

Rezension

Kommentar zum InvStG – ein neuer (ge)wichtiger Kommentar von Moritz/Jesch

Joachim Moritz/Thomas A. Jesch, *InvStG, Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagerecht Bd. II Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2015, XXVIII, 1286 S., Leinen, 289,- €.*

Das am 22.7.2013 in Kraft getretene KAGB hat eine neue Konzeption des InvStG notwendig gemacht, der der Gesetzgeber mit dem AIFM-Umsetzungsgesetz und dem AIFM-StAnpG nachgekommen ist. Zu manchen Aktualisierungen bereits vorhandener Werke ist nunmehr auch der Kommentar von Moritz/Jesch hinzugekommen. Das als Großkommentar aufgelegte Werk, das als erstes von insgesamt drei Bänden zum InvStG, KAGB und Recht der Assetklassen erscheint, ist mit 1173 Seiten Kommentierung und 84 Seiten Anhang ein umfangreiches Kompendium, das dem Leser alle wichtigen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Investmentbesteuerung kritisch aufbereitet. Besonders hilfreich ist der umfangreiche Anhang, der alle wichtigen BMF-Schreiben zu dieser Thematik enthält und es dem Leser erspart, die jeweiligen BMF-Schreiben gesondert nachzuschlagen.

Mit dem Herausgeber Joachim Moritz, der bis März d.J. Mitglied des für die Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen zuständigen VIII. BFH-Senats war und dem früheren Vorsitzenden des I. BFH-Senats, Franz Wassermeyer, umfasst der Kreis der Herausgeber/Autoren zwei (ehemalige) Richter am BFH, die mit der Materie besonders vertraut sind. Daneben wirken namenhafte Autoren aus BMF, dem Bayerischen Staatsministerium der Finanzen sowie diversen Rechtsanwalts- und Steuerberatungssozietäten mit, die beruflich sämtlich mit der Investmentbesteuerung eng befasst sind und eine praxismgerechte Bearbeitung, die von kritischen Bemerkungen zu Sinn und Zweck und zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen begleitet wird, gewährleisten.

Dem selbst gesteckten Anspruch, einen führenden Großkommentar zum InvStG auf den Markt zu bringen, werden die Herausgeber und Autoren voll auf gerecht. Das geltende Recht wird sorgfältig und umfassend erläutert und gibt den Stand der Diskussion unter eigener kritischer Würdigung zutreffend wieder. Auf die zahlreichen Details der umsichtigen und komplexen Bearbeitungen kann hier kaum eingegangen werden. Allein und nur beispielhaft seien die detaillierten und kenntnisreichen Ausführungen von Gottschling/Schatz zu § 1 (Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen), Feierabend zu § 3 (Ermittlung der Erträge), Völker zu § 5 (Besteuerungsgrundlagen), Neumann zu § 7 (KapEst) und Schäfer zu § 11 InvStG (Zweckvermögen; Steuerbefreiung; Außenprüfung) genannt, welche die geltenden Vorschriften nicht nur umfassend erläutern, sondern auch vor (oftmals berechtigter) kritischer Würdigung der gesetzlichen Regelungen nicht zurückschrecken.

Bei allem Lob, welches sich der neue Großkommentar verdient, können doch einige kritische Bemerkungen nicht entfallen. Abgesehen davon, dass bei der Überschrift zu § 3 InvStG offenbar der Druckfehlerteufel mit im Spiel war (die Überschrift passt nicht zur Kommentierung), wäre es bei Kommentierung der sonstigen Erträge in § 1 Abs. 3 S. 1 InvStG (Gottschling/Schatz, § 1 Rn. 245) wünschenswert gewesen, wenn das AuslInvestmG als Vorgänger und „Steinbruch“ für das InvStG stärker berücksichtigt worden wäre. Zwar hat der Gesetzgeber bei der Reform im Jahre 2003 Formulierungen aus dem AuslInvestmG übernommen. Für eine einheitliche Definition der Erträge konnte man indes nicht auf das KAGB zurückgreifen, weil dieses für jede Art von Sondervermögen in dem entspre-

chenden Abschnitt eigene Definitionen enthielt. Eine engere Bedeutung des Begriffs „sonstige Erträge“ würde zudem für ausländische Investmentvermögen für das InvStG zu einem ggü. früher eingeschränkten Anwendungsbereich führen. Für einen derartigen Willen des Gesetzgebers fehlt indes jeder Hinweis.

Die Tücken eines Großkommentars zeigen sich auch darin, dass die Autoren ihre Auffassungen offenkundig nicht immer vollständig aufeinander abgestimmt haben. Ob im Rahmen des InvStG nur § 19 oder § 19a REITG anwendbar ist, ist eine im Schrifttum umstrittene Frage. Während in § 2 Rn. 67 die Anwendung des § 19a REITG bejaht wird, wird das in § 8 Rn. 6 abgelehnt, ohne dass auf die jeweils andere Auffassung hingewiesen wird. Für die Leser wäre das naturgemäß hilfreich, auch wenn derartige Hinweise bei dem Umfang des Werkes erhebliche Anforderungen an Herausgeber und Lektoren stellen. Da bei § 8 Rn. 6 z.B. die Anwendung des § 19a REITG abgelehnt wird, unterbleibt – aus dieser Sicht konsequent – eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob beim Aktiengewinn bei der Anwendung des § 19a REITG nur der Aufbau der entsprechenden Dividenden während des Geschäftsjahres berücksichtigt wird oder u.U. durchgängig ein rechnerischer Anteil an den REIT-Aktien.

Nämliches findet sich bei der Auslegung des Begriffs „Personen-Investitionsgesellschaft“ in §§ 18 und 19 InvStG. Während Kammerer bei § 18 InvStG (Rn. 10, 11) m.E. zutreffend darauf hinweist, dass das KAGB die GmbH & Co. KG als einzige Rechtsform für das inländische geschlossene Investmentvermögen in Form der Personengesellschaft vorgibt, tendiert der Autor des § 19 InvStG (Rn. 21 ff.) dazu, auch für inländische Vehikel eine weitestgehende Öffnung zu ermöglichen. Im Übrigen scheint mir bei § 18 InvStG der Rahmen für ausländische Personengesellschaften u.U. zu eng gezogen, wenn entscheidend auf das Registerrecht für die Unterscheidung zwischen voller und beschränkter Haftung abgestellt wird. Denn die Formulierung „entsprechend“ lässt auch eine weitere Auslegung zu, die die Unterscheidung zwischen unterschiedlich Haftenden unabhängig vom Grund für die Differenzierung genügen lässt. Da die Regelung zur inländischen GmbH & Co. KG durch die AIFM-Richtlinien nicht vorgegeben ist, scheint insoweit ohnehin eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung ausländischer AIFs angezeigt. Gewichtet man einzelne Bemerkungen von Vertretern des BMF hinsichtlich einer etwaigen gesetzlichen Änderung, wäre zu bedenken, dass diese für inländische AIFs auch die entsprechende Vorschrift des KAGB mit umfassen müsste. Mit Blick auf die in § 15a Abs. 6 EStG angeführten Rechtsformen und angesichts der Tatsache, dass § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG für den *carried interest* neben den Personengesellschaften auch die Bruchteilsgemeinschaften nennt, wird jedenfalls eine weitere Definition der Personen-Investitionsgesellschaft in Betracht gezogen werden müssen.

Insgesamt überwiegen aber die positiven Aspekte. Der Kommentar beinhaltet eine erfreuliche Bereicherung des bisherigen Schrifttums, in dem er sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus europarechtlicher Perspektive das vorhandene Recht kritisch begleitet und vor allem auch die neuere EuGH-Rechtsprechung berücksichtigt. Ungeachtet der vorstehenden kritischen Bemerkungen ist das Werk daher uneingeschränkt zu empfehlen und sollte auf dem Schreibtisch eines jeden Praktikers im Investment- und Kapitalmarktrecht stehen. Bei einem schwierigen Investmentsteuerfall auf die umfangreichen Darlegungen des neuen Werkes zu verzichten, könnte man daher fast als Kunstfehler bezeichnen.

Arnold Ramackers, RiFG a.D., Düsseldorf,
und langjähriger Referent für Investmentsteuerrecht im BMF