

Prof. Dr. Michael Stöber und Dr. Jens Kleinert, RA/FAStR

## **Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht**

Zurzeit befinden sich die Anleger luxemburgischer sog. Millionärsfonds im Visier der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden. Diese machen geltend, bei den besagten Investmentfonds sei das angebliche investmentsteuerrechtliche Erfordernis einer Fremdverwaltung des Fondsvermögens unter Ausschluss jeden Einflusses der Anleger nicht eingehalten worden. Die Anleger hätten daher zu Unrecht die privilegierte Besteuerung nach dem InvStG in Anspruch genommen und sich so der Steuerhinterziehung schuldig gemacht. Der vorliegende Beitrag legt dar, dass es im Investmentsteuerrecht in Wahrheit kein Erfordernis einer Fremdverwaltung gibt und die Verfolgung der Anleger der sog. Millionärsfonds daher unrechtmäßig ist.

### **I. Einleitung und Problemstellung**

Zur wirksamen Durchsetzung der Steueransprüche des Staates und zur Sicherung des Steueraufkommens ist eine strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen steuerliche Pflichten praktisch unverzichtbar. Die generelle Existenzberechtigung des Straftatbestands der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) steht daher außer Zweifel. Bei der Anwendung der sog. Blankettnorm des § 370 AO i.V. m. dem jeweiligen Steuergesetz müssen freilich die verfassungsrechtlichen Grenzen beachtet werden, die sich aus dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit des Art. 103 Abs. 2 GG ergeben. Diese Grenzen werden von den Finanz- und Strafverfolgungsbehörden mitunter überschritten.

Anlass dieses Beitrages ist das derzeitige vehemente Vorgehen der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden gegen inländische Anleger ausländischer Spezialfonds, insbesondere luxemburgischer sog. Millionärsfonds. Diese Fonds sind von einigen Bankhäusern als Spezialfonds luxemburgischen Rechts aufgelegt worden.<sup>1</sup> Überwiegend geschah dies in der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des InvG und des InvStG am 1.1.2004<sup>2</sup> und dem Inkrafttreten des an die Stelle des InvG getretenen KAGB am 22.7.2013<sup>3</sup> und der Änderung des InvStG durch das AIFM-StAnpG am 24.12.2013.<sup>4</sup> Einschlägig ist dann das InvStG in seiner vor dem 24.12.2013 gültigen Fassung, das wiederum auf das bis zum 21.7.2013 geltende InvG Bezug nimmt.<sup>5</sup>

Die Anleger jener Fonds sehen sich aktuell einer massiven Verfolgung durch Steuerfahndung und Staatsanwaltschaft ausgesetzt.<sup>6</sup> Diese stützen ihr Vorgehen auf die Annahme des Erfordernisses einer Fremdverwaltung von Investmentfonds als Voraussetzung für die Anwendung des InvStG. Gegen dieses Erfordernis werde bei den besagten Spezialfonds verstoßen mit der Folge, dass die im InvStG vorgesehene steuerliche Abschirmung des Fondsvermögens<sup>7</sup> nicht eingreife und die Erträge der betreffenden Fonds unmittelbar den Anlegern zuzurechnen seien. Wenn diese die Erträge in ihren Steuererklärungen nicht angegeben hätten, könne hierin eine Steuerhinterziehung i. S. d. § 370 AO liegen. Im Folgenden wird dargelegt, dass diese Sichtweise rechtlich nicht haltbar und das Vorgehen der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden daher unrechtmäßig ist.

### **II. Der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO)**

Nach § 370 Abs. 1 AO macht sich u. a. strafbar, wer den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht (Nr. 1) oder die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt (Nr. 2), sofern er dadurch

entweder Steuern verkürzt oder aber für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Nach § 370 Abs. 4 AO sind Steuern namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden.<sup>8</sup> Für die Feststellung, ob eine Steuerverkürzung vorliegt, ist die hypothetische steuerliche Behandlung bei zutreffender, d. h. materiell richtiger Erhebung der Steuer (Soll-Steuerfestsetzung) zu vergleichen mit der steuerlichen Behandlung, die der betreffende Sachverhalt aufgrund des unter § 370 Abs. 1 AO fallenden Fehlverhaltens tatsächlich erfahren hat (Ist-Steuerfestsetzung).<sup>9</sup> Sind alle Tatsachen gegenüber dem Finanzamt im Einklang mit dem materiellen Steuerrecht richtig und vollständig deklariert worden, fehlt es schon an einer Tathandlung i. S. d. § 370 Abs. 1 Nr. 1, 2 AO. Erst recht kann dann kein Taterfolg in Gestalt einer Steuerverkürzung eintreten. Die Strafbarkeit scheidet in diesem Fall bereits an der Nichterfüllung des objektiven Tatbestands.

### III. Grundzüge des Investmentsteuerrechts

#### 1. Steuerliche Abschirmung des Fondsvermögens – Transparenz- und Trennungsprinzip

Für die Beurteilung des Vorliegens einer Steuerhinterziehung in den hier in Rede stehenden Fällen kommt es entscheidend auf die Frage

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)

279

an, ob auf die besagten luxemburgischen Spezialfonds das InvStG – hier in seiner vor dem 24.12.2013 gültigen Fassung – anwendbar ist. Das InvStG enthält besondere Vorschriften über die Besteuerung von Investmentvermögen und legt zugleich i. E. fest, welche Anforderungen Fonds erfüllen müssen, um in den Anwendungsbereich des InvStG zu fallen.<sup>10</sup> Bei Anwendbarkeit des InvStG ist zumindest grundsätzlich für eine unmittelbare Zurechnung der Erträge an die Anleger und für die Annahme einer Steuerhinterziehung kein Raum; denn das InvStG sieht, wie im Folgenden näher zu erläutern ist, eine steuerliche Trennung zwischen dem Fondsvermögen und der Sphäre der Anleger und mithin eine steuerliche Abschirmung des Fondsvermögens vor.

Ohne Weiteres gilt dies für inländische Investmentvermögen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 InvStG a. F. in der Rechtsform einer Investment-AG<sup>11</sup> oder eines Sondervermögens. Sowohl bei einer deutschen Investment-AG (s. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) als auch bei einem deutschen Sondervermögen (s. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG i.V. m. § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG a. F.) handelt es sich um Körperschaftsteuersubjekte.<sup>12</sup> Beide sind nach den allgemeinen Regeln des Ertragsteuerrechts steuerlich intransparent mit der Folge, dass die durch sie erzielten Erträge – anders als bei Personengesellschaften – nicht unmittelbar, sondern nur im Fall und im Umfang einer Ausschüttung vom Anleger erzielt werden und zu versteuern sind.<sup>13</sup>

Im Investmentsteuerrecht besteht zwar die Besonderheit, dass das InvStG in gewissem Umfang eine steuerliche Transparenz des Investmentvermögens – gleich welcher Rechtsform – vorsieht.<sup>14</sup> Die amtliche Begründung zum InvStG a. F.<sup>15</sup> bezeichnet das Transparenzprinzip gar als „Leitidee der . . . Investmentbesteuerung“, schränkt diese Aussage aber in einem Atemzug durch die Feststellung ein, dass es „gewichtige Abweichungen vom Transparenzprinzip“ gebe. Wie sogleich darzulegen ist, führen diese „gewichtigen Abweichungen“ im Ergebnis dazu, dass das Investmentvermögen – ähnlich wie das Vermögen einer Kapitalgesellschaft – grundsätzlich gegenüber den Anlegern steuerlich abgeschirmt ist.<sup>16</sup> Das Transparenzprinzip kann mithin bei einer Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Regelung keineswegs als „Leitidee“ des Investmentsteuerrechts angesehen werden, sondern kommt hier von vornherein nur mit der Maßgabe zur Anwendung, dass im Grundsatz eine Trennung zwischen dem Investmentvermögen

und der Sphäre der Anleger besteht und damit letztlich doch weitgehend das Trennungsprinzip gilt.<sup>17</sup> Für Investmentfonds in der Rechtsform eines Körperschaftsteuersubjekts bleibt es damit bei dem Prinzip, das sich bereits aus den allgemeinen ertragsteuerrechtlichen Regeln ergibt. Dagegen greift das Transparenzprinzip im Investmentsteuerrecht nur ein, soweit es in den gesetzlichen Vorschriften einen Niederschlag gefunden hat.<sup>18</sup> Dementsprechend unterscheidet sich das investimentsteuerliche Transparenzprinzip deutlich von dem für die Besteuerung von Personengesellschaften geltenden Transparenzprinzip des Ertragsteuerrechts. Insofern wird auch von einem modifizierten oder eingeschränkten Transparenzprinzip des Investmentsteuerrechts gesprochen.<sup>19</sup>

Die Trennung zwischen dem Investmentvermögen und der Sphäre der Anleger kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG a. F. die Umqualifizierung der vom Investmentvermögen ausgeschütteten Erträge und der im Investmentvermögen thesaurierten ausschüttungsgleichen Erträge – und damit der laufenden Investmenterträge – auf der Ebene der Anleger in Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG anordnet.<sup>20</sup> Mit dieser Umqualifizierung wird bewirkt, dass Investmentvermögen unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung im Ansatz dem Trennungsprinzip unterliegen.<sup>21</sup> In Abweichung von der transparenten Besteuerung einer Personengesellschaft werden den Investmentanlegern aufgrund der Regelung des § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG a. F. die auf der Ebene des Investmentvermögens als Nettogröße ermittelten Einkünfte nicht unmittelbar als Einkünfte, sondern – mit Ausnahme der nicht steuerbaren thesaurierten Erträge – als Einnahmen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG bzw. als Betriebseinnahmen und mithin als Bruttogrößen zugerechnet.<sup>22</sup>

Mit der ebenfalls in § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG a. F. festgelegten Gleichstellung bestimmter im Investmentvermögen thesaurierter Erträge mit den ausgeschütteten Erträgen wird zugleich auch das investimentsteuerliche Transparenzprinzip umgesetzt, und zwar ebenfalls unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Investmentvermögens.<sup>23</sup> Weil thesaurierte Erträge allerdings nicht in vollem Umfang ausgeschütteten Erträgen gleichgestellt werden, wird das Transparenzprinzip wiederum nur teilweise umgesetzt. Thesaurierte Erträge, die nicht zu den in § 1 Abs. 3 S. 3, 4 InvStG a. F. genannten ausschüttungsgleichen Erträgen zählen, werden – ebenso wie bei Körperschaften – steuerlich erst mit ihrer Ausschüttung beim Anleger erfasst; insofern setzt sich mithin auch hier das Trennungsprinzip gegenüber dem Transparenzprinzip durch.<sup>24</sup> Dies betrifft insbesondere die vom Investmentfonds erzielten Aktienveräußerungsgewinne; diese können allerdings nach § 1 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 i.V. m. § 21 Abs. 1 S. 2 InvStG a. F. von privaten

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)	280
---	-----

Anlegern steuerfrei vereinnahmt werden, wenn das Investmentvermögen die Aktien vor dem 1.1.2009 angeschafft hat.<sup>25</sup>

## 2. Ausländische (luxemburgische) Investmentvermögen

Bei den hier erörterten Fonds handelt es sich freilich nicht um inländische Investmentfonds, sondern um Spezialfonds (*fonds d'investissement spécialisés* – FIS) luxemburgischen Rechts.<sup>26</sup> Die Besonderheit dieser Spezialfonds besteht darin, dass ihre Anteile einem oder einigen wenigen sachkundigen Anlegern (*investisseurs avertis*) vorbehalten sind und das Fondsvermögen – daher die Bezeichnung als „Millionärsfonds“ – mindestens 1,25 Mio. Euro betragen muss.<sup>27</sup> Als mögliche Rechtsformen der besagten luxemburgischen Spezialfonds sieht die gesetzliche Regelung insbesondere den *fonds commun de placement* (FCP)<sup>28</sup> und die *société d'investissement à capital variable* (SICAV)<sup>29</sup> vor.<sup>30</sup> Eine Spezialfonds-SICAV kann u. a. als Aktiengesellschaft (*société*

*anonyme* – S.A.) oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*société à responsabilité limitée* – S.A.R.L.) luxemburgischen Rechts gegründet werden.<sup>31</sup>

Nach seinem § 1 Abs. 1 Nr. 2 ist das InvStG in der bis zum 23.12.2013 gültigen Fassung aber auch auf ausländisches Investmentvermögen und ausländische Investmentanteile anwendbar.<sup>32</sup> Das vorstehend zur deutschen Investment-AG Gesagte gilt uneingeschränkt für luxemburgische Investmentfonds, die als SICAV in der Rechtsform einer S.A. oder S.A.R.L. aufgelegt worden sind. Die SICAV ist dann als Pendant zur deutschen Investment-AG einzuordnen; es handelt sich um eine besondere Variante einer S.A. bzw. S.A.R.L. luxemburgischen Rechts,<sup>33</sup> die – wie die deutsche AG – von ihren Gesellschaftern zu trennende juristische Personen sind.<sup>34</sup> Der Typenvergleich<sup>35</sup> führt dann zur Einordnung der SICAV als Kapitalgesellschaft und Körperschaftsteuersubjekt. Mit dieser Einordnung geht eine intransparente inländische Besteuerung auch der SICAV und ihrer Anleger mit den dargelegten investmentsteuerrechtlichen Besonderheiten<sup>36</sup> einher.

Gleiches gilt aber auch für ausländische Investmentvermögen in anderen Rechtsformen. Denn § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG a. F. ordnet die Anwendung des InvStG auf alle ausländischen Investmentvermögen und Investmentanteile i. S. d. § 2 Abs. 8, 9 InvG an. Mit der Einkünfteumqualifizierung nach § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG a. F. auf der Ebene der Anleger wird das Trennungsprinzip rechtsformunabhängig für alle – auch für ausländische – Investmentvermögen angeordnet.<sup>37</sup> Demnach gilt das Trennungsprinzip mit abschirmender Wirkung auch z. B. für einen luxemburgischen Spezialfonds in der Rechtsform eines FCP, der dem Sondervermögen des deutschen InvG entspricht.<sup>38</sup> Dies gilt erst recht, wenn man ausländische Investmentfonds wie den luxemburgischen FCP auf der Grundlage des § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG a. F. und eines Typenvergleichs als Zweckvermögen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und damit als Körperschaftsteuersubjekt einordnet.<sup>39</sup> Der FCP ist dann schon aufgrund seiner Rechtsform eine abschirmende Körperschaft.

#### **IV. Die Rechtsauffassung der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden**

Im Hinblick auf die hier in Rede stehenden, vor allem luxemburgischen Spezialfonds vertreten die Finanz- und Strafverfolgungsbehörden dagegen die Ansicht, das InvStG und die darin vorgesehene steuerliche Abschirmung griffen nicht ein; vielmehr hätten die Anleger die Fondserträge bei richtiger steuerlicher Handhabung in ihren persönlichen Einkommensteuererklärungen angeben und mitversteuern müssen. Wenn dies nicht geschehen sei, resultiere hieraus eine Ist-Steuerfestsetzung, die hinter der Soll-Steuerfestsetzung zurückbleibe, und mithin eine Steuerverkürzung, so dass der Straftatbestand der Steuerhinterziehung des § 370 AO verwirklicht sei.

I. E. begründen die Finanz- und Strafverfolgungsbehörden ihre Sichtweise wie folgt:

- Aus Sinn und Zweck von InvStG und InvG, jedenfalls aber aus § 31 Abs. 1 InvG (jetzt: § 93 Abs. 1 KAGB) ergebe sich, dass Anlageentscheidungen bei einem Spezialfonds allein durch die Kapitalanlagegesellschaft zu treffen seien, unbeeinflusst von jeglichen Vorgaben oder gar Weisungen der Anleger; es bestehe im Investmentrecht sowie im Investmentsteuerrecht ein Erfordernis der Fremdverwaltung.
- Aus diesem Erfordernis der Fremdverwaltung folge, dass der Fonds autark ohne jede unmittelbare oder auch nur mittelbare Einflussnahme der Anleger verwaltet werden müsse.
- Bei den sog. Millionärsfonds sei das Erfordernis der Fremdverwaltung bewusst umgangen worden. Das InvStG und die darin angeordnete steuerliche Abschirmung des Fondsvermögens griffen nicht ein. Vielmehr bestehe zwischen den Fondsanlegern und der Fondsverwaltung ein Treuhandverhältnis i. S. d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO mit der Folge, dass dem einzelnen Anleger als

Treugeber die Wirtschaftsgüter des Fonds und die mit ihnen erzielten Erträge zum jeweiligen Zuflusszeitpunkt unmittelbar steuerlich zuzurechnen seien.

– Zudem handele es sich bei der Errichtung der Spezialfonds aus Sicht der beteiligten Akteure um ein Scheingeschäft i. S. d. § 41 Abs. 2 AO, da in Wirklichkeit – als verdecktes Geschäft – gewollt sei, dass die Anleger den Spezialfonds selbst verwalten und seine Geschicke bestimmen.

– Weil das InvStG infolge des Verstoßes gegen das Erfordernis der Fremdverwaltung keine Anwendung finde und das Fondsvermögen

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)

281

mithin nicht steuerlich abgeschirmt werde, hätten die Spezialfondsanleger die Fondserträge in ihrer persönlichen Einkommensteuererklärung für den Veranlagungszeitraum deklarieren müssen, in dem der Fonds die betreffenden Erträge erzielt habe. Sei dies nicht geschehen, liege tatbestandlich eine Steuerhinterziehung i. S. d. § 370 AO vor.

Auf diese Sichtweise stützen die Finanz- und Strafverfolgungsbehörden die derzeit stattfindende steuer- und steuerstrafrechtliche Verfolgung bislang unbescholtener Anleger. Wie sogleich näher darzulegen ist, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Insbesondere ist das von den Finanz- und Strafverfolgungsbehörden behauptete Erfordernis der Fremdverwaltung abzulehnen. Für die steuerrechtliche und vor allem steuerstrafrechtliche Würdigung spielt die fehlende Fremdverwaltung eines Spezialfonds in Wahrheit keine Rolle.

## **V. Zum vermeintlichen Erfordernis der Fremdverwaltung von Investmentvermögen**

### **1. Anwendungsbereich des Investment(steu)rechts und Begriffsbestimmungen – Wortlaut der gesetzlichen Regelung**

Die Finanz- und Strafverfolgungsbehörden verlangen für die Anwendbarkeit des InvStG auf einen Spezialfonds, dass bei diesem eine Fremdverwaltung gegeben ist. Damit an das behauptete Erfordernis einer Fremdverwaltung strafrechtliche Konsequenzen geknüpft werden dürfen, müsste der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften freilich Anhaltspunkte für ein solches Erfordernis erkennen lassen. Denn nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde („*nulla poena sine lege*“). Art. 103 Abs. 2 GG statuiert für strafrechtliche Sanktionen einen strengen Gesetzesvorbehalt mit hohen Anforderungen an die Bestimmtheit des jeweiligen Strafgesetzes.<sup>40</sup> Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen so konkret umschrieben werden, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.<sup>41</sup>

Handelt es sich – wie bei § 370 AO<sup>42</sup> – um ein Blankettstrafgesetz, so gilt der strenge Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG auch für die Bezugsvorschriften, die den Blankettstrafatbestand vervollständigen.<sup>43</sup> Dies sind bei § 370 AO die für die Ermittlung der materiellen Steuerrechtslage maßgeblichen Bestimmungen des Steuerrechts.<sup>44</sup> In den hier in Rede stehenden Fällen wird die Blankettnorm des § 370 AO durch die Bezugsvorschriften des InvStG und des InvG ausgefüllt.

In dem für die hier zu beurteilenden Sachverhalte maßgebenden Zeitraum, d. h. in der Zeit vom Inkrafttreten des InvStG am 1.1.2004 bis zum Inkrafttreten des AIFM-StAnpG am 24.12.2013, hatte das InvStG in § 1 Abs. 1 folgenden Wortlaut:

„Dieses Gesetz ist anzuwenden auf

1. inländisches Investmentvermögen, soweit dieses in Form eines Investmentfonds i. S. d. § 2 Abs. 1 InvG oder einer Investment-AG i. S. d. § 2 Abs. 5 InvG . . . gebildet wird, sowie auf Anteile an einem inländischen Investmentvermögen . . . ,
2. ausländisches Investmentvermögen und ausländische Investmentanteile i. S. d. § 2 Abs. 8, 9 InvG.“

In seiner damaligen Fassung knüpfte das InvStG für die Festlegung seines Anwendungsbereichs an Bestimmungen des InvG an. An die Stelle des InvG ist mit Wirkung vom 22.7.2013 das KAGB getreten.<sup>45</sup> Das InvG gilt aber übergangsweise für Altfälle weiter.<sup>46</sup> Jedenfalls ist es gem. § 2 Abs. 1 StGB für die strafrechtliche Beurteilung der hier erörterten Fälle auf der Grundlage des InvStG in seiner auf die betroffenen Veranlagungszeiträume anwendbaren Fassung heranzuziehen.<sup>47</sup>

Was *ausländische* Investmentvermögen anbelangt, so nimmt § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG a. F. auf die Legaldefinition des § 2 Abs. 8 InvG Bezug. Die Verweiskette wird innerhalb des InvG fortgesetzt. So setzt § 2 Abs. 8 InvG ein Investmentvermögen i. S. d. § 1 S. 2 InvG voraus; § 1 S. 2 InvG verweist weiter auf Vermögensgegenstände i. S. d. § 2 Abs. 4 InvG.<sup>48</sup> Die Begriffsbestimmungen in § 1 S. 2 InvG und § 2 InvG sind über § 1 Abs. 2 S. 1 InvStG a. F. auch für das Investmentsteuerrecht maßgeblich; einen eigenständigen steuerrechtlichen Investmentvermögensbegriff gibt es also nicht.<sup>49</sup> Aus der dargelegten Verweiskette ergibt sich für den hier erörterten Zeitraum die folgende, kraft § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG a. F. auch für das Steuerrecht geltende Legaldefinition ausländischer Investmentvermögen:

„Ausländische Investmentvermögen sind Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenstände i. S. d. § 2 Abs. 4 InvG angelegt sind und dem Recht eines anderen Staates unterstehen“.<sup>50</sup>

Als *inländische* Investmentvermögen bezieht § 1 Abs. 1 Nr. 1 InvStG a. F. zum einen Investment-AGs i. S. d. § 2 Abs. 5 InvG, zum anderen Investmentfonds i. S. d. § 2 Abs. 1 InvG ein. Für inländische Investmentfonds ergibt sich aus § 2 Abs. 1 InvG in seiner ursprünglichen Fassung i.V. m. § 1 S. 2, § 2 Abs. 2 InvG folgende Legaldefinition:

„Investmentfonds sind von einer Kapitalanlagegesellschaft verwaltete Publikums-Sondervermögen nach den Anforderungen der OGAW IV-Richtlinie<sup>51</sup> und sonstige inländische Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenstände i. S. d. § 2 Abs. 4 InvG angelegt sind, die von einer Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung der Anleger nach Maßgabe des InvG und den Vertragsbedingungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis der Kapitalanlagegesellschaft zu den Anlegern bestimmt, verwaltet werden, bei denen die Anleger das Recht zur Rückgabe der Anteile haben.“

Für *inländische* Investmentfonds galt mithin nach dem InvStG in seiner früheren Fassung ein formeller Investmentfondsbegriff;<sup>52</sup> erfasst

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)

282

wurden nur inländische Sondervermögen sowie inländische Investment-AGs.<sup>53</sup> Dagegen knüpfte das InvStG für *ausländische* Investmentfonds an einen weiten materiellen Investmentfondsbegriff an;<sup>54</sup> erfasst werden sollten alle Gestaltungsformen, in die Vermögensmassen nach ausländischem Recht gekleidet werden konnten.<sup>55</sup>

Nach Auffassung der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des InvStG, dass eine Fremdverwaltung des Fondsvermögens unter Ausschluss jeglichen Einflusses der Anleger stattfindet und über die Zusammensetzung des Fondsvermögens und die Vornahme diesbezüglicher Transaktionen allein der Fondsverwalter entscheidet. Für ein solches Erfordernis enthält der Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften, aus denen sich die für die steuerstrafrechtliche Beurteilung maßgeblichen Legaldefinitionen ergeben, indes keine Anhaltspunkte. Für inländische Investmentfonds wird zwar die Verwaltung durch eine Kapitalanlagegesellschaft gefordert; hieraus folgt aber nicht, dass jede Einflussnahme der Anleger ausgeschlossen sein müsste. Im Gegenteil liegt eine verwaltende Tätigkeit nach allgemeinem Sprachgebrauch auch und gerade dann vor, wenn in Bezug auf die Tätigkeit Weisungsbefugnisse des Geschäftsherrn bestehen. Im Wortlaut der Legaldefinition der ausländischen Investmentfonds fehlt das Merkmal der Verwaltung durch eine Kapitalanlagegesellschaft ohnehin, so dass hier noch weniger Raum für die Annahme eines Grundsatzes der Fremdverwaltung ist.

## 2. Herleitung aus anderen Bestimmungen des InvG?

Die Strafverfolgungsbehörden führen nun die Vorschrift des § 31 Abs. 1 InvG (jetzt: § 93 Abs. 1 KAGB) ins Feld, die wie folgt lautet:

„Die Kapitalanlagegesellschaft ist berechtigt, im eigenen Namen über die zu einem Sondervermögen gehörenden Gegenstände nach Maßgabe dieses Gesetzes und der Vertragsbedingungen zu verfügen und alle Rechte aus ihnen auszuüben.“

Auch § 31 Abs. 1 InvG bietet indes keine gesetzliche Stütze für die Annahme eines Grundsatzes der Fremdverwaltung. In der Vorschrift ist nur die Rede von einer *Berechtigung* der Kapitalanlagegesellschaft zur Verwaltung, nicht aber von einer *Verpflichtung*, das Fondsvermögen ohne jede Einflussnahme der Anleger allein zu verwalten.<sup>56</sup> Für ein Erfordernis, dass jede unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme der Fondsanleger auf die Anlageentscheidungen ausgeschlossen sein muss, gibt auch der Wortlaut des § 31 Abs. 1 InvG nichts her.

Auch anderen Vorschriften des InvG lässt sich ein solches Erfordernis nicht entnehmen. Vielmehr verlangt § 9 Abs. 2 Nr. 1 InvG ausdrücklich eine Verwaltung durch die Kapitalanlagegesellschaft im – kollektiven<sup>57</sup> – Interesse der Anleger, was dafür spricht, dass die Anleger ihre Interessen zumindest kollektiv gegenüber der Kapitalanlagegesellschaft artikulieren dürfen. § 9 Abs. 1 S. 1 InvG weist der Kapitalanlagegesellschaft die Aufgabe als Geschäftsbesorger zu.<sup>58</sup> Dem Recht der Geschäftsbesorgung ist ein Weisungsrecht des Geschäftsherrn aber gerade immanent (s. § 675 Abs. 1 i.V. m. § 665 BGB); es ist das zentrale Instrument des Geschäftsherrn, den Handlungsspielraum des Geschäftsführers zu begrenzen und so seine Interessen durchzusetzen.<sup>59</sup> Auch wenn bei Investmentfonds das individuelle Einwirkungsrecht des einzelnen Anlegers insbesondere durch die Allein- und Letztverantwortlichkeit der Kapitalanlagegesellschaft und die festgelegte bindende Anlagestrategie begrenzt wird,<sup>60</sup> können die Anleger weiterhin tatsächlich und rechtlich (s. § 9 Abs. 2 Nr. 1 InvG) ihre kollektiven Interessen geltend machen. Selbst wenn im Einzelfall ein Anleger durch Einflussnahme seine individuellen Interessen durchzusetzen vermag, ist dies nur und erst dann problematisch, wenn die Interessen anderer Anleger verletzt werden. I. Ü. können Einflussnahmen des Anlegers auf die Geschäftstätigkeit des Fondsmanagements nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften nicht als gesetzwidrig angesehen werden.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sich aus dem Wortlaut des InvStG und des darin in Bezug genommenen InvG, jeweils in der auf die hier in Rede stehenden Fonds anwendbaren Fassung, keine Anhaltspunkte für das von den Finanz- und Strafverfolgungsbehörden angenommene Erfordernis ergeben, dass für die Anwendbarkeit des InvStG eine Fremdverwaltung

unter Ausschluss jeder Einflussnahme der Fondsanleger stattfinden muss. Dementsprechend taucht ein solches Erfordernis auch in der Definition des Begriffs des ausländischen Investmentvermögens der BaFin mit keinem Wort auf.<sup>61</sup>

### 3. Erfordernis der Fremdverwaltung aufgrund teleologischer Reduktion?

#### a) Materielles Steuerrecht

Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, das Erfordernis der Fremdverwaltung sei aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung herzuleiten.<sup>62</sup> Dieser gebiete es, dass die eingelegten Gelder von einem sachkundigen Management angelegt und die Anlagegegenstände für die Anleger verwahrt und verwaltet werden. Die gesetzliche Regelung sei mithin teleologisch dahin zu reduzieren, dass nur ein fremdverwaltetes Investmentvermögen dem InvG und damit dem InvStG unterfällt.

Diese Ansicht vermag schon für das materielle Steuerrecht nicht zu überzeugen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Merkmal der Fremdverwaltung kein konstitutives Merkmal eines Investmentvermögens ist.<sup>63</sup> Wie ausgeführt wurde, ist dieses Merkmal zum einen im Wortlaut des InvStG und des InvG nicht enthalten; zum anderen ist die Möglichkeit des Geschäftsherrn, die Geschäftsführung in seinem Interesse zu beeinflussen, jeder Verwaltung immanent. Schon der letztere Umstand spricht gegen eine teleologische Reduktion.

Hinzu kommt, dass im materiellen Steuerrecht eine Analogie zu Lasten des Steuerpflichtigen nach der Rechtsprechung jedenfalls im Grundsatz unzulässig ist.<sup>64</sup> Entsprechendes muss für eine teleologische Reduktion zu Lasten des Steuerpflichtigen gelten.<sup>65</sup> Schon materiellrechtlich darf der Anwendungsbereich des InvStG daher nicht im Wege einer teleologischen Reduktion dahin verengt werden, dass das Gesetz nur auf fremdverwaltete Fonds ohne Einflussmöglichkeit der

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)

283

Anleger anwendbar wäre.<sup>66</sup> Vielmehr ist das InvStG auch bei fehlender Fremdverwaltung und bestehender Einflussnahmemöglichkeit der Anleger auf die Anlageentscheidungen jedenfalls in jenen Fällen anwendbar, in denen es andernfalls zu einer die Anleger stärker belastenden Besteuerung käme, z. B. in Gestalt einer Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ff. AStG<sup>67</sup> oder einer direkten Zurechnung thesaurierter, nicht ausschüttungsgleicher Spezialfondserträge beim Anleger.<sup>68</sup>

Abgesehen davon muss eine teleologische Reduktion mit dem Willen des Gesetzgebers im Einklang stehen. Dafür, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des InvStG planwidrig zu weit gefasst und eine tatbestandliche Einschränkung planwidrig unterlassen hat, gibt es indes keine Anhaltspunkte. Denn es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber das Erfordernis einer Fremdverwaltung nach dem Verständnis von Finanzverwaltung und Staatsanwaltschaft statuieren und bei dessen Nichterfüllung das InvStG nicht angewendet wissen wollte.

#### b) Steuerstrafrecht

Jedenfalls kann die von Finanz- und Strafverfolgungsbehörden sowie Teilen des Schrifttums befürwortete teleologische Reduktion keine Strafbarkeit des Steuerpflichtigen begründen. Insoweit steht wiederum Art. 103 Abs. 2 GG entgegen. Mit Art. 103 Abs. 2 GG ist nicht nur eine strafbegründende Analogie,<sup>69</sup> sondern auch eine strafbegründende teleologische Reduktion unvereinbar.<sup>70</sup>

Würde der Anwendungsbereich des InvStG in der Weise teleologisch reduziert, dass das InvStG bei Nichteinhaltung des behaupteten Erfordernisses der Fremdverwaltung nicht eingriffe, so würde dies nach der Sichtweise der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden bei einem Anleger, der die Fondserträge bzw. das Fehlen einer Fremdverwaltung in seiner Steuererklärung nicht angegeben hat, zum Vorliegen einer Steuerverkürzung und damit zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO führen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG schützt Art. 103 Abs. 2 GG aber gerade das Vertrauen auf den Wortlaut der einschlägigen Strafnorm; dieser Schutz umfasst bei einem Blankettstrafgesetz wie § 370 AO auch die den Tatbestand vervollständigenden Bezugsvorschriften.<sup>71</sup>

In den hier in Rede stehenden Fällen wird die Blankettnorm des § 370 AO durch die Bezugsvorschriften des InvStG und des InvG ausgefüllt. Deren Wortlaut lässt sich aber, wie ausgeführt wurde, das Erfordernis einer Fremdverwaltung unter Ausschluss jeden Einflusses der Fondsanleger auf die Anlageentscheidungen nicht entnehmen. In der Bestimmung des investment(steuere)rechtlichen Fondsbegriffs in § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG a. F. i. V. m. § 2 Abs. 8, § 1 S. 2 InvG ist ein Tatbestandsmerkmal „Fremdverwaltung“ bzw. „Ausschluss jeder Einflussnahme der Fondsanleger auf die Anlageentscheidungen“ nicht enthalten.

Mit Art. 103 Abs. 2 GG ist es schlechterdings unvereinbar, dieses Erfordernis nun am Wortlaut der einschlägigen Vorschriften vorbei im Wege einer teleologischen Reduktion aufzustellen, bei Nichterfüllung des behaupteten Fremdverwaltungserfordernisses die Anwendbarkeit des InvStG zu verneinen und hieran über § 370 AO strafrechtliche Sanktionen zu knüpfen. Die teleologische Reduktion würde eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des InvStG a. F. bedeuten, bei dessen Eingreifen eine Steuerverkürzung und damit der Straftatbestand der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO zu verneinen wäre. Es handelt sich also im Ergebnis um eine tatbestandseinschränkende Auslegung von Vorschriften, die die Strafbarkeit ausschließen würden. Eine solche Auslegung ist aber nach der klaren und unmissverständlichen Rechtsprechung des BVerfG zu den von Art. 103 Abs. 2 GG gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen der Auslegung einer steuerlichen Bezugsnorm im Rahmen des § 370 AO unzulässig.<sup>72</sup>

In den Fällen der luxemburgischen sog. Millionärsfonds ist nach alledem schon der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO nicht erfüllt. Die massiven Verfolgungsmaßnahmen, die die Finanzverwaltung und die Staatsanwaltschaften gegen Anleger dieser Fonds eingeleitet haben, entbehren daher einer rechtlichen Grundlage und sind mithin unrechtmäßig.

## **VI. Zur Frage der Zurechnung der Fondserträge an die Anleger als Treugeber**

In Bezug auf die hier in Rede stehenden, vor allem luxemburgischen Spezialfonds verneinen Finanzverwaltung und Staatsanwaltschaft wegen Umgehung des behaupteten Erfordernisses einer ausschließlichen Fremdverwaltung von vornherein die Anwendbarkeit des InvStG. Hilfsweise wollen sie die steuerliche Abschirmung nach dem InvStG<sup>73</sup> mit Hilfe des § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO überwinden und die betroffenen Investmentvermögen und die aus ihnen resultierenden Einkünfte quasi im Wege des Durchgriffs den Spezialfondsanlegern zurechnen. Auch diesem Ansatz ist jedoch zu widersprechen.

Zunächst einmal regelt § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO im Rahmen von Treuhandverhältnissen nur die Zurechnung von *Wirtschaftsgütern* zum Treugeber; für die unmittelbare Zurechnung von Einkünften, insbesondere von Aktienveräußerungsgewinnen, kann die Vorschrift nicht herangezogen werden.<sup>74</sup> Abgesehen davon ist für § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO auch deshalb kein Raum, weil das InvStG in der bis zum 23.12.2013 gültigen Fassung nach seinem § 1 Abs. 1 Nr. 2

entgegen der Ansicht der Strafverfolgungsbehörden sehr wohl anwendbar ist. Denn wie ausgeführt wurde, besteht für die Annahme eines Erfordernisses der ausschließlichen Fremdverwaltung keine gesetzliche Grundlage.

Zwar setzen einzelne Vorschriften des InvStG, wie dargelegt wurde, das Transparenzprinzip um; dieses wird aber durch den Grundsatz der Trennung zwischen dem Fondsvermögen und der Ebene der Anleger weitgehend verdrängt.<sup>75</sup> Da das Transparenzprinzip im Investmentsteuerrecht weder verfassungsrechtlich geboten noch dem Wesen des Investmentrechts immanent ist, kann es hier nur in begrenztem Umfang Bedeutung haben, nämlich nur insoweit, als es in den gesetzlichen Regelungen einen Niederschlag gefunden hat.<sup>76</sup> Letztlich ist

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)

284

das Trennungsprinzip im Investmentsteuerrecht die Regel, während die in einzelnen Vorschriften angeordnete Transparenz Ausnahmecharakter hat.<sup>77</sup> Es ist jedoch ein weithin anerkannter Grundsatz, dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind.<sup>78</sup> Zudem ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Zweifel nicht davon auszugehen, dass die steuergesetzlichen Regelungen Lücken im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit aufweisen.<sup>79</sup> Nach alledem ist es nicht zulässig, das InvStG – etwa über § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO – im Sinne einer vollständigen Durchsetzung des Transparenzprinzips zu ergänzen und damit den Anwendungsbereich des Transparenzprinzips zu erweitern.<sup>80</sup>

Die mangelnde Überzeugungskraft der Sichtweise der Strafverfolgungsbehörden soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

A ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer einer in Deutschland ansässigen A-GmbH mit kalendergleichem Wirtschaftsjahr. Die A-GmbH erzielt im VZ 2013 aus dem Handel mit A-Produkten Einkünfte i. H. v. 1 Mio. Euro. Die Gesellschafterversammlung der A-GmbH – also faktisch A allein – hat aber im Jahr 2014 für den Gewinn des VZ 2013 keinen Ausschüttungsbeschluss gefasst, sondern stattdessen beschlossen, den gesamten Gewinn des VZ 2013 in die Gewinnrücklagen einzustellen. A deklariert daher in seinen Steuererklärungen für die VZ 2013 ff. insoweit keinerlei Dividendeneinkünfte i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

Wendete man auf diesen Sachverhalt die Sichtweise entsprechend an, die die Finanz- und Strafverfolgungsbehörden in Bezug auf die sog. Millionärsfonds einnehmen, so müsste man darauf verweisen, dass A es zu jedem Zeitpunkt rechtlich und tatsächlich in der Hand gehabt hat, mittels eines Ausschüttungsbeschlusses den Ertrag der A-GmbH an sich auszuschütten. Deshalb sei ihm ein entsprechender Ertrag – nach Abzug der Steuerbelastung der A-GmbH – allerspätestens zum 31.12.2013 steuerlich i. S. d. § 11 Abs. 1 EStG zugeflossen. Mit der unterlassenen Angabe in der Steuererklärung für den VZ 2013 habe A die Steuern i. S. d. § 370 AO verkürzt.

Es liegt auf der Hand, dass dieses Ergebnis nicht haltbar ist. Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluss zur sog. phasengleichen Aktivierung<sup>81</sup> entschieden, dass die wirtschaftliche Abspaltung einer Dividendenforderung von der ihr zugrunde liegenden Beteiligung steuerlich erst mit der Fassung eines entsprechenden Gewinnverwendungsbeschlusses vollzogen wird und die Dividendenforderung auch erst dann in der Bilanz aktiviert werden kann. Das, was im Beispielsfall sogar für A als alleinigen Inhaber der Beteiligung an der A-GmbH im Hinblick auf den Gewinn der GmbH gilt, muss – sieht man von der Zuflussfiktion nach den spezialgesetzlichen Regelungen in § 2 Abs. 1 S. 2–4 InvStG a. F. einmal ab<sup>82</sup> – erst recht gelten für den Anleger einer Investment-AG hinsichtlich des Gewinns der Gesellschaft.

Erst recht abwegig wäre es, im Beispielsfall – in entsprechender Anwendung der in Bezug auf die sog. Millionärsfonds vertretenen Ansicht der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden – die im Eigentum der steuerlich intransparenten A-GmbH stehenden A-Produkte und demgemäß auch die aus dem Handel mit A-Produkten erzielten Gewinne über § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO dem A als Treugeber direkt zuzurechnen. Diese Sichtweise verbietet sich wegen der Intransparenz der A-GmbH.

Weshalb dies hinsichtlich der im Eigentum einer steuerlich ebenfalls intransparenten Investment-AG stehenden Wirtschaftsgüter und der mit ihnen erzielten Erträge anders zu beurteilen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Entsprechendes gilt in Bezug auf ausländische Fondsvehikel, die – wie die luxemburgische SICAV – im Rahmen eines Typenvergleichs einer Investment-AG gleichzustellen sind.

Die vorstehend angestellten Erwägungen treffen auch auf inländische Sondervermögen, also Investmentvermögen in Vertragsform, zu; denn diese gelten nach § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG a. F. als Zweckvermögen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG. Körperschaftsteuersubjekte haben aber die wesensnotwendige Eigenschaft, intransparent zu sein und damit steuerlich abschirmend zu wirken. Solange nicht das Zweckvermögen eine Ausschüttung tätigt oder eine solche Ausschüttung – z. B. durch die Anordnung ausschüttungsgleicher Erträge – gesetzlich fingiert wird, können dem Anleger demnach auch über § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO keine Einkünfte zugerechnet werden, gleich in welchem Umfang und in welcher Höhe der Spezialfonds Erträge erzielt hat. Wiederum gilt Entsprechendes für ausländische Investmentvermögen in einer den deutschen Sondervermögen vergleichbaren Rechtsform.

### **VII. Kein Scheingeschäft i. S. d. § 41 Abs. 2 AO**

Die Finanz- und Strafverfolgungsbehörden vertreten in Bezug auf die hier in Rede stehenden Spezialfonds zudem die Ansicht, es liege ein Scheingeschäft i. S. d. § 41 Abs. 2 S. 1 AO vor. Aufgrund des Verstoßes gegen das vermeintliche Erfordernis einer Fremdverwaltung sei davon auszugehen, dass mit der Fonds konstruktion die in Wahrheit vorliegende Selbstanlage des Anlegers verdeckt werde. Nach § 41 Abs. 2 S. 2 AO sei dieses verdeckte Geschäft der Besteuerung zugrunde zu legen.

Wie im Zivilrecht (s. § 117 BGB)<sup>83</sup> ist auch im Steuerrecht kennzeichnend für ein Scheingeschäft, dass die Beteiligten einvernehmlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, in Wahrheit aber die mit einem solchen Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen.<sup>84</sup> Ein Indiz für einen dahingehenden Willen kann insbesondere der Umstand sein, dass die Beteiligten die Folgen, die das in Rede stehende Geschäft von Rechts wegen nach sich ziehen müsste, tatsächlich nicht herbeiführen.<sup>85</sup> Die Feststellungslast für das Vorliegen eines Scheingeschäfts trägt die Finanzverwaltung.<sup>86</sup>

Bei den hier erörterten luxemburgischen Spezialfonds haben Finanz- und Strafverfolgungsbehörden keinerlei Anhaltspunkte dafür

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)

285

dargetan, dass die Beteiligten alle oder einzelne der im InvG festgelegten rechtlichen Vorgaben für die Durchführung eines in den Anwendungsbereich des InvG fallenden Fonds nicht eingehalten hätten. Behauptet wird lediglich ein Verstoß gegen das vermeintliche Erfordernis einer Fremdverwaltung des Investmentvermögens unter Ausschluss jeden Einflusses der Anleger. Ein solches Erfordernis stellt das InvG, wie eingehend dargetan wurde, aber gerade nicht auf. Für die Annahme eines Scheingeschäfts i. S. d. § 41 Abs. 2 AO ist daher kein Raum.

### VIII. Der subjektive Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO)

Selbst wenn man mit den Finanz- und Strafverfolgungsbehörden vom Erfordernis einer Fremdverwaltung als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des InvG und damit auch des InvStG ausgeht, fehlt es in den hier in Rede stehenden Fällen auf Seiten der Anleger jedenfalls am Vorsatz und damit am subjektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO. Die Strafverfolgungsbehörden werfen den Anlegern vor, das Fehlen einer Fremdverwaltung gegenüber den Finanzbehörden nicht offenbart zu haben. Die vorsätzliche Verletzung einer Offenbarungspflicht gegenüber den Finanzbehörden kann dem Steuerpflichtigen jedoch nur in Bezug auf solche Sachverhaltselemente zur Last gelegt werden, deren steuerrechtliche Relevanz er zumindest für möglich hält.<sup>87</sup> Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn es eine Rechtsprechung oder Verwaltungspraxis gibt, der zufolge die betreffenden Tatsachen steuerrechtlich relevant sind; denn dann kann davon ausgegangen werden, dass dem Steuerpflichtigen die mögliche Relevanz bewusst ist.<sup>88</sup>

Eine Rechtsprechung oder allgemeine Verwaltungspraxis dahin, dass ein Verstoß gegen das vermeintliche Erfordernis einer Fremdverwaltung und insbesondere Einflussnahmen der Fondsanleger auf die Anlageentscheidungen zur Nichtanwendbarkeit des InvG und damit auch des InvStG führen, besteht indes bislang nicht. Es existiert bis heute noch nicht einmal eine öffentlich zugängliche Verlautbarung der Finanzverwaltung mit diesem Inhalt. Mit der steuerrechtlichen Relevanz des Fehlens einer Fremdverwaltung konnten und mussten die Spezialfondsanleger daher nicht rechnen. Mithin bestand für die Anleger im Rahmen der Abgabe ihrer Steuererklärungen für den jeweiligen Veranlagungszeitraum gar keine Veranlassung und Verpflichtung, auf diesen Umstand bzw. auf ihre abweichende Rechtsauffassung hinzuweisen. Vor dem Hintergrund, dass der Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften – wie dargelegt wurde – keine Anhaltspunkte für das Erfordernis einer Fremdverwaltung bietet, kann den Anlegern auch kein bedingter Vorsatz hinsichtlich der steuerrechtlichen Relevanz der diesbezüglichen Tatsachen unterstellt werden. Auch hieran scheidet eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung gem. § 370 AO.

### IX. Exkurs: Verdachtsmeldungen nach Geldwäschegesetz

Von der – nach den vorstehenden Ausführungen zu verneinenden – Frage einer Strafbarkeit der Anleger der hier in Rede stehenden Spezialfonds zu trennen ist die Problematik, ob Kreditinstitute, deren Kunden Anleger eines solchen Spezialfonds sind, unter bestimmten Voraussetzungen eine Verdachtsmeldung nach dem Geldwäschegesetz (GwG) abgeben müssen. Nach § 11 Abs. 1 S. 1 i.V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG sind Kreditinstitute zu einer unverzüglichen Verdachtsmeldung an die Zentralstelle des Bundeskriminalamts und die zuständige Strafverfolgungsbehörde verpflichtet, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand einer strafbaren Geldwäsche nach § 261 StGB handelt oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen.<sup>89</sup> Nach § 12 Abs. 1 S. 1 GwG ist es dem Kreditinstitut untersagt, die betroffenen Kunden über die bevorstehende Abgabe einer Verdachtsmeldung zu informieren. Die Verpflichtung zu Verdachtsmeldungen nach dem GwG trifft die Kreditinstitute ohne Rücksicht darauf, ob zugleich der Verdacht einer Steuerhinterziehung besteht, was in den hier erörterten Fällen zu verneinen ist. Die Meldepflicht nach dem GwG wird bereits durch Tatsachen ausgelöst, die auf eine Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung *hindeuten*. Die Voraussetzung des Hindeutens wird von der BaFin als zuständiger Aufsichtsbehörde sehr extensiv ausgelegt.<sup>90</sup>

Laut Presseberichten haben einige Kreditinstitute Verdachtsmeldungen auch in Bezug auf Anleger der hier in Rede stehenden luxemburgischen Spezialfonds abgegeben,<sup>91</sup> oftmals im Einklang mit

der eine solche Meldung empfehlenden gutachterlichen Stellungnahme einer renommierten Anwaltskanzlei. Sofern die – recht weiten – Voraussetzungen für eine Verdachtsmeldung gegeben waren, ist das betreffende Kreditinstitut damit nur seinen aufsichtsrechtlichen Pflichten nachgekommen. Im Einklang mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung<sup>92</sup> ordnet § 13 Abs. 1 GwG an, dass das Kreditinstitut dann auch im Verhältnis zu dem betroffenen Bankkunden keine zivilrechtliche Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB oder nach anderen Vorschriften trifft, es sei denn, die Meldung ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr erstattet worden.<sup>93</sup>

## X. Zusammenfassung und Fazit

Entgegen der Ansicht, die derzeit von der Finanzverwaltung und den Strafverfolgungsbehörden vertreten wird, gibt es im Investment(steuern)recht kein Erfordernis einer Fremdverwaltung des Fonds unter Ausschluss jeden Einflusses der Anleger auf die Anlageentscheidungen. Vielmehr sind das InvG und das InvStG ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer solchen Fremdverwaltung anwendbar. Dementsprechend können dem Anleger die Fondserträge aufgrund der

Prof. Dr. Michael Stöber/Dr. Jens Kleinert: Kein Erfordernis der Fremdverwaltung im Investmentsteuerrecht – Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung im Steuer(straf)recht(BB 2016, S. 278)	286
---	-----

Abschirmwirkung des Fonds nach materiellem Steuerrecht ohne entsprechenden Ausschüttungsbeschluss nicht zugerechnet werden.

Erst recht gilt dies im Hinblick auf die steuerstrafrechtliche Bewertung. Wegen der Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG, die auch hinsichtlich der Auslegung des Fondsbegriffs des InvG und des InvStG im Rahmen des Tatbestands der Steuerhinterziehung des § 370 AO zu beachten sind, darf die Anwendbarkeit des InvG und des InvStG nicht im Wege teleologischer Reduktion auf solche Fonds beschränkt werden, die das vermeintliche Erfordernis der Fremdverwaltung erfüllen. Denn der Legaldefinition des Investmentvermögens lässt sich weder auf der Grundlage ihres Wortlauts noch im Wege der teleologischen Auslegung ein solches Erfordernis entnehmen. In steuerstrafrechtlicher Hinsicht fehlt es aus diesem Grund an einer Steuerverkürzung i. S. d. § 370 Abs. 1, Abs. 4 AO, so dass bereits der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung nicht verwirklicht ist. Zudem fehlt es auf Seiten der Anleger der hier erörterten Spezialfonds an dem erforderlichen Vorsatz. Das momentan stattfindende massive Vorgehen der Finanz- und Strafverfolgungsbehörden gegen die Anleger der luxemburgischen Spezialfonds ist nach alledem unrechtmäßig.

Ungeachtet dessen kann es weder in aufsichts- noch in zivilrechtlicher Hinsicht als Pflichtverletzung gewertet werden, wenn Kreditinstitute bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in Bezug auf Anleger der besagten Spezialfonds eine Verdachtsmeldung nach dem Geldwäschegesetz abgeben.

Prof. Dr. Michael Stöber ist Universitätsprofessor an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Steuerrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht. Schwerpunkte seiner Forschungs- und Veröffentlichungstätigkeit sind insbesondere das deutsche und europäische Vertrags-, Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht.

Dr. Jens Kleinert, RA/FASStR, ist als Steuerpartner im Kölner Büro einer internationalen Sozietät tätig. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten gehört die Beratung auf dem Gebiet des Ertrag- sowie Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts, insbesondere auch unter Einsatz von Investmentvermögen.

---

<sup>1</sup> Näher dazu noch unter III. 2.

<sup>2</sup> Art. 1, 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen v. 15.12.2003, BGBl. I 2003, 2676.

3 Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der RL 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds v. 4.7.2013, BGBl. I 2013, 1981; allgemein zum KAGB *Emde/Dreibus*, BKR 2013, 89 ff.; *van Kann/Redeker/Keiluweit*, DStR 2013, 1483 ff.

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

5 Dazu noch näher u. V. 1.

6 S. dazu z. B. *Votsmeier*, Handelsblatt v. 24.8.2015, 28; *manager magazin* 09/2015, 20.

7 S. dazu sogleich III. 1. sowie *Helios/Gstädtner*, in: Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 10 ff.; *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG, Rn. 18 ff.

8 Näher dazu *Jäger*, in: Klein, AO, 12. Aufl. 2014, § 370, Rn. 85 ff.

9 S. *Dumke/Webel*, in: Schwarz, AO, Stand: 160. Erg.-Lfg. Sept. 2014, § 370, Rn. 86; *Schmitz/Wulf*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2015, § 370 AO, Rn. 80.

10 Dazu *Helios/Gstädtner*, in: Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 40 ff.; eingehend dazu unter V. 1.

11 Neben der Investment-AG lässt das KAGB als gesellschaftsrechtliche Rechtsform für Investmentfonds jetzt nur noch die Investment-KG zu; s. dazu *Stöber*, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Stand: 63. Erg.-Lfg. Oktober 2015, Rn. I 3167 ff.

12 Dazu *Englisch*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 2010, § 11 InvStG, Rn. 12 ff.

13 *Fock*, DStZ 2006, 503; *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, 2009, 82 f.

14 S. BFH, 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22, 23, BB 2001, 34 Ls; BFH, 14.12.2011 – I R 92/10, BStBl. II 2013, 486, Rn. 15; *Ebner*, BB 2005, 295, 296; *Helios/Gstädtner*, in: Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 10; *Petersen*, DStR 2006, 1674, 1675; *Schnitger/Schachinger*, BB 2007, 801; *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, 2009, 78 ff.

15 BT-Drucks. 15/1553, 120.

16 *Fock*, DStZ 2006, 503, 504; *Helios/Gstädtner*, in: Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 10; *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, 2009, 84.

17 Vgl. *Bacmeister*, IStR 2007, 169, 173; *Ebner*, BB 2005, 295, 296; *Fock*, DStZ 2006, 503, 504; *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG, Rn. 19; *Richter*, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuerrecht, 2015, S. 12; *Schnitger/Schachinger*, BB 2007, 801; *Völker*, in: Moritz/Jesch, InvStG, 2015, § 5, Rn. 1.

18 BFH, 4.3.1980 – VIII R 48/76, BStBl. II 1980, 453, 455; BFH, 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22, 23, BB 2001, 34 Ls; BFH, 25.6.2014 – I R 33/09, RdF 2014, 346 m. RdF-Komm. *Reislhuber*, AG 2014, 815, Rn. 13; *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG, Rn. 21; *Richter*, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuerrecht, 2015, S. 12; *Wenzel*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Stand: 129. Erg.-Lfg. August 2015, Vor § 1 InvStG, Rn. 9.

19 BFH, 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22, 23, BB 2001, 34 Ls; BFH, 27.3.2001 – I R 120/98, BFH/NV 2001, 1539, 1541; BFH, 25.6.2014 – I R 33/09, RdF 2014, 346 m. RdF-Komm. *Reislhuber*, AG 2014, 815, Rn. 13; *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG, Rn. 20; *Petersen*, DStR 2006, 1674, 1676; *Steinmüller*, Ausländische Hedgefonds und Private Equity-Pools im Investmentsteuerrecht, 2005, 52; *Süß/Meyer*, DStR 2009, 1741, 1742; *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, 2009, 88 ff.

- 20 *Helios/Gstädtner*, in: Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 88; *Steinmüller*, *Ausländische Hedgefonds und Private Equity-Pools im Investmentsteuerrecht*, 2005, 54; *Völker*, in: Moritz/Jesch, *InvStG*, 2015, § 5, Rn. 1.
- 21 *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, Vor §§ 1 ff. *InvStG*, Rn. 22; *Schnitger/Schachinger*, *BB* 2007, 801.
- 22 *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, Vor §§ 1 ff. *InvStG*, Rn. 20; *Petersen*, *DStR* 2006, 1674, 1676; *Völker*, in: Moritz/Jesch, *InvStG*, 2015, § 5, Rn. 1.
- 23 BFH, 11.10.2000 – I R 99/96, *BStBl. II* 2001, 22, 23, *BB* 2001, 34 Ls; *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, Vor §§ 1 ff. *InvStG*, Rn. 23; *Petersen*, *DStR* 2006, 1674, 1675.
- 24 *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, Vor §§ 1 ff. *InvStG*, Rn. 23.
- 25 S. BMF, 18.8.2009 – IV C 1 – S 1980 – 1/08/10019, *BStBl. I* 2009, 931, Rn. 37; *Berger*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, § 1 *InvStG*, Rn. 292, 325 f.; *Steinmüller*, *Ausländische Hedgefonds und Private Equity-Pools im Investmentsteuerrecht*, 2005, 57.
- 26 S. die luxemburgische Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, mit deutscher Übersetzung abgedruckt in *Baur/Tappen*, *Investmentgesetze*, Bd. 3, 3. Aufl. 2016, 501 ff.
- 27 S. Art. 1 Abs. 1, 21 Abs. 1, 27 der Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés.
- 28 Näher zum luxemburgischen FCP *München*, in: *Baur/Tappen*, *Investmentgesetze*, Bd. 3, 3. Aufl. 2016, *Spezialfonds*, Rn. 15 ff.
- 29 Näher zur luxemburgischen SICAV *Gutsche*, Vergleich der luxemburgischen SICAV mit der deutschen Investment-AG mit veränderlichem Kapital unter dem Aspekt der Umsetzung der Europäischen Investmentrichtlinie, 2014, 58 ff.; *München*, in: *Baur/Tappen*, *Investmentgesetze*, Bd. 3, 3. Aufl. 2016, *Spezialfonds*, Rn. 56 ff.
- 30 S. Art. 4 ff., 25 ff. der Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés.
- 31 S. Art. 25 der Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés.
- 32 Dazu noch u. V. 1.
- 33 S. Art. 26 der Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés.
- 34 S. Art. 2 der luxemburgischen Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.
- 35 Allgemein dazu BFH, 23.6.1992 – IX R 182/87, *BStBl. II* 1992, 972, 974 f., *BB* 1992, 1845 Ls; *Hummel*, in: Gosch, *KStG*, 3. Aufl. 2015, § 1, Rn. 108 f.
- 36 Dazu o. III. 1.
- 37 Vgl. *Berger*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, § 1 *InvStG*, Rn. 266, 291; *Lübbehüsen*, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, *InvG/InvStG*, 2010, Vor §§ 1 ff. *InvStG*, Rn. 24, 79, § 2 *InvStG*, Rn. 107, 131.
- 38 S. *Gaber/Groß/Heil*, *BB* 2013, 2667, 2668.
- 39 In diesem Sinne *Bacmeister*, *IStr* 2007, 169, 172 f.; die Anwendung des § 11 *InvStG* auf ausländische Investmentfonds ablehnend allerdings *Schäfer*, in: Moritz/Jesch, *InvStG*, 2015, § 11, Rn. 14; *Teichert*, *Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz*, 2009, 124 f.
- 40 Allgemein dazu *Schmidt-Abmann*, in: Maunz/Dürig, *GG*, Stand: 74. Erg.-Lfg. Mai 2015, Art. 103, Abs. 2, Rn. 178 ff.
- 41 BVerfG, 8.5.1974 – 2 BvR 636/72, *NJW* 1974, 1860, 1862; BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, *NJW* 1987, 3175; BVerfG, 26.6.2008 – 2 BvR 2067/07, *NJW* 2008, 3346, Rn. 31.
- 42 S. BVerfG, 8.5.1974 – 2 BvR 636/72, *NJW* 1974, 1860, 1862; BVerfG, 16.6.2011 – 2 BvR 542/09, *NJW* 2011, 3778, Rn. 59; BGH, 28.1.1987 – 3 StR 373/86, *BGHSt* 34, 272, 282, *BB* 1987,

1; BGH, 7.11.2001 – 5 StR 395/01, BGHSt 47, 138, 140 f.; BGH, 17.3.2009 – 1 StR 627/08, BGHSt 53, 221, Rn. 36.

<sup>43</sup> S. BVerfG, 8.5.1974 – 2 BvR 636/72, NJW 1974, 1860, 1862; BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, NJW 1987, 3175; BVerfG, 15.10.1990 – 2 BvR 385/87, NJW 1992, 35; BVerfG, 16.6.2011 – 2 BvR 542/09, NJW 2011, 3778, Rn. 59; BGH, 19.12.1990 – 3 StR 90/90, BGHSt 37, 266, 272; BGH, 20.11.2008 – 1 StR 354/08, BGHSt 53, 45, Rn. 20.

<sup>44</sup> BVerfG, 16.6.2011 – 2 BvR 542/09, NJW 2011, 3778, Rn. 59.

<sup>45</sup> Dazu bereits o. I.

<sup>46</sup> S. zu den Übergangsregelungen des KAGB *Voigt/Busse*, BKR 2013, 184, 185 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BGH, 28.1.1987 – 3 StR 373/86, BGHSt 34, 272, 282, BB 1987, 1.

<sup>48</sup> S. *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 27.

<sup>49</sup> *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 27; *Helios/Gstädtner*, in: *Haisch/Helios*, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 40.

<sup>50</sup> S. *Patzner/Kempf*, in: *Patzner/Döser/Kempf*, Investmentrecht, 2. Aufl. 2015, § 1 InvStG, Rn. 5; *Steinmüller*, *Ausländische Hedgefonds und Private Equity-Pools im Investmentsteuerrecht*, 2005, 99 f.

<sup>51</sup> Ursprünglich RL 85/611/EWG des Rates v. 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. Nr. L 375 v. 31.12.1985, 3; jetzt RL 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. Nr. L 302 v. 17.11.2009, 32.

<sup>52</sup> S. BMF, 18.8.2009 – IV C 1 – S 1980 – 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Rn. 3 f.; *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 15; *Helios/Gstädtner*, in: *Haisch/Helios*, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 40.

<sup>53</sup> S. *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 11, 16; *Jacob/Geese/Ebner*, *Handbuch für die Besteuerung von Fondsvermögen*, 3. Aufl. 2007, 9.

<sup>54</sup> Vgl. *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 27; *Helios/Gstädtner*, in: *Haisch/Helios*, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 7, Rn. 43; *Süß/Mayer*, DStR 2009, 1741, 1742; s. auch BaFin, Rundschr. 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41–Wp 2136–2008/0001, abrufbar unter [www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs\\_0814\\_wa.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_0814_wa.html).

<sup>55</sup> S. *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 35; *Jacob/Geese/Ebner*, *Handbuch für die Besteuerung von Fondsvermögen*, 3. Aufl. 2007, 23.

<sup>56</sup> Vgl. auch *Schmitz*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 31 InvG, Rn. 8.

<sup>57</sup> Vgl. *Köndgen*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 9 InvG, Rn. 35.

<sup>58</sup> Vgl. *Köndgen*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 9 InvG, Rn. 15; *Steck*, in: *Emde/Dornseifer/Dreibus/Hölscher*, InvG, 2013, § 9, Rn. 12.

<sup>59</sup> S. *Seiler*, in: *MüKo-BGB*, 6. Aufl. 2012, § 665, Rn. 1.

<sup>60</sup> Dazu *Köndgen*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 9 InvG, Rn. 15, 29.

<sup>61</sup> S. BaFin, Rundschr. 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41–Wp 2136–2008/0001, abrufbar unter [www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs\\_0814\\_wa.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_0814_wa.html).

<sup>62</sup> *Hoffmann-Riem*, BB 1972, 244, 249; *Steinmüller*, *Ausländische Hedgefonds und Private Equity-Pools im Investmentsteuerrecht*, 2005, 108; im Ansatz auch *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 43.

<sup>63</sup> Vgl. auch v. *Caemmerer*, JZ 1958, 41, 44 f.

<sup>64</sup> S. etwa BVerfG, 30.1.1985 – 1 BvR 279/83, NJW 1985, 1891; BFH, 25.2.1997 – VII R 15/96, BStBl. II 1998, 2, 6, BB 1997, 1574 Ls.

65 S. BFH, 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527, 531 f., BB 2000, 701, RIW 2000, 399 m. RIW-Komm. *Fock*; BFH, 17.7.2008 – I R 77/06, BStBl. II 2009, 464, 471, BB 2008, 2452.

66 So im Ergebnis auch *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 43.

67 Das InvStG sperrt wegen § 7 Abs. 7 AStG die ansonsten ggf. eingreifende Vollausschüttungsfiktion des § 7 Abs. 1 AStG; s. dazu *Lübbehüsen*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG, Rn. 90 ff.

68 S. *Berger*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 1 InvStG, Rn. 43.

69 BVerfG, 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, NJW 1987, 3175; BVerfG, 26.6.2008 – 2 BvR 2067/07, NJW 2008, 3346, Rn. 31; BVerfG, 16.6.2011 – 2 BvR 542/09, NJW 2011, 3778, Rn. 58.

70 BVerfG, 16.6.2011 – 2 BvR 542/09, NJW 2011, 3778, Rn. 58: „Ausgeschlossen ist jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Entsprechendes gilt für die tatbestandseinschränkende Auslegung von Vorschriften, die die Strafbarkeit ausschließen“; vgl. auch BVerfG, 26.6.2008 – 2 BvR 2067/07, NJW 2008, 3346, Rn. 31.

71 S. dazu o. V. 1.

72 S. BVerfG, 26.6.2008 – 2 BvR 2067/07, NJW 2008, 3346, Rn. 31; noch deutlicher BVerfG, 16.6.2011 – 2 BvR 542/09, NJW 2011, 3778, Rn. 58 f.

73 Dazu o. III. 1.

74 *Fock*, DStZ 2006, 503, 504; vgl. auch *Koenig*, in: *Koenig*, AO, 3. Aufl. 2014, § 39, Rn. 1.

75 *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, 2009, 82 ff.; s. dazu schon o. III. 1.

76 BFH, 4.3.1980 – VIII R 48/76, BStBl. II 1980, 453, 455; BFH, 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22, 23, BB 2001, 34 Ls; BFH, 25.6.2014 – I R 33/09, RdF 2014, 346 m. RdF-Komm. *Reislhuber*, AG 2014, 815, Rn. 13; *Lübbehüsen*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG, Rn. 21; *Wenzel*, in: *Blümich*, EStG/KStG/GewStG, Stand: 129. Erg.-Lfg. August 2015, Vor § 1 InvStG, Rn. 9.

77 In der seit dem 24.12.2013 geltenden Fassung des InvStG ist der Geltungsbereich des Transparenzprinzips sogar noch stärker eingeschränkt, s. dazu *Haisch/Helios*, FR 2014, 313, 314; *Richter*, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuerrecht, 2015, S. 12 f.

78 S. etwa EuGH, 10.3.2011 – C-540/09, Skandinaviska Enskilda Banken, ECLI:EU:C:2011:137, UR 2011, 751, Rn. 20; EuGH, 13.6.2013 – C-125/12, Promociones y Construcciones, ECLI:EU:C:2013:392, UR 2013, 510, Rn. 31; BFH, 4.11.1986 – VIII R 1/84, BStBl. II 1987, 259, 260, BB 1987, 528 m. Anm. *Woerner*; BFH, 6.12.2001 – V R 43/00, BStBl. II 2002, 701, 704, BB 2002, 771; für „Ausnahmen auch der Sache nach“ auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 176; zweifelnd *Knütel*, JuS 1996, 768, 772; a. A. jüngst *Rosenkranz*, Jura 2015, 783, 784 ff.

79 BFH, 4.3.1980 – VIII R 48/76, BStBl. II 1980, 453, 455; s. auch *Fock*, DStZ 2006, 503, 504.

80 Zutreffend BFH, 4.3.1980 – VIII R 48/76, BStBl. II 1980, 453, 455; BFH, 7.4.1992 – VIII R 79/88, BStBl. II 1992, 786, 787, BB 1992, 1630 Ls; *Fock*, DStZ 2006, 503, 504; *Teichert*, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, 2009, 84 f.; vgl. auch *Schnitger/Schachinger*, BB 2007, 801, 807.

81 BFH, 7.8.2000 – GrS 2/99, BStBl. II 2000, 632, 635 f.

82 Dazu *Lübbehüsen*, in: *Berger/Steck/Lübbehüsen*, InvG/InvStG, 2010, § 2 InvStG, Rn. 73; *Patzner/Kempf*, InvStG, 2012, § 2, Rn. 4 ff.

83 S. *Armbrüster*, in: *MüKo-BGB*, 7. Aufl. 2015, § 117, Rn. 8.

84 RFH, 21.1.1930 – II A 665/29, StW 1930 Nr. 383; BFH, 28.1.1997 – IX R 23/94, BStBl. II 1997, 655, 656, BB 1997, 2090; BFH, 28.4.1987 – IX R 9/83, BFH/NV 1988, 151, 153; BFH, 5.9.2007 – IX B 250/06, BFH/NV 2007, 2233; *Ratschow*, in: Klein, AO, 12. Aufl. 2014, § 41, Rn. 42.

85 BFH, 28.1.1997 – IX R 23/94, BStBl. II 1997, 655, 656, BB 1997, 2090; BFH, 17.12.2002 – IX R 23/00, BFH/NV 2003, 612, 613; BFH, 17.12.2003 – IX R 7/98, BFH/NV 2004, 1270; BFH, 21.9.2004 – IX R 5/03, BFH/NV 2005, 498; BFH, 7.11.2006 – IX R 4/06, BStBl. II 2007, 372, 373, BB 2007, 198.

86 FG Hannover, 27.6.1991 – II 177/90, BeckRS 1991, 07446, Rn. 23; FG Brandenburg, 21.4.2004 – 2 K 1434/02, BeckRS 2004, 26020222.

87 S. dazu BGH, 10.11.1999 – 5 StR 221/99, NStZ 2000, 203, 204; *Jäger*, in: Klein, AO, 12. Aufl. 2014, § 370, Rn. 44.

88 S. BGH, 10.11.1999 – 5 StR 221/99, NStZ 2000, 203, 204; BGH, 23.2.2000 – 5 StR 570/99, NStZ 2000, 320, 321.

89 S. dazu *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 204. Erg.-Lfg. September 2015, § 11 GwG, Rn. 3 ff.; *Herzog/Achtelik*, in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 11, Rn. 15 ff.

90 S. BaFin, Rundschr. 1/2014 (GW) v. 5.3.2014 – GW 1-GW 2001-2008/0003, abrufbar unter [www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs\\_1401\\_gw\\_verwaltungspraxis\\_vm.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1401_gw_verwaltungspraxis_vm.html): „Der Gesetzgeber hat ausdrücklich darauf verzichtet, dass der gem. § 11 Abs. 1 GwG zur Meldung Verpflichtete das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 261 StGB einschließlich der der Geldwäsche zugrundeliegenden Vortat oder einer Terrorismusfinanzierung prüft oder gar den Sachverhalt „ausermittelt“. Eine rechtliche Subsumtion des Sachverhalts unter die entsprechenden Straftatbestände hat der Pflichtige nicht vorzunehmen“.

91 S. etwa *Votsmeier*, Handelsblatt v. 23.8.2015, abrufbar unter [www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/steuerhinterziehung-deutsche-bank-zeigt-reiche-kunden-an/12223110.html](http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/steuerhinterziehung-deutsche-bank-zeigt-reiche-kunden-an/12223110.html).

92 S. dazu BGH, 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84, BB 2006, 681 Ls, NJW 2006, 830, Rn. 126; BGH, 2.6.2008 – II ZR 27/07, BB-Entscheidungsreport *Gündel*, BB 2008, 2205, NJW-RR 2008, 1253, Rn. 6; grundlegend *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, 1 ff.

93 S. BT-Drucks. 12/2704, 19; *Herzog/Achtelik*, in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 13, Rn. 2 ff.