig mit dem Ziel der Vermeidung „nicht systemgerechter Besteuerungslücken“ (BTDrucks. 18/8045, 67).

Kapitalgesellschaft: Die Regelung findet ausschließlich auf in- oder ausländ. KapGes. Anwendung. Bei ausländ. KapGes. ist nach Auffassung der FinVerw. ein Rechtstypenvergleich entsprechend der Kriterien des LLC-Schreibens (BMF v. 19.3.2014 – IV A 3 – S 0062/14/10002 2014/0108334, BStBl. I 2014, 411) sowie unter Berücksichtigung der Tabellen 1 und 2 der Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze (BMF v. 24.12.1999 – IV B 4 – S 1300 – 111/99, BStBl. I 1999, 1076) vorzunehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.8).

Recht des Staats, in dem sie ihren Sitz oder Geschäftsleitung hat: Gemeint sind uE die jeweils anwendbaren Gesetze im In- oder Ausland. Für die Begriffe „Sitz“ und „Geschäftsleitung“ sind die Definitionen in § 11 AO bzw. § 10 AO heranzuziehen. Nach uE zu enger Auffassung der FinVerw. soll es in Fällen, in denen eine KapGes. Sitz und Geschäftsleitung in unterschiedlichen Staaten hat, ausreichend sein, dass nur in einem der Staaten die Voraussetzungen von Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 erfüllt sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.9).

Untersagung einer operativen unternehmerischen Tätigkeit: Der Gesellschaft muss eine operative unternehmerische Tätigkeit rechtl. untersagt sein. Es reicht daher uE nicht aus, dass eine operative unternehmerische Tätigkeit zwar grds. erlaubt, zB aber mit negativen Steuerfolgen verknüpft ist. So auch die Gesetzesbegründung und die FinVerw., die gemeinnützige GmbH (gGmbH) iSv. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift mit der Begr. ausnehmen, dass diese durchaus im Rahmen ihres wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs operativ unternehmerisch tätig werden können, wenn auch mit der Folge der partiellen StPflcht nach §§ 64 ff. AO (BTDrucks. 18/8045, 67; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.10). Das Gesetz definiert den Begriff der operativen unternehmerischen Tätigkeit nicht näher. Die Gesetzesbegründung legt nahe, die Grundsätze zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 14 AO) entsprechend heranzuziehen.

Keiner Ertragsbesteuerung unterliegend/von der Ertragsbesteuerung befreit: Die FinVerw. versteht diese Begriffe eng. Entscheidend sei, dass die KapGes. ent-

weder aus dem persönlichen Anwendungsbereich des nationalen Steuergesetzes ausgenommen wurde oder sachlich in vollem Umfang stbefreit sei. Auf die konkrete Ertragsteuerbelastung komme es demgegenüber nicht an (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.11). Anders formuliert: Die bloße (sachliche) StBefreiung bestimmter Einkünfte, die faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt, reicht für die Fiktion des Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 nicht aus.

Anwendungsfälle: Inländische Anwendungsfälle sind nicht ersichtlich. Nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 67) richtet sich die Vorschrift gegen die Luxemburger Verwaltungsgesellschaft für Familienvermögen (*société de gestion patrimoine familial*, SPF).

9c IV. Konzerneigene Investmentvermögen (Abs. 2 Satz 3 Nr. 3)

Ferner gelten (fiktiv) als Investmentfonds im stl. Sinne von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften verwaltete Investmentvermögen, die unter die Konzernausnahme des § 2 Abs. 3 KAGB fallen. Es handelt sich dabei um konzerneigene Investmentvermögen, bei denen aufsichtsrechtl. kein Anlegerschutz geboten ist und die deshalb aus dem Anwendungsbereich des KAGB ausgenommen werden (vgl. dazu *Boxberger* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 2 KAGB Rz. 16 ff.). Wie bereits unter dem InvStG aF folgt das StRecht hier nicht dem Aufsichtsrecht. Die Fiktion betrifft insbes. VU (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [6f.]).

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausnahmen vom Begriff des Investmentfonds

10 I. Überblick

Abs. 3 schließt bestimmte Anlagevehikel, die eigentlich unter den aufsichtsrechtl. Begriff des Investmentvermögens fallen und damit von Abs. 2 erfasst wären, ausdrücklich vom Anwendungsbereich des InvStG aus. Technisch gelten diese nicht als „Investmentfonds“.

11 II. Ausnahme 1: Gesellschaften, Einrichtungen und Organisationen nach § 2 Abs. 1 und 2 KAGB (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1)

Diese Ausnahme, die bereits im InvStG aF enthalten war, ist uE rein deklaratorisch, da die von § 2 Abs. 1 und 2 KAGB erfassten Vehikel bereits nach dem KAGB nicht als regulierte Investmentvermögen iSv. § 1 Abs. 1 KAGB gelten. Zu den von § 2 Abs. 1 und 2 KAGB erfassten Anlagevehikeln zählen insbes.:

Holdinggesellschaften, die eine Beteiligung an einem oder mehreren anderen Unternehmen halten, deren Unternehmensgegenstand darin besteht, durch ihre Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen oder Beteiligungen jeweils eine Geschäftsstrategie zu verfolgen, den langfristigen Wert dieser Unternehmen oder Beteiligungen zu fördern und die entweder auf eigene Rechnung tätig sind und deren Anteile zum Handel auf einem organisierten Markt iSd. § 2 Abs. 5 WpHG in der EU zugelassen sind oder ausweislich ihres Jahresberichts oder anderer amtlicher Unterlagen nicht mit dem Hauptzweck gegründet würden, ihren An-

legern durch Veräußerung ihrer Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen eine Rendite zu verschaffen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB; s. ausführl. Bödecker in BeckOK, § 1 Rz. 68 ff. [12/2023]).

Verbriefungszweckgesellschaften, dh. Gesellschaften, deren einziger Zweck darin besteht, eine oder mehrere Verbriefungen iSv. Art. 1 Abs. 2 VO (EG) Nr. 24/2009 v. 19.12.2008 (ABl. EU 2009 Nr. L 15, 1) zu betreiben und weitere zur Erfüllung dieses Zwecks geeignete Tätigkeiten durchzuführen (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 iVm. § 1 Abs. 19 Nr. 36 KAGB). Die hM zum InvStG aF ging uE zutr. von einem weiten Verbriefungsbegriff aus und hielt neben *true-sale*-Übertragungen auch synthetische Verbriefungen (jeweils mit oder ohne Tranchierung der zur Refinanzierung begebenen Instrumente) für erfasst (s. ausführl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [7]). Dies sollte uE auch unter dem neuen InvStG weiterhin der Fall sein (so auch *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 1 KAGB Rz. 20).

Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 KAGB), dh. insbes. Pensionsfonds und Pensionskassen und vergleichbare ausländ. durch die IOPR-Richtlinie (RL 2003/41/EG) regulierte Vehikel (vgl. BTDrucks. 17/12294, 205; *Boxberger/Röder* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 2 KAGB Rz. 7). Siehe zu Arbeitnehmerbeteiligungssystemen/Managementbeteiligungsprogrammen Bödecker in BeckOK, § 1 Rz. 82 f. (12/2023).

III. Ausnahme 2: Personengesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Sätze 2 und 3)

1. Überblick

12

Ebenfalls keine Investmentfonds sind Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes. oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform, es sei denn, es handelt sich um Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) nach § 1 Abs. 2 KAGB oder um Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53 InvStG. Sondervermögen und vergleichbare ausländ. Rechtsformen sollen dabei nicht als PersGes. iSv. Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 gelten (Abs. 3 Satz 2). Hintergrund der so nicht im InvStG aF enthaltenen Regelung ist nach der Gesetzesbegründung, dass PersGes. international vielfach nicht als eigenständige Besteuerungssubjekte behandelt würden, sondern die Besteuerung auf die jeweiligen Anteilseigner verlagert werde. Dieser transparente Ansatz widerspreche dem zukünftigen Besteuerungssystem für Investmentfonds, das eine Besteuerung sowohl auf Ebene des Investmentfonds (§§ 6 ff.) als auch auf Ebene der Anleger (§§ 16 ff.) vorsehe (vgl. BTDrucks. 18/8045, 67 f.). So sehr diese Begr. auf den ersten Blick einleuchten mag, so unverstänlich erscheint es dann, gleichwohl PersGes., die OGAW sind, wieder in den Anwendungsbereich des InvStG aufzunehmen. Durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) wurde Abs. 3 um einen Satz 2 ergänzt, wonach Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes. auch dann keine Investmentfonds sind, wenn sie nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben.

2. Personengesellschaft/vergleichbare ausländische Rechtsform

13

Die Regelung findet auf in- oder ausländ. PersGes. Anwendung. Bei ausländ. PersGes. ist nach Auffassung der FinVerw. ein Rechtstypenvergleich entsprechend den Kriterien des LLC-Schreibens (BMF v. 19.3.2014 – IV A 3 - S 0062/14/100022014/

0108334, BStBl. I 2014, 411) sowie unter Berücksichtigung der Tabellen 1 und 2 der Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze (BMF v. 24.12.1999 – IV B 4 - S 1300 - 111/99, BStBl. I 1999, 1076) vorzunehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.12; ausführl. dazu sowie zu neueren Entwicklungen in Rspr. und gesellschaftsrechtl. Gesetzgebung Behrens/Kammeter in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 1 Rz. 90 ff.). Nach Auffassung der FinVerw. sind dabei haftungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennte Teile eines Investmentvermögens in der Rechtsform einer PersGes. für Steuerzwecke als eigenständige PersGes. zu betrachten. Allerdings sei keine gesonderte Feststellung vorzunehmen, wenn an dem haftungs- und vermögensrechtl. getrennten Teil der PersGes. nur eine Person beteiligt ist, die mit ihren Einkünften in Deutschland stpfl. ist (§ 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AO), vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.13.

14 3. Sondervermögen sind keine Personengesellschaften

Durch Abs. 3 Satz 2 wird angeordnet, dass Sondervermögen und vergleichbare ausländ. Rechtsformen nicht als PersGes. im Sinne der Ausnahmeregelung gelten. Die FinVerw. konkretisiert diese Regelung für ausländ. Anlagevehikel dahingehend, dass einem (inländ.) Sondervermögen ausländ. Investmentvermögen der Vertragsform (wozu uE insbes. der Luxemburger *fonds commun de placement*, FCP zählt; zu weiteren Fällen s. Hoffmann in Korn, § 1 Rz. 64 [5/2020]; Behrens/Kammeter in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 1 Rz. 123) vergleichbar sind (BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 1.14). Durch diese „Klarstellung“ (so BTDrucks. 18/8045, 68) soll sichergestellt werden, dass diese Vehikel zukünftig der deutschen Besteuerung nach §§ 6 ff. InvStG unterliegen.

Gegenausnahme 1: OGAW iSv. § 1 Abs. 2 KAGB: Gemeint sind inländ. OGAW (dh. Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, §§ 192 ff. KAGB) sowie EU-OGAW (§ 1 Abs. 2 KAGB iVm. Art. 1 Abs. 1 RL 2009/65/EG). Wie die FinVerw. zutr. feststellt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.15), sind in einem Drittstaat belegene Anlagevehikel, auch wenn sie die gleiche Anlagestrategie wie ein EU-OGAW haben, nicht von der Gegenausnahme erfasst, da diese nicht unter § 1 Abs. 2 KAGB fallen.

Gegenausnahme 2: Altersvorsorgevermögensfonds (§ 53): Diese Gegenausnahme, die sich auf den Altersvorsorgevermögensfonds iSd. § 53, eine besondere Form der (offenen) Investmentkommanditgesellschaft für Zwecke des *Pension Asset Pooling* bezieht, ist – anders als die erste Gegenausnahme für OGAW – konsequent und folgerichtig, da diese Form der PersGes. im InvStG (konkret in dessen § 53, s. dazu § 53 Anm. 1 ff.) geregelt ist und folglich vom Anwendungsbereich des InvStG erfasst sein muss.

15 4. Sonderfall: Option zur Körperschaftsbesteuerung

Seit dem KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) können PersGes. unter bestimmten Voraussetzungen zur Körperschaftsbesteuerung optieren (§ 1a KStG). Satz 3 regelt nun, dass PersGes., die zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, nicht als Investmentfonds gelten sollen. Begründet wird dies damit, dass die Option zur Körperschaftsbesteuerung nicht durch eine Anwendung des InvStG überlagert werden soll. Unseres Erachtens ist das weder zwingend noch systematisch konsequent: Wenn eine PersGes. (zukünftig) stl. als Körperschaft gelten kann, müsste das uE einheitlich, dh. auch für Zwecke des InvStG gelten. Eine rein „klar-

stellende“ Regelung (so BTDrucks. 19/28656, 29), ist Abs. 3 Satz 3 daher sicherlich nicht (s. zu den Auswirkungen der Option auf das InvStG ausführl. *Haug*, FR 2021, 410).

5. Anwendungsfälle der Personengesellschaftsausnahme

15a

Die Ausnahme betrifft insbes. *Private-Equity*-Fonds, die sowohl im Inland als auch im Ausland regelmäßig als transparente PersGes. strukturiert werden (im Inland: geschlossene Investment KG, im Ausland zB Delaware LP oder Luxemburger SCS/SCSp). Bei diesen Vehikeln bleibt es bei der Verlagerung der Besteuerung auf die Anlegerebene. Dies entspricht weitestgehend der früheren Rechtslage, da diese PersGes. regelmäßig als ebenfalls stl. transparente Personen-Investitionsgesellschaften nach § 18 InvStG aF qualifizierten (s. ausführl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [7 f.]).

IV. Ausnahme 3: Unternehmensbeteiligungsgesellschaft (Abs. 3 Satz 1 Nr. 3)

16

Wie bereits im InvStG aF werden Unternehmensbeteiligungsgesellschaften iSv. § 1a Abs. 1 UBGG aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen. Begründet wurde dies seinerzeit mit der spezialgesetzlichen Regelung im UBGG (BRDrucks. 740/13, 57); s. ausführl. *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 1 Rz. 105 f.

V. Ausnahme 4: Kapitalbeteiligungsgesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 4)

17

Wie bereits im InvStG aF werden Kapitalbeteiligungsgesellschaften, die im öffentlichen Interesse mit Eigenmitteln oder mit staatlicher Hilfe Beteiligungen erwerben, aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen. Es handelt sich dabei um Unternehmen im Rahmen der Mittelstandsförderung von Bund und Ländern (ausführl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 1 KAGB Rz. 29 ff.). Begründet wurde dies seinerzeit damit, dass ihr eigentlicher Zweck nicht auf die kollektive Vermögensanlage gerichtet sei (BRDrucks. 740/13, 58); s. ausführl. *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 1 Rz. 108 ff.; nunmehr auch *Bödecker in BeckOK*, § 1 Rz. 123 ff. (12/2023).

VI. Ausnahme 5: REIT-Gesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 5)

18

Erstmalig wurden mit dem InvStG 2018 auch REIT-Aktiengesellschaften nach § 1 Abs. 1 Satz 1 REIT-G sowie andere REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen nach § 19 Abs. 5 REIT-G aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen. Dies erscheint folgerichtig, da das REIT-G für diese Einheiten eigenständige Bestimmungsvorschriften bereithält (vgl. auch BTDrucks. 17/8045, 68). Siehe dazu ausführl. *Behrens/Kammeter in Kretzschmann/Schwenkel/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 1 Rz. 118 ff.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Fiktion der steuerlichen Eigenständigkeit von Teilen eines Investmentfonds

19 I. Fiktion der Eigenständigkeit

Nach Abs. 4 gelten haftungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds für Zwecke des InvStG als eigenständige Investmentfonds. Das InvStG aF enthielt zwar in § 1 Abs. 1 Satz 2 eine ähnliche Fiktion; Abs. 4 ist jedoch (deutlich) weiter formuliert.

20 II. Haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds

Nach Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.16f.) ist wie folgt zu unterscheiden:

Teilgesellschaftsvermögen: Von Abs. 4 erfasst seien Teilgesellschaftsvermögen einer InvAG mit veränderlichem Kapital (§ 117 KAGB) oder einer Investment-KG (§ 132 KAGB) – sofern diese nicht bereits nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 (s. Anm. 10) aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen ist – sowie vergleichbare haftungs- oder vermögensrechtl. voneinander getrennte Teile eines ausländ. Investmentfonds.

Teilsondervermögen: In einer *Umbrella*-Konstruktion zusammengefasste Teilsondervermögen iSd. § 96 Abs. 2 Satz 1 KAGB seien demgegenüber bereits selbst Sondernvermögen iSd. § 1 Abs. 10 KAGB und erfüllten daher unmittelbar die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 InvStG, so dass insoweit § 1 Abs. 4 InvStG nicht einschlägig sei. Etwas anderes gelte bei ausländ. Investmentfonds der Vertragsform: Liege dort eine vergleichbare haftungs- und vermögensrechtl. Trennung einzelner Teile des Investmentfonds vor, sei § 1 Abs. 4 InvStG gleichwohl einschlägig.

Anteilsklassen (§ 96 Abs. 1 Satz 1 KAGB) sind uE nicht von der Fiktion des Abs. 4 erfasst, da es sich insoweit nicht um verselbständigte Vermögensmassen handelt, sie vielmehr nur unterschiedliche Rechte an derselben Vermögensmasse verbriefen (so auch *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [5], s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.18, 6.2 sowie 23.2).

21 III. Rechtsfolge der Fiktion

Die Fiktion gilt nur für Zwecke des InvStG – und dann ggf. getrennt nach dem jeweiligen Teil des Investmentfonds (ausführl. *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 1 Rz. 106 ff. [3/2023]). Anders als unter dem InvStG aF ist die unterschiedliche Behandlung einzelner Teile eines Investmentfonds zukünftig weniger relevant, da die Trennung zwischen stl. privilegierten „Investmentfonds“ und eher nachteiligen „Investitionsgesellschaften“ aufgegeben wurde. Jedoch ist auch zukünftig eine unterschiedliche Einordnung als „regulärer“ Investmentfonds iSv. §§ 6 ff. und als Spezial-Investmentfonds iSv. §§ 25 ff. möglich. Zudem können einzelne Teile (je-weils separat) zukünftig für einzelne Teilfreistellungen (vgl. § 20) qualifizieren.