

---

**Datum:** 24.08.2022  
**Gericht:** Finanzgericht Köln  
**Spruchkörper:** 12. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 K 1540/19  
**ECLI:** ECLI:DE:FGK:2022:0824.12K1540.19.00

---

**Nachinstanz:** Bundesfinanzhof, VIII R 18/22  
**Rechtskraft:** nicht rechtskräftig

---

**Tenor:**

Der geänderte Einkommensteuerbescheid für 2011 vom 02.07.2018 und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung vom 12.06.2019 werden aufgehoben.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

Das Urteil ist wegen der Kosten ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, soweit nicht der Kläger zuvor Sicherheit in Höhe des vollstreckbaren Betrages leistet.

---

**Tatbestand**

Der Kläger ist hauptberuflich als Fondsmanager tätig und dabei mit der Auflegung, Führung und Verwaltung von Investmentfonds befasst. Er wurde im Streitjahr einzeln zur Einkommensteuer veranlagt und erzielte gewerbliche Beteiligungseinkünfte sowie Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit und Kapitalvermögen. 1 2

Am ...2007 wurde durch die A S.A. mit Sitz in Luxemburg der B Global Value Fonds als Spezialinvestmentfonds nach luxemburgischen Recht in der Rechtsform eines Fonds commun de placement (FCP) aufgelegt (ISIN: 1). Die A (Luxemburg) S.A. war vertraglich für 3

die Verwaltung und Geschäftsleitung des Fonds verantwortlich. Fondsmanager war die C-Bank S.A., ebenfalls mit Sitz in Luxemburg, mit welcher ein Fondsmanagervertrag (vgl. wegen der weiteren Einzelheiten Bl. 47 ff. d. FG-Akte) abgeschlossen wurde. Die C-Bank S.A. war ferner Verwahrstelle, Register- und Transferstelle sowie Zentralverwaltungsstelle des Fonds. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Verkaufsprospekt (nebst Verwaltungsreglement) verwiesen (Bl. 145 ff. Steufa-Akte, Sachheft 1 Steuerunterlagen).

Der Fonds B wurde als ein rechtlich unselbstständiges Sondervermögen aus Wertpapieren und sonstigen Vermögenswerten, der als Alternativer Investmentfonds (AIF) für gemeinschaftliche Rechnung der Inhaber von Anteilen unter Beachtung des Grundsatzes der Risikostreuung verwaltet wird, konzipiert. Es handelt sich um einen sog. ausländischen Spezialfonds, der sich ausschließlich an institutionelle, professionelle und andere sachkundige Anleger im Sinne des Artikel 2 Abs. 1 des Luxemburger Gesetzes vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds richtet und dessen Auflage auch als „Ein-Anleger-Fonds“ möglich war (vgl. hierzu Erläuterungen zum Jahresbericht per 31.12.2014, Steufa-Akte Sachheft 2 Fondsunterlagen, Anlage 8 und Informationen der C-Bank, Steufa-Akte Sachheft 2 Fondsunterlagen, Anlage 1).

Der Kläger zeichnete am ...2007 ... Anteile zu je 100,- € Anteilswert für insgesamt ... € (vgl. wegen der Einzelheiten das „Angebot B Global Value“, Steufa-Akte Sachheft 2, Fondsunterlagen, Anlage 4).

Der Fonds B Global Value ist ein thesaurierender Fonds, der seit Auflage fast ausschließlich in andere Investmentfonds, die die B1 SICAV selbst auflegt und am Kapitalmarkt vertreibt, investiert (vgl. beispielhaft Vermögensaufstellung zum 31.12.2014, Steufa-Akte Sachheft 2 Fondsunterlagen, Anlage 8). Wenn der Kläger den Erwerb oder den Verkauf eines Vermögensgegenstands für den Fonds befürwortete, wurde ein Anlagevorschlagsformular ausgefüllt und an einen Mitarbeiter des Fondsmanagers gesendet (vgl. exemplarisch Bl. 56 d. FG-Akte, i.Ü. Steufa-Akte Sachheft 2 Fondsunterlagen, Anlage 9). In der Vergangenheit wurde von den Vorschlägen des Klägers nicht abgewichen. Einen schriftlichen Anlageberatungsvertrag zwischen der A S.A. und dem Kläger gab es nicht.

Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft D mit Sitz in Luxemburg erstellte die Abschlussprüfung des Fonds. Die Besteuerungsgrundlagen des Fonds wurden jährlich im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht. Der Kläger erklärte im Rahmen seiner jährlichen Einkommensteuererklärungen die ihm zuzurechnenden ausschüttungsgleichen Erträge entsprechend der Veröffentlichungen im Bundesanzeiger.

Für das Streitjahr 2011 erklärte er aus dem Fonds B Global Value ausschüttungsgleiche Erträge in Höhe von insgesamt ... € als Kapitalerträge ohne inländischen Steuerabzug. Der Beklagte veranlagte den Kläger für das Streitjahr unter dem 19.03.2013 zunächst erklärungsgemäß zur Einkommensteuer.

Nachdem im August 2015 publik geworden war, dass die Privilegierung Luxemburger Spezialfonds aufgrund von angeblichen Verstößen der Anleger gegen einen nach Auffassung der Finanzverwaltung bestehenden Fremdverwaltungsgrundsatz in den Fokus steuerstrafrechtlicher Ermittlungsbehörden geraten war, unterrichtete der Kläger den Beklagten mit Schreiben vom 28.08.2015 (Bl. 57 ff. FG-Akte) vorsorglich über das bestehende Investment und die Abwicklung der Transaktionen. Dabei gab er an, trotz des Fondsverwaltungsmandats der A S.A. faktisch Einfluss auf die Verwaltung des Investmentfonds B Global Value genommen zu haben. Zudem teilte er die Besteuerungsgrundlagen vorsorglich unter Außerachtlassung der Fondsprivilegierungen mit,

sollte diese faktische Einflussnahme entgegen seiner Auffassung rückwirkend zum Wegfall der steuerlichen Privilegierung führen.

Gegen den Kläger wurde daraufhin ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet, welches mit Verfügung der Staatsanwaltschaft E vom ...2019 (Bl. 62 ff. der FG-Akte) nach § 170 Abs. 2 der Strafprozessordnung (StPO) eingestellt wurde, da bereits der objektive Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO nicht erfüllt sei. Insbesondere sei mangels Vorliegens einer einheitlichen abweichenden Auffassung der Finanzverwaltung, Rechtsprechung oder Veranlagungspraxis eine Offenlegung des der Inanspruchnahme des Fondprivilegs zugrunde liegenden Sachverhalts nicht angezeigt gewesen. 10

Die auf das -als Selbstanzeige gewertete- Schreiben des Klägers hin durchgeführte Prüfung des Finanzamts für Steuerfahndung und Steuerstrafsachen E (Steufa) ergab laut Bericht vom 09.05.2018, auf den wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Steufa-Akte Bd I), für das Streitjahr u.a. folgende Feststellungen: 11

9.1.1. Gründung und Struktur des Investmentfonds B Global Value: 12

Der Gesetzgeber in Luxemburg hatte -als Reaktion auf die bevorstehende Einführung der Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge in Deutschland- sein Investmentrecht durch Gesetz vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds (SIF-Gesetz; Specialized Investment Funds) dahingehend erweitert, dass auch Privatpersonen mit einer Mindesteinlage von 1,25 Mio. € alleinige Anleger eines Spezialfonds sein können. 13

9.1.2. Erträge 14

Im Prüfungszeitraum fanden keine Veräußerungen von Anteilen statt. Für die am ...2007 erworbenen Anteile gilt die Ausnahme des § 21 Abs. 2a InvStG nicht. D.h. die Veräußerung der Investmentanteile wäre nach den Regelungen des § 18 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2009 i.V.m. § 8 Abs. 5 InvStG nicht steuerpflichtig (Bestandsschutz). 15

9.1.3. Anlageentscheidungen durch den Anleger 16

Der Steuerpflichtige hat seit der Auflegung des Fonds und dem Erwerb der Anteilsscheine ... 2007 bei dem B Global Value Fonds sämtliche Anlageentscheidungen getroffen. Er hat seine Kauf- und Verkaufswünsche dem jeweils zuständigen Fondsmanager/Kundenbetreuer der A S.A. bzw. der C-Bank per Fax oder fernmündlich mitgeteilt. 17

9.2.1. Voraussetzungen für das Vorliegen eines Investmentfonds 18

Das Investmentvehikel B Global Value wurde am ...2007 aufgelegt. Ob das Investmentvehikel alle Merkmale eines ausländischen Investmentfonds erfüllt, richtet sich somit nach dem Investmentgesetz (InvG) und dem Investmentsteuergesetz (InvStG). 19

9.3. Erfordernis der Fremdverwaltung 20

Ein Investmentvermögen stellt ein von den Anlegern rechtlich und wirtschaftlich verselbständigtes, gepooltes Vermögen dar, das der gemeinsamen Kapitalanlage dient. Notwendige Voraussetzung für die Eigenständigkeit des Investmentvermögens ist -neben der rechtlichen Verselbständigung des Vermögens- auch eine Abschirmung vom Vermögensverwaltungsrecht der Anleger. Das Investmentvermögen muss vom Zugriff der Anleger abgeschnitten sein. Die Voraussetzung der eigenständigen Verwaltung des Investmentvermögens ergibt sich bereits aus der in § 1 Satz 2 InvG niedergelegten 21

Eigenständigkeit des gepoolten Vermögens. Die Verwaltungsbefugnis obliegt folgerichtig der Kapitalanlagegesellschaft (§ 6 Abs. 1 InvG); im vorliegenden Fall der A. Nur wenn die Vermögensverwaltung durch die A erfolgt und von Einflussnahmen durch den Anleger abgeschirmt ist, wird die Kapitalanlagegesellschaft dem gesetzlichen Verwaltungsauftrag für ein verselbständigtes Vermögen gerecht (Grundsatz der Fremdverwaltung).

Im operativen Tagesgeschäft hätte die A die Entscheidungen bezüglich des Haltens, Verwaltens und der Veräußerung von Vermögensgegenständen treffen müssen, ohne ein Weisungs- und Kontrollrecht des Anlegers. 22

In expliziter Durchbrechung der Verwaltungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft lässt § 16 InvG zu, dass Teile der Verwaltungstätigkeit unter bestimmten Voraussetzungen auf Dritte ausgelagert werden. Hierzu bedarf es jedoch vertraglicher Vereinbarungen, einer maßgeblichen Qualifikation des Auslagerungsunternehmens sowie der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Eine faktische Übernahme der Portfolioverwaltung durch konkrete Einzelanweisungen der Anleger an die Kapitalanlagegesellschaft ist gesetzlich gerade nicht vorgesehen. Aus dieser Gesetzessystematik folgt, dass -mit Ausnahme der gesetzlich vorgesehenen Auslagerungen- die Verwaltungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft nicht durchbrochen werden darf. Somit sind konkrete Einzelanweisungen, die der Anleger unmittelbar der Kapitalanlagegesellschaft erteilt, nicht zulässig. Entsprechend können unmittelbare Eingriffe von Anlegern in das Tagesgeschäft der Fondsverwaltung schädlich für die Einordnung als Investmentvermögen sein. 23

9.2.4 Verstoß gegen die Vorschriften des InvStG 24

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse greift der Anleger nachhaltig in die Verwaltungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft (hier: A) ein, da er sämtliche Kauf- und Verkaufsentscheidungen vorgegeben hat. Diese Eingriffe sind als erheblich und somit steuerschädlich anzusehen. 25

Die Verwaltungs- und Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltungsgesellschaft A ist daher im vorliegenden Fall nur formeller Art. Das Anlagevehikel B Global Fonds ist daher kein Investmentfonds. Es handelt sich vielmehr tatsächlich um eine Direktanlage, die mit Hilfe des Investmentsteuerrechts auf eine steuerliche Privilegierung -die Steuerfreiheit thesaurierter Veräußerungsgewinne und Gewinn aus Termingeschäften- abzielte. 26

9.3.1. 27

Es gelten die allgemeinen steuerlichen Grundsätze, da das InvStG nicht anzuwenden ist, d.h. die Erträge sind dem Anleger nach § 39 Abs. 2 AO unmittelbar zuzurechnen. Selbst wenn das InvStG anzuwenden wäre, könnte eine direkte Zurechnung der Erträge aus dem B Global Value mit § 39 AO begründet werden. Zwar ist das InvStG die Spezialregelung gegenüber abweichenden Regelungen im EStG, KStG und GewStG, eine Vorrangwirkung gegenüber steuerlichen Mantelgesetzen wie der AO besteht hingegen nicht. § 39 AO regelt nur die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, ist darüber hinaus im Wege der Auslegung auch auf die Zurechnung von Einkünften anzuwenden. 28

9.3.2. Zurechnung von Erträgen bei abweichender tatsächlicher Herrschaft 29

Abweichend von den formalrechtlichen Vereinbarungen hat der Steuerpflichtige durch nachhaltige und Ankaufs- und Verkaufsaufträge die tatsächliche wirtschaftliche Dispositionsbefugnis über das Anlagevehikel übernommen. 30

9.3.3. Zurechnung von Erträgen bei Treuhandverhältnissen	31
Bei den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falles kann trotz des Fehlens einer ausdrücklich als Treuhandvertrag bezeichneten Vereinbarung, ein faktisches Treuhandverhältnis angenommen werden. Denn dem Handeln der Beteiligten kommt die gleiche wirtschaftliche Bedeutung zu wie einer ausdrücklich als Treuhandvertrag bezeichneten Vereinbarung. Das faktische Treuhandverhältnis begründet sich aus dem Verhalten des Anlegers und der A. Der Anleger hat konkrete Entscheidungen bezüglich des Haltens, Verwaltens und der Veräußerung von Vermögensgegenständen vorgegeben. Die A akzeptierte die Anweisungen des Anlegers. Die Funktion des Investmentvehikels B Global Value und der A war beschränkt auf die Stellung als faktischer Treuhänder für den Anleger. Die A hat die Anweisungen des Anlegers uneingeschränkt umgesetzt. Die Dispositionsbefugnis über die einzelnen Kapitalanlagen lag daher faktisch beim Fondsanleger.	32
9.4 Einkünfte für die Jahre 2007 bis 2011	33
Die Erträge der Wertpapiere und Kapitalforderungen des Anlagevehikels zählen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. In 2011 sind entsprechende Einkünfte in Höhe von ... € zu versteuern.	34
Der Beklagte erließ den Feststellungen der Steufa folgend unter dem 02.07.2018 einen nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO entsprechend geänderten Einkommensteuerbescheid, in welchem er die Kapitalerträge aus dem Fonds um ... € (... € - ... €) und die Einkommensteuer um ... € erhöhte. Der verbleibende Verlustvortrag in Höhe von ... € blieb unverändert.	35
Mit dem hiergegen eingelegten Einspruch wandte der Kläger ein, dass der im Prüfungsbericht negierte Fremdverwaltungsgrundsatz für das Vorliegen eines ausländischen Investmentfonds nicht erforderlich sei. Dieser sei nach dem Wortlaut der einschlägigen Gesetze, der Gesetzessystematik, dem Willen des Gesetzgebers und der Entstehungsgeschichte kein Tatbestandsmerkmal für die Annahme eines ausländischen Investmentvermögens. Auch alle bisherigen Anwendungsschreiben des BMF zum InvStG würden ein solches Erfordernis für ausländische Investmentvermögen nicht voraussetzen. Es existiere zudem keine höchstrichterliche Rechtsprechung, die einen zu beachtenden Fremdverwaltungsgrundsatz für ausländische Investmentvermögen vertreten oder bestätigen würde. Da es keinen Fremdverwaltungsgrundsatz gebe, könne auch kein Verstoß hiergegen vorliegen. Die von der Steufa vorgegebene und im Änderungsbescheid umgesetzte transparente Besteuerung unter Außerachtlassung des InvStG sei daher rechtswidrig.	36
Der Beklagte wies den Einspruch mit Einspruchsentscheidung vom 12.06.2019 als unbegründet zurück. Bei dem B Global Value Fonds handle es sich nicht um einen ausländischen Investmentfonds, auf den das InvStG mit seiner steuerlichen Privilegierung anzuwenden sei, sondern tatsächlich um eine Direktanlage. Die Einhaltung des Grundsatzes der Fremdverwaltung sei Voraussetzung für das Vorliegen eines steuerlich privilegierten Investmentvermögens. Es handle sich hierbei zwar nicht um ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal, dieses sei aber aus der Definition für Investmentvermögen ableitbar. Ein Investmentvermögen sei eine von den Anlegern rechtlich und wirtschaftlich verselbständige Vermögensmasse, die der gemeinsamen Kapitalanlage diene. Das impliziere die Lösung der Verfügungs- und Verwaltungsmöglichkeiten aus dem Einflussbereich der Anleger. Dies ergebe sich bereits aus der in § 1 Satz 2 InvG niedergelegten Eigenständigkeit des gepoolten Vermögens. Die Verwaltungsbefugnis müsste folgerichtig der Kapitalanlagegesellschaft (§ 6 Abs. 1 InvG); im vorliegenden Fall der A S.A, Luxemburg	37

obliegen. Nur wenn die Vermögensverwaltung durch die A S.A erfolge und von Einflussnahmen durch den Anleger abgeschirmt sei, werde die Kapitalanlagegesellschaft dem gesetzlichen Verwaltungsauftrag für ein verselbständigtes Vermögen gerecht (Grundsatz der Fremdverwaltung). Die A S.A hätte daher im operativen Tagesgeschäft die Entscheidungen bezüglich des Haltens, Verwaltens und der Veräußerung von Vermögensgegenständen treffen müssen, ohne ein Weisungs- und Kontrollrecht des Anlegers. Zwar lasse § 16 InvG zu, dass die Verwaltungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft durchbrochen wird, indem Teile der Verwaltungstätigkeit (z.B. Portfolioverwaltung) unter bestimmten Voraussetzungen auf Dritte ausgelagert werden. Hierzu bedürfe es jedoch vertraglicher Vereinbarungen, einer maßgeblichen Qualifikation des Auslagerungsunternehmens sowie der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Eine faktische Übernahme der Portfolioverwaltung durch konkrete Einzelanweisungen der Anleger an die Kapitalanlagegesellschaft sei gesetzlich gerade nicht vorgesehen. Aus dieser Gesetzessystematik folge, dass -mit Ausnahme der gesetzlich vorgesehenen Auslagerungen- die Verwaltungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft nicht durchbrochen werden dürfe. Somit seien konkrete Einzelanweisungen, die der Anleger unmittelbar oder mittelbar der Kapitalanlagegesellschaft erteile, nicht zulässig. Vorliegend habe der Kläger sämtliche Anlageentscheidungen der Kapitalverwaltungsgesellschaft vorgegeben und dadurch nachhaltig in die Anlagepolitik des Investmentfonds eingegriffen. Diese unmittelbaren Eingriffe in das Tagesgeschäft der Fondsverwaltung seien schädlich für die Einordnung als Investmentvermögen, auf das das InvStG mit seiner steuerlichen Privilegierung anzuwenden sei. Da es sich tatsächlich um eine Direktanlage handle, seien die bisher unversteuerten Veräußerungsgewinne aus dem B Global Value Fonds nach den allgemeinen ertragsteuerlichen Regelungen des EStG zu ermitteln und zu versteuern.

Hiergegen richtet sich der Kläger mit der vorliegenden Klage, zu deren Begründung er - wiederholend und vertiefend zu seinen Ausführungen im Einspruchsverfahren- geltend macht, das Gesetz normiere für ausländische Investmentfonds keinen Grundsatz der Fremdverwaltung. Anknüpfungspunkt für die investmentsteuerrechtliche Beurteilung sei das Investmentsteuergesetz in seinen hier maßgeblichen Fassungen der Jahre 2007 bis 2011 (InvStG a.F.).

38

Nach dem Wortlaut des InvStG a.F. setze die Anwendung des InvStG a.F. für ausländische Investmentvermögen nicht die Beachtung eines Fremdverwaltungsgrundsatzes voraus. Für die Anwendung des Investmentsteuergesetzes verweise das InvStG a.F. auf die Begriffsbestimmungen des Investmentgesetzes in der damals geltenden Fassung (InvG a.F.), wobei das InvStG a.F. und das InvG a.F. zwischen inländischen und ausländischen Investmentvermögen sowie zwischen Investmentvermögen, Investmentfonds und Investmentaktiengesellschaften differenziert habe (vgl. § 1 InvStG a.F. und §1 InvG a.F.). Es sei danach zwischen dem formellen Investmentbegriff für inländisches Investmentvermögen und dem materiellen Investmentbegriff für ausländisches Investmentvermögen zu unterscheiden. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. (a.F. bis zum 21.6.2011) bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. (a.F. ab dem 22.6.2011) sei das InvStG anzuwenden auf ausländische Investmentvermögen i.S.d. § 2 Abs. 8 InvG. Ausländische Investmentvermögen nach § 2 Abs. 8 Satz 1 InvG seien Investmentvermögen i.S.d. § 1 Satz 2 InvG, die dem Recht eines anderen Staates unterstanden hätten. Investmentvermögen nach § 1 Satz 2 InvG seien Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in bestimmte Vermögensgegenständen angelegt waren (sog. materieller Investmentbegriff). Somit sei nach dem Wortlaut der vorgenannten Gesetze des InvStG a.F. i.V.m. dem InvG a.F. ein Grundsatz der Fremdverwaltung nicht gesetzliches Tatbestandsmerkmal für die Annahme eines

39

ausländischen Investmentvermögens.

Ein Fremdverwaltungsgrundsatz wäre somit -wie der Beklagte selbst einräume- ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das aufgrund einer teleologischen Reduktion gegen den Gesetzesvorbehalt verstoßen würde und somit rechtswidrig wäre. Denn der aus dem Grundgesetz abgeleitete Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung in der Form eines Gesetzesvorbehalts, der auch für Steuervergünstigungen gelte, verlange, dass sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolgen im Gesetz niedergelegt sein, d.h. sich aus dem Wortlaut des Steuergesetzes ergeben müssten. Ohne gesetzliche Grundlage dürften Steueransprüche weder begründet noch verschärft werden.

40

Die Gesetzessystematik spreche ebenfalls dafür, dass eine Fremdverwaltung kein Tatbestandsmerkmal eines ausländischen Investmentvermögens i.S.d. InvStG a.F. i.V.m. InvG a.F. sei. Das InvStG a.F. i.V.m. dem InvG a.F. unterscheide begrifflich zwischen inländischen und ausländischen Investmentvermögen sowie zwischen Investmentvermögen, Investmentfonds und Investmentaktiengesellschaft. Es definiere diese Begriffe im Gesetz unterschiedlich. Daran anknüpfend würden an diese Begriffe unterschiedliche Anforderungen gestellt. Lediglich für inländische Investmentvermögen, nicht jedoch für ausländische Investmentvermögen ordne das InvStG a.F. an, dass die Anwendung des InvStG davon abhängt, dass diese in Form eines Investmentfonds i.S.d. § 2 Abs. 1 InvG a.F. oder in Form einer Investmentaktiengesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 5 InvG a.F. gebildet wurden (sog. formeller Investmentbegriff). Ferner ordne das InvG als Ausfluss des formellen Investmentbegriffs lediglich für Investmentfonds i.S.d. § 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 InvG a.F. und für Investmentaktiengesellschaften i.S.d. § 2 Abs. 5 InvG a.F. -jedoch nicht für ausländische Investmentvermögen- einschränkend an, dass die Portfolioverwaltung durch die Kapitalanlagegesellschaft bzw. die Investmentaktiengesellschaft nur unter bestimmten Voraussetzungen an Dritte ausgelagert werden durfte (vgl. § 16 Abs. 2 InvG a.F., § 96 Abs. 4 InvG a.F. sowie § 99 Abs. 3 InvG a.F. i.V.m. § 16 Abs. 2 InvG a.F.). Es widerspreche daher der Gesetzessystematik, für ausländische Investmentvermögen die Anwendung des InvStG a.F. vom Erfordernis der einschränkenden Grundsätze des § 16 InvG a.F. abhängig machen zu wollen, der nach dem InvG gerade nicht auf ausländische Investmentvermögen anzuwenden sei. Da § 16 Abs. 2 InvG a.F. die Übertragung der Portfolioverwaltung unter bestimmten Voraussetzungen gestatte, könne die Portfolioverwaltung systematisch nicht Anknüpfungspunkt für ein Wesensmerkmal eines Investmentvermögens i.S.d. § 1 Satz 2 InvStG a.F. sein. Nach der Gesetzessystematik beinhalte der materielle Investmentbegriff für ausländische Investmentvermögen gerade keine solchen formellen Einschränkungen, wie sie lediglich für inländische Investmentvermögen normiert werden.

41

Auch der Wille des Gesetzgebers spreche dafür, dass eine Fremdverwaltung kein Tatbestandsmerkmal eines ausländischen Investmentvermögens sei. Mit der Legaldefinition des § 1 Satz 2 InvG a.F. habe der Gesetzgeber ausdrücklich einen weiten, rein wirtschaftlichen Investmentvermögensbegriff (materieller Investmentbegriff) statuieren wollen, um dadurch neue Anlagevehikel zu erfassen (vgl. BT-Drs. 15/1553, 74). Mit der Bestimmung des Investmentvermögens i.S.d. InvG a.F. habe der Gesetzgeber ausdrücklich nicht nur solche Anlagevehikel erfassen wollen, die bisher vom Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) erfasst wurden. Beschränkungen des weiten Begriffs des Investmentvermögens habe der Gesetzgebers daher ausdrücklich nur nach Maßgabe bestimmter Abschnitte nach dem InvG anordnen wollen (vgl. BT-Drs. 15/1553, S. 74). Somit würde es dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, Investmentvermögen i.S.d. § 1 Satz 2 InvG a.F. unter Einbeziehung der Grundsätze für Kapitalanlagegesellschaften, die gesondert in Kapitel 1 Abschnitt 2 des InvG (§§ 6 bis 19 InvG) geregelt sind, zu definieren.

42

Auch die Entstehungsgeschichte spreche gegen ein solches Tatbestandsmerkmal. Das jeweils zum 01.01.2004 eingeführte InvStG a.F. und InvG a.F. seien an die Stelle des KAGG und des Auslandsinvestmentgesetzes (AuslInvestmG) getreten (vgl. BT-Drs. 15/1553, 120). Während das KAGG das Recht für inländische Anlagevehikel betroffen habe, habe das AuslInvestmG das Recht für ausländische Anlagevehikel geregelt - jeweils inklusive des dazugehörigen Steuerrechts. Mit dem InvStG a.F. seien inländische und ausländische Investmentvermögen steuerrechtlich grundsätzlich gleichgestellt worden, ohne jedoch inländische und ausländische Investmentvermögen gleich zu definieren, um das InvStG a.F. anwenden zu können. Das InvStG a.F. i.V.m. dem InvG habe für ausländische Investmentvermögen die Begriffsbestimmungen aus dem AuslInvestmG übernommen (vgl. §§ 1 ff. InvStG a.F.; BT-Drs. 15/1553, S. 120). In allen Fassungen des AuslInvestmG habe ein weiter, rein wirtschaftlicher (materieller) Begriff des Investmentvermögens gegolten, der im Gegensatz zum engeren Begriff nach dem KAGG keine einschränkenden formaljuristischen Tatbestandsmerkmale insbesondere entsprechend den Regelungen für Kapitalanlagegesellschaften nach dem KAGG beinhaltet habe (vgl. §1 AuslInvestmG). Zu den Mindestanforderungen, die an ausländische Investmentvermögen i.S.d. AuslInvestmG gestellt wurden, habe nicht eine Fremdverwaltung gehört (vgl. BT-Drs. V/3494, S. 16 f.).

43

Bis heute existiere auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung, die einen zu beachtenden Fremdverwaltungsgrundsatz für ausländische Investmentvermögen vertreten oder bestätigen würde. Im Gegenteil führe das LG München in seinem Urteil vom 17.12.2015 (5 HK O 12922/15) aus, bei einem Spezialinvestmentfonds mit nur einem Anleger oder einer kleinen Zahl von Anlegern, bei denen die juristische Person durch die natürliche Person beherrscht werde, würde ein derartiges Gebot nicht zum Tragen kommen können. Denn schutzwürdige Anteilshaber, denen das Gebot der Fremdverwaltung dienen solle, seien dann nicht vorhanden. Dann aber könne jedenfalls in dieser Situation ein Gebot der Fremdverwaltung der Fonds nicht angenommen werden.

44

Über die Zurechnungsnorm des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO und der dort vorgenommenen wirtschaftlichen Zurechnung des Eigentums sowie der Einkünfte könne ein Gebot der Fremdverwaltung nicht abgeleitet werden. Die Vorschriften über die Zurechnungsnorm des Investmentsteuergesetzes seien im Vergleich zu der allgemeinen Vorschrift des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO als *leges speciales* anzusehen, die zur Unanwendbarkeit von § 39 AO führen würden. Eine Privilegierung des Anlegers würde bei Anwendung der allgemeinen Vorschriften letztlich wieder beseitigt, weshalb die allgemeinen Vorschriften nicht zur Anwendung gelangen könnten. Ein Verbot der Einflussnahme lasse sich zudem nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 InvG herleiten. Im Steuerrecht müsse -insbesondere auch mit Blick auf die Strafvorschrift der Steuerhinterziehung in § 370 AO- ein striktes Analogieverbot zulasten der Steuerpflichtigen gelten. Daher könne nicht von einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des Verbots der Einflussnahme seitens des Anlegers oder von einem Gebot der Fremdverwaltung ausgegangen werden. Jedenfalls sprächen sehr gute Gründe für die rechtliche Beurteilung, dass es dieses Rechtsinstitut -jedenfalls vor der angesprochenen Gesetzesänderung- nicht gab. Die Entscheidung des LG München spreche, so der Kläger, für sich.

45

Es würden bis heute auch keine veröffentlichten Verlautbarungen der Finanzverwaltung zu einem Fremdverwaltungsgrundsatz existieren. Alle Anwendungsschreiben des BMF zum InvStG a.F. hätten ein solches Erfordernis für ausländische Investmentvermögen nicht vorausgesetzt. Das BMF habe im Jahr 2016 versucht, eine einheitliche Rechtsauffassung der Verwaltung abzustimmen. Am 27.01.2017 sei den obersten Finanzbehörden der Länder ein erster Entwurf eines BMF-Schreibens zu den Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des

46

Investmentsteuergesetzes bei einer nachhaltigen Einflussnahme der Anleger eines Investmentvehikels auf die Vermögensverwaltungsbefugnis einer Verwaltungsgesellschaft durch Vorgabe von Anlageentscheidungen vorgelegt worden. Ein zweiter Entwurf datiere vom 27.03.2017. Zu einer Veröffentlichung sei es bis heute nicht gekommen, da offenbar kein Konsens innerhalb der Finanzverwaltung gefunden werden konnte.

Auch in der Literatur gebe es -soweit ersichtlich- keinen Befürworter eines Fremdverwaltungsgebots in der vorliegenden Konstellation. Die vom Beklagten vertretene Rechtsauffassung finde nirgends eine Stütze. Nicht einmal innerhalb der Finanzverwaltung findet die Auffassung uneingeschränkter Anspruch. 47

Selbst wenn man entgegen der vorstehenden Ausführungen die Erforderlichkeit eines Fremdverwaltungsgrundsatzes als Voraussetzung für das Vorliegen eines steuerlich begünstigten Investmentfonds bejahe, liege beim Kläger gerade keine diesem Grundsatz entgegenstehende Einflussnahme auf die Anlageentscheidungen vor. Der Beklagte verkenne, dass die Anlageempfehlungen weder für den Fondsmanager noch für die Verwaltungsgesellschaft rechtlich bindend gewesen seien. Selbst das BMF habe in den beiden Entwürfen einer Verwaltungsanweisung für einen schädlichen Eingriff eine bindende Vorgabe des Anlegers gefordert. Unverbindliche Anlageempfehlungen hingegen innerhalb der Grenzen der Anlagebedingungen sollten hingegen grundsätzlich als unschädliche beratende Einwirkung angesehen werden. Die Abgrenzung zwischen beidem in den Fällen, in denen die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Anlageempfehlungen nachhaltig umsetzt, habe selbst das BMF in seinen (letztlich nicht umgesetzten) Entwürfen offen gelassen. Der Beklagte nehme somit vorliegend eine Rechtsposition ein, die sogar das BMF ursprünglich so nicht habe formulieren wollen. 48

Der Kläger beantragt, 49

den geänderten Einkommensteuerbescheid für 2011 vom 02.07.2018 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 12.06.2019 aufzuheben. 50

Der Beklagte beantragt, 51

die Klage abzuweisen. 52

Er verweist auf seine Einspruchsentscheidung. 53

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 24.08.2022 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers u.a. darauf hingewiesen, dass nicht abschließend habe geklärt werden können, in welcher Eigenschaft der Kläger die Anlageempfehlungen ausgesprochen hätte. Diese seien jedenfalls nicht rechtlich verbindlich gewesen. Die Beklagtenvertreterin hat noch einmal die historische Entwicklung insbesondere unter Beachtung der europäischen OGAW-Richtlinie von 1985 herausgestellt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll verwiesen. 54

**Entscheidungsgründe** 55

Die Klage ist begründet. 56

Der angefochtene Einkommensteueränderungsbescheid und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung – FGO). 57

58

Die steuerliche Behandlung des als ausländischer Spezialfonds aufgelegten „B Global Fonds“ als transparent und die damit verbundene Besteuerung der hieraus durch den Kläger erzielten Erträge unter Außerachtlassung der Vorschriften des Investmentsteuergesetzes ist seitens des Beklagten zu Unrecht erfolgt.

1. Nach Auffassung des erkennenden Senates war für die Besteuerung der Erträge des Klägers aus dem B Global Fonds das Investmentsteuergesetz nach den im Streitjahr gültigen Fassungen (InvStG a.F.) anzuwenden mit der Folge, dass der Besteuerung für das Streitjahr die im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichten Besteuerungsgrundlagen gemäß § 5 Abs. 1 InvStG zum 31. Dezember 2011 zugrunde zu legen waren. 59

Der Anwendung des InvStG a.F. auf den vorliegenden ausländischen Spezial-Investmentfonds stand im Streitjahr nach Auffassung des Senates eine nachhaltige und faktische Einflussnahme des (einzigen) Anlegers auf die Anlageentscheidungen nicht entgegen. Denn nach den für das Streitjahr einschlägigen Fassungen des Investmentsteuergesetzes und des Investmentgesetzes (InvG a.F.) war das Vorliegen einer Fremdverwaltung bei ausländischen Investmentfonds keine notwendige Voraussetzung, um unter die Anwendbarkeit des InvStG a.F. zu fallen. 60

a) Dabei ist zunächst zu beachten, dass sich der vom Beklagten angenommene Grundsatz der Fremdverwaltung für ausländische Investmentfonds -wie der Beklagte selbst zugestehet- dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des Investmentsteuergesetzes und des Investmentgesetzes in den Fassungen des Streitjahres als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des InvStG a.F. nicht entnehmen lässt und die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit gegeben sind. 61

Der Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes wird in § 1 Abs. 1 InvStG festgelegt. Danach ist das Investmentsteuergesetz nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. (a.F. gültig bis zum 25.06.2011) bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. (a.F. gültig ab dem 26.06.2011) auf ausländische Investmentvermögen i.S. des § 2 Abs. 8 InvG a.F. und ausländische Investmentanteile i.S. des § 2 Abs. 9 InvG a.F. anwendbar. 62

Gemäß § 2 Abs. 9 InvG a.F. liegt ein ausländischer Investmentanteil vor, wenn ein Anteil an einem ausländischen Investmentvermögen i. S. d. § 2 Abs. 8 InvG a.F. gehalten wird und entweder der Anleger verlangen kann, dass ihm gegen Rückgabe des Anteils sein Anteil an dem ausländischen Investmentvermögen ausgezahlt wird, oder die den Anteil ausgebende ausländische Investmentgesellschaft in ihrem Sitzstaat einer Investmentaufsicht unterstellt ist. Der Kläger war hier nach dem von ihm gezeichneten Angebot zu einer entsprechenden Rückgabe berechtigt. 63

Nach § 2 Abs. 8 InvG a.F. sind ausländische Investmentvermögen solche Investmentvermögen i.S. des § 1 Satz 2 InvG a.F., die dem Recht eines anderen Staates unterstehen. Investmentvermögen unterstehen dem Recht eines anderen Staates, wenn sich die rechtliche Ausgestaltung des Vermögens und der Vertragsbedingungen, der Satzung, der Anlagebedingungen oder vergleichbaren Bestimmungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis der Anleger zu dem Vermögen bestimmt, nach dem Recht eines anderen Staates oder eines seiner Gliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland richtet (vgl. hierzu auch BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) vom 22. 12.2008, Anhang 7 zum BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, 931). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, was zwischen den Beteiligten -soweit ersichtlich- auch nicht in Streit steht. So wurde der streitgegenständliche Fonds B Global Value als fonds commun de placement („FCP“) durch Vertrag nach dem luxemburgischen Spezialfondsgesetz vom 13.02.2007 errichtet und 64

bedurfte der Zulassung durch die Luxemburger Aufsichtsbehörde für Finanzdienstleistungen CSSF. Nach dem vom Kläger unterzeichneten Angebot unterlagen die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien dem Recht des Großherzogtums Luxemburg; gleiches gilt nach Artikel 18 des Verwaltungsreglements für den Fonds und die Rechtsbeziehungen zwischen den Anlegern, der Verwaltungsgesellschaft und der Depotbank.

Investmentvermögen nach § 1 Satz 2 InvG a.F. sind Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenständen i.S. des § 2 Abs. 4 InvG a.F. angelegt sind. Auch diese Voraussetzungen sind vorliegend - zwischen den Beteiligten ebenfalls unstreitig- gegeben. Denn es muss sich dabei nur um prinzipiell zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage geeignete Strukturen handeln. Diese Voraussetzung ist dann auch erfüllt, wenn das Investmentvermögen tatsächlich nur einen Anleger hat, es aber grundsätzlich mehr als einen Anleger haben kann (vgl. Berger in Berger/Steck/Lübbehusen, InvStG, 1. Auflage 2010, § 1 Rn. 39 m.w.N.), was ausweislich der Ausgestaltung des Fonds laut Verkaufsprospekt der Fall war. Unter Beachtung der vorliegenden, geprüften Jahresberichte war das Vermögen auch nach dem Grundsatz der Risikomischung in mehr als drei Vermögensgegenstände i.S. des § 2 Abs. 4 InvG a.F. mit unterschiedlichen Anlagerisiken angelegt (BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) vom 22.12.2008, Anhang 7 zum BMF-Schreiben vom 18.08.2009, BStBl. I 2009, 931). So bestand ausweislich der vorliegenden Vermögensaufstellung das Vermögen des B Global Value nahezu ausschließlich aus Investmentfondsanteilen als Vermögensgegenstände i.S. von § 2 Abs. 4 Nr. 7 InvStG a.F. von jeweils mehr als drei anderen in Luxemburg aufgelegten B Fonds mit jeweils unterschiedlicher Risikoklasse. 65

Im Streitfall ist damit nach dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften das Investmentsteuergesetz anwendbar. Dem Wortlaut ist nicht zu entnehmen, dass darüber hinaus für die Anwendbarkeit des Investmentsteuergesetzes weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten, insbesondere nicht, dass das ausländische Investmentvermögen fremdverwaltet sein muss und der Anleger keinen Einfluss auf die Anlageentscheidungen nehmen darf. 66

b) Nach Auffassung des erkennenden Senates kommt auch eine teleologische Reduktion des Merkmals der gemeinschaftlichen Kapitalanlage dahingehend, dass eine solche nur bei fremdverwalteten Vermögen vorliegt, nicht in Betracht. 67

Dabei kommt es nicht darauf an, ob man die teleologische Reduktion -wie der BFH in ständiger Rechtsprechung- dem Bereich der Auslegung zurechnet (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 20.03.2003 IV R 42/00, BStBl II 2003, 798 und vom 07.04.1992 VIII R 79/88, BStBl II 1992, 786, m. w. N.) oder ob man sie als eine Form der richterlichen Rechtsfortbildung ansieht (Wernsmann in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 4 AO Rz. 395 ff., 397). Sowohl gegenüber einer vom Wortlaut abweichenden Auslegung als auch gegenüber einer Rechtsfortbildung ist besondere Zurückhaltung geboten (vgl. BFH-Urteile vom 20.03.2003 IV R 42/00, 2, 438, BStBl II 2003, 798 und vom 07.04.1992 VIII R 79/88, BStBl II 1992, 786, m. w. N.). Sie kann nur in Betracht kommen, wenn die auf den Wortlaut abgestellte Auslegung zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen würde und der Schluss gerechtfertigt ist, dass der gesetzgeberische Wille planwidrig umgesetzt wurde (BFH-Urteile vom 16.12.1986 VIII R 375/83, BStBl II 1987, 366, m. w. N. und vom 01.03.2005 VIII R 25/02, BStBl II 2005, 436). Dagegen ist es nicht Aufgabe einer teleologischen Reduktion, rechtspolitische Fehler zu korrigieren, d. h. das Gesetz zu verbessern, obwohl es sich -gemessen an seinem Zweck- noch nicht als planwidrig unvollständig oder zu weitgehend erweist (vgl. BFH-Urteile vom 24.01.1974 IV R 76/70, BStBl II 1974, 295 und vom 13.07.1989 V R 110-112/84, BStBl II 68

1989, 1036). Derartige Defizite können nach dem Prinzip der Gewaltenteilung allein vom Gesetzgeber beseitigt werden. Ausgeschlossen ist daher eine Gesetzesinterpretation, die den klaren Gesetzeswortlaut hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich bzw. wegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke nicht stillschweigend gebilligt wird (Schwarz/Pahlke, § 4 AO, Rz. 170).

Der Gesetzgeber wollte mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentmodernisierungsgesetz) vom 19.09.2003 ein modernes und einheitliches Gesetz schaffen, das die Entwicklungen im Investmentwesen aufgreift und der Investmentbranche attraktive Rahmenbedingungen für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit bietet, ohne jedoch Gesichtspunkte der Aufsicht und des Anlegerschutzes zu vernachlässigen (BT-Drucksache 15/1553, S. 65). Das Investmentsteuergesetz sollte dabei an die Stelle des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) und des Auslandsinvestmentgesetzes (AuslInvestmG) treten und für ausländische Investmentvermögen die Begriffsbestimmungen aus dem AuslInvestmG übernehmen (BT-Drs. 15/1553, S. 120). Gleichzeitig sollte es durch die Legaldefinition des Begriffes Investmentvermögen in § 1 Satz 2 auch für die Regulierung neuer Anlagevehikel, die von dem KAGG bisher nicht erfasst wurden, geöffnet werden und Beschränkungen zu diesem weiten Begriff durch die Einschränkungen der Formen, die abschließende Aufzählung der Vermögensgegenstände und die Anlagegrenzen in den einzelnen Abschnitten vorgenommen werden (BT-Drucksache 15/1553, S. 74). Dass im Gegensatz zu diesem Bestreben, den Anwendungsbereich im Vergleich zum KAAG zu erweitern, der Wille bestanden hätte, den Anwendungsbereich betreffend das AuslInvestmG auf fremdverwaltete Fonds zu beschränken ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Dass unter Geltung des AuslInvestmG nach dem Willen des Gesetzgebers der Grundsatz der Fremdverwaltung für ausländische Investmentvermögen zuvor zu beachten gewesen wäre, geht aus der Gesetzesbegründung zum AuslInvestmG und den sich daraus ergebenden Mindestanforderungen nicht hervor (vgl. BT-Drs. V/3494, S. 15 ff. betreffend die Einführung des AuslInvestmG).

69

Den diesbezüglichen Gesetzesmaterialien ist damit nicht positiv zu entnehmen, dass der Gesetzgeber den Willen hatte, dass nur fremdverwaltete Investmentfonds unter das Investmentsteuergesetz fallen sollten.

70

Im Gegenteil ist zu beachten, dass in der Stellungnahme des Finanzausschusses zum JStG 2008 (BT-Drs. 16/6739 zum JStG 2008, Seite 30) ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass Luxemburg sein Investmentrecht dahingehend geändert habe, dass Privatpersonen bereits ab einer Mindesteinlage von 1,25 Mio. Euro alleinige Anleger eines Spezialfonds sein können. Derartige Fonds unterlägen mangels öffentlichen Vertriebs in Deutschland nicht der strengen deutschen Investmentaufsicht nach dem Investmentgesetz. Die Anleger könnten – vergleichbar einem Direktanleger – zumindest faktisch auf die Anlagepolitik ihres Fonds Einfluss nehmen. Als Reaktion hierauf wurde auf Vorschlag des Finanzausschusses § 21 Abs. 2 a InvStG durch das Jahressteuergesetz 2008 vom 20.12.2007 (BGBl. I S. 3150) mit dem Ziel eingeführt, bei vermögenden Privatpersonen, die zur Umgehung der seinerzeit angekündigten unbeschränkten Besteuerung von ab dem 1.1.2009 erworbenen Wertpapieren und Termingeschäften ihr Depot kurz vor dem 1.1.2009 in sog „Millionärsfonds“ verpacken wollten, eine steuerfreie Umschichtung von Portfolien auch nach Einführung der Abgeltungsteuer zu erschweren. Insbesondere hatte der Gesetzgeber ausweislich der BT-Drs. 16/6739 die Sorge, dass steuerfreie Veräußerungen mit (auf Fondsebene) nach dem 1.1.2009 erworbenen Wertpapieren und Termingeschäften im Fondsmantel durchgeführt werden könnten.

71

Daraus ergibt sich, dass dem Steuergesetzgeber die hier streitgegenständliche Thematik der faktischen Einflussnahme in Zusammenhang mit den in Luxemburg aufgelegten Spezialfonds im Streitjahr bekannt war. Durch die Schaffung der Sondervorschrift des § 21a Abs. 2a InvStG in Kenntnis dessen und als Reaktion hierauf hat der Gesetzgeber aus Sicht des Senates gezeigt, dass er den Anwendungsbereich des InvStG a.F. gerade auch für diese Fonds grundsätzlich als eröffnet und die Einfügung einer Sondervorschrift daher als notwendig angesehen hat. 72

Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereiches des InvStG a.F. dahingehend, dass hierunter nur fremdverwaltete Kapitalanlagen zu fassen waren, scheidet bereits vor diesem Hintergrund aus. 73

Der Gesetzgeber hat -soweit ersichtlich- erstmals im Rahmen der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung vom 07.04.2016 (BT-Drs. 18/8045, S. 66 ff.) und der damit verbundenen Änderung des Anwendungsbereiches des Investmentsteuergesetzes den Willen zum Ausdruck gebracht, dass ein Investmentvehikel (nur) dann vorliegen soll, wenn das von den Investoren eingesammelte Kapital gepoolt wird, was wiederum ein rechtlich oder wirtschaftlich von den Anlegern verselbständigtes Vermögen erfordere. Danach soll der Anwendungsbereich des InvStG n.F. nur noch eröffnet sein, wenn der Fremdverwaltungsgrundsatz erfüllt ist. Der -hierfür allein zuständige- Gesetzgeber hat das Gesetz mithin zwischenzeitlich u.a. bezogen auf das streitgegenständliche Kriterium der Fremdverwaltung geändert. 74

Eine rückwirkende Beseitigung des aus Sicht des Beklagten gegebenen Defizits im Wege der teleologischen Reduktion des Anwendungsbereiches des InvStG a.F. würde hingegen das Gesetz verändern, obwohl es sich -gemessen an seinem Zweck- noch nicht als planwidrig unvollständig oder zu weitgehend erweist. Dies gilt in der im Streitfall gegebenen Konstellation eines Spezial-Investmentfonds mit nur einem Anleger mit entsprechenden Fachkenntnissen insbesondere auch unter Beachtung des verfolgten Zwecks des Anlegerschutzes. Denn bei einem Spezialinvestmentfonds mit nur einem Anleger, welcher jenen beherrscht, sind schutzwürdige Anteilshaber, denen das Gebot der Fremdverwaltung dienen soll, nicht vorhanden. Der Senat folgt insoweit den -sowohl von der Klägerseite als auch von der Staatsanwaltschaft in der Einstellungsverfügung in Bezug genommenen- Ausführungen des Landgerichts München (Urteil vom 17.12.2015 (5 HK O 12922/15, n.v.), dass jedenfalls in dieser Situation ein Gebot der Fremdverwaltung des Fonds nicht angenommen werden kann. 75

c) Auch die Gesetzessystematik lässt den vom Beklagten vorgenommenen Schluss darauf, dass auch ein ausländisches Investmentvermögen nur dann unter das Investmentsteuergesetz falle, wenn eine von den Anlegern rechtlich und wirtschaftlich verselbständigte, d.h. der Einflussnahme der Anleger entzogene, Vermögensmasse vorliegt, die der gemeinsamen Kapitalanlage dient, nicht zu. Denn soweit der Beklagte hierfür die Vorschrift des § 16 InvG heranzieht, wonach lediglich Teile der Verwaltungstätigkeit unter bestimmten Voraussetzungen auf Dritte ausgelagert werden dürfen, und hieraus im Umkehrschluss annimmt, dass eine faktische Übernahme der Portfolioverwaltung durch konkrete Einzelanweisungen der Anleger eine unzulässige Durchbrechung der Verwaltungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft darstellen würde, ist zu beachten, dass das InvG a.F. nach § 1 nur für inländisches Investmentvermögen gilt und § 16 InvG a.F. Kapitalanlagegesellschaften i.S. von § 6 InvG a.F. in Bezug nimmt, deren Geschäftsbereich darauf gerichtet ist, inländische Investmentvermögen i.S. des § 1 Satz 1 Nr. 1 InvG a.F. zu verwalten. Zudem dient die Vorschrift dem Zweck, bezüglich inländischer 76

Investmentvermögen einem aufsichtsrechtlichen Kontrollverlust der BaFin entgegenzuwirken und den Anleger vor Schäden zu schützen (vgl. Steck in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 16 InvG, Rn 4). Unabhängig davon, ob sich der vom Beklagten vorgenommene Schluss aus § 16 InvG überhaupt ableiten lässt, wäre eine Übertragung dieser Schlussfolgerung auf ausländische Investmentvermögen nicht möglich. Dem entspricht es, dass das InvStG a.F. und das InvG a.F, zwischen inländischen und ausländischen investmentvermögen differenziert haben und daher zwischen dem formellen Investmentbegriff für inländisches Investmentvermögen und dem materiellen Investmentbegriff für ausländisches Investmentvermögen zu unterscheiden war (vgl. hierzu Köndgen in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG, § 1, Rn. 8 zum formellen Investmentbegriff und § 2 Rn. 48 zum wirtschaftlichen/funktionellen Investmentbegriff).

d) Auch eine historische Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis. Soweit der Beklagte zuletzt noch in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben hat, seit 1957 sei immer von einer „gemeinschaftlichen Kapitalanlage auf Rechnung für Dritte“ die Rede und hieraus -auch unter Heranziehung der europäischen OGAW-Richtlinie von 1985- den Schluss zieht, es sei damit immanent, dass ein Investmentfonds fremd verwaltet werden müsse, steht dem aus Sicht des Senates entgegen, dass der Gesetzgeber -wie zuvor ausgeführt- vor Einführung des Gesetzes zur Änderung des Investmentsteuergesetzes einen derartigen Willen trotz Kenntnis der konkret streitgegenständlichen Gestaltung an keiner Stelle positiv zum Ausdruck gebracht hat. Im Gegenteil lässt die Reaktion des Gesetzgebers nach Hinweis des Finanzausschusses auf die faktisch durch die Anleger beherrschten Spezial-Investmentfonds in Luxemburg darauf schließen, dass er den Anwendungsbereich des InvStG a.F. auch für diese Fonds grundsätzlich als eröffnet angesehen und vor diesem Hintergrund eine Sondervorschrift geschaffen hat, die im Hinblick auf den Anteilserwerb noch vor dem dort angeführten Stichtag im Streitfall jedoch nicht zur Anwendung gelangt. 77

f) Damit bleibt es im Ergebnis dabei, dass der Anwendungsbereich des InvStG a.F. im Streitfall eröffnet ist. 78

g) Eine von den Regelungen des InvStG a.F. abweichende Zurechnung der Erträge unter Heranziehung von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ist nach Auffassung des Senates nicht möglich. Denn die Anwendung von § 39 Abs. 2 AO kann im Einzelfall dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt sein, dass die Zuordnung von Wirtschaftsgütern speziell geregelt ist, sodass vorrangige Sonderregelungen vorliegen (Fu in: Gosch, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 1. Aufl. 1995, 169. Lieferung, § 39 Zurechnung, Rn. 15). Da das InvStG a.F. die Besteuerung der Anleger von Investmentvermögen und die Zurechnung von Erträgen des Investmentvermögens spezialgesetzlich ausgestaltet, ist nach Auffassung des erkennenden Senates im -vorliegend eröffneten- Anwendungsbereich des InvStG ein Rückgriff auf die Vorschrift des § 39 AO gesperrt. Eine von den Regelungen des InvStG abweichende Zurechnung des Investmentvermögens über die Vorschrift des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO würde die spezialgesetzlich ausgestaltete und gesetzgeberisch gewollte Privilegierung des Anlegers wieder beseitigen, weshalb die Vorschrift nicht zur Anwendung gelangen kann. 79

h) Es kann nach alledem offen bleiben, ob der über das entsprechende Fachwissen verfügende Kläger die Anlageempfehlungen in seiner Funktion als einziger Anleger des ausländischen Spezialinvestmentfonds oder als Geschäftsführer der B2 Finanzdienstleistungen GmbH & Co. KG abgegeben hat, und der Umstand, dass diese stets umgesetzt wurden auch ohne Rechtsverbindlichkeit der Empfehlungen dafür ausreicht, eine Fremdverwaltung des ausländischen Investmentfonds nicht mehr als gegeben anzusehen. 80

- Damit bleibt es im Ergebnis dabei, dass der Kläger die ihm zuzurechnenden ausschüttungsgleichen Erträge entsprechend den Vorschriften des InvStG a.F. und damit den Veröffentlichungen im Bundesanzeiger zu versteuern hat, welche von ihm im Rahmen seiner jährlichen Einkommensteuererklärungen erklärt und vom Beklagten entsprechend steuerlich erfasst wurden. Der Änderungsbescheid, mit dem zusätzlich die sich bei Behandlung der Investmentfonds als Direktanlage ergebende Differenz an Erträgen steuerlich erfasst wurde, war daher aufzuheben. 81
2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 151 Abs. 3, 155 FGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 der Zivilprozessordnung. 82
3. Die Revision wird nach § 115 Abs. 2 Nr.1 FGO wegen grundsätzliche Bedeutung zugelassen, obwohl es sich um auslaufendes Recht handelt. Der Senat geht im Hinblick auf die bundesweit durchgeführten Ermittlungen der Finanzbehörden in Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Thematik davon aus, dass sich die Rechtsfrage in einer nicht ganz unerheblichen Zahl noch anhängiger Verfahren stellen kann und folglich -auch im Hinblick auf die im Schrifttum geführte Diskussion- ein Interesse an einer höchstrichterlichen Entscheidung besteht, die bisher noch nicht vorliegt. 83